

LA FIGURE DU CONSOMMATEUR VULNÉRABLE

5^e JOURNÉE DES DROITS DE LA
CONSOMMATION ET DE LA DISTRIBUTION



LA FIGURE DU CONSOMMATEUR
VULNÉRABLE

5^e JOURNÉE DES DROITS DE LA CONSOMMATION
ET DE LA DISTRIBUTION

Edité par
Dario Hug, Blaise Carron et Christoph Müller

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



www.unine.ch/droit

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 et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-5002-3

© 2025 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch
www.publications-droit.ch

Avant-propos

La cinquième journée des droits de la consommation et de la distribution met l'accent sur les questions de vulnérabilité. Le présent ouvrage rassemble sept contributions combinant analyse scientifique et considérations pratiques sur ces sujets d'actualité.

Le premier article (Nesa Zimmermann) s'attache à la vulnérabilité et aux droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs, le deuxième (Dario Hug) s'interroge sur les concepts de « consommateur moyen » et de « consommateur vulnérable ». Les deux contributions suivantes se concentrent sur la personne raisonnable et sa vulnérabilité en droit des obligations (Christoph Müller et Christopher Schwartz) et la manière dont le droit alimentaire façonne notre alimentation (Mélanie Lévy). Le cinquième opus s'intéresse à la vulnérabilité sur les réseaux sociaux et face à l'intelligence artificielle (Florence Guillaume), le sixième au consommateur précarisé dans le contexte de l'exécution forcée (Sylvain Marchand) et, enfin, le septième à la vulnérabilité de l'acquéreur immobilier (Blaise Carron et Isaac Bergmann).

La Faculté de droit, le CEMAJ et les éditeurs scientifiques de cet ouvrage tiennent à remercier les autrices et auteurs, les participantes et participants à la journée du 28 novembre 2025, Madame Carine Magne pour le travail éditorial et pour l'organisation de la journée, ainsi que Monsieur Cristian Ferrara pour la prise en charge des aspects liés à la communication.

Blaise Carron, Christoph Müller et Dario Hug



Sommaire

NESA ZIMMERMANN Vulnérabilité et droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs.....	1
DARIO HUG Le consommateur moyen et le consommateur vulnérable : de la fiction à la réalité ?.....	23
CHRISTOPH MÜLLER / CHRISTOPHER SCHWARTZ La personne raisonnable et sa vulnérabilité en droit des obligations.....	59
MÉLANIE LEVY Alimentation sous influence : l'étiquetage comme outil de transparence ou d'illusion ?.....	113
FLORENCE GUILLAUME La vulnérabilité du consommateur sur les réseaux sociaux à l'ère de l'intelligence artificielle : droit international privé et clauses abusives.....	155
SYLVAIN MARCHAND Le consommateur précarisé dans le contexte de l'exécution forcée : surendettement, poursuites injustifiées, et faillite personnelle.....	205
BLAISE CARRON / ISAAC BERGMANN La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie pour les défauts.....	223



Abréviations

a	ancien(ne)
ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Autriche)
aCCF	Code civil des Français de 1804
AGB	<i>Allgemeine Geschäftsbedingungen</i>
AI	<i>Artificial Intelligence</i> (IA)
AJP	= PJA
al.	alinéa(s)
AOP	Appellation d'origine protégée
AT	<i>Allgemeiner Teil</i>
art.	article(s)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
av.	avant
BAG	<i>Bundesarbeitsgericht</i>
B2C	Business-to-Consumer
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGE	= ATF
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BK	<i>Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht</i>
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
BO CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale – Conseil national
BR	= DC
BV	= Cst. féd.
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

Abréviations

CCF	Code civil des Français
CE	Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme ; RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
cit.	cité(es)
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (RS 0.275.12)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
CO 1881	Code fédéral des obligations du 14 juin 1881
comp.	comparer
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand ou Computer und Recht
CSEC	Commission de la science, de l'éducation et de la culture
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
CSL	Commission suisse pour la loyauté

Abréviations

Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst.-BL	Constitution du canton de Bâle-Campagne du 17 mai 1984 (RSBL 100)
Cst.-BV	Constitution du canton de Bâle-Ville du 23 mars 2005 (RSBV 111.100)
Cst.-GE	Constitution de la République et Canton de Genève du 14 octobre 2012 (RSGE A 2 00)
Cst.-JU	Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977 (RSJ 101)
Cst.-NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (RSN 101)
D	Digeste
DC	Droit de la construction
DFI	Département fédéral de l'intérieur
dir.	directeur(s)/directrice(s) ou direction
ECtHR	<i>European Court of Human Rights</i> (CourEDH)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
Einl.	<i>Einleitung</i> (Introduction)
ég.	également
Eng. Rep.	<i>English Report</i>
en part.	en particulier
ESRI	The Economic and Social Research Institute
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> , et les autres personnes
etc.	<i>et cetera</i>
EU	<i>European Union/Europäische Union</i> (UE)
Ex.	<i>Exchequer Chamber</i>
FF	Feuille fédérale

Abréviations

FIS	Fédération internationale de ski et de snowboard
FOMO	<i>fear of missing out</i>
FR	Fribourg
FS	Festschrift
GC	Grande Chambre de la CourEDH
IA	Intelligence artificielle
<i>i.i.</i>	<i>in initio</i> (au début)
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i> (à la fin)
IGE	= IPI
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
ISBN	<i>International Standard Book Number</i>
J.-C.	Jésus-Christ
JDC	Journées suisses du droit de la construction
JdT	Journal des tribunaux
JO	Journal officiel de l'Union européenne
JORF	Journal officiel de la République française
LALDAI	Loi d'application genevoise de la législation fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 13 septembre 2019 (RSGE K 5 02)
LA-LDAI	Loi d'application neuchâteloise de la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 5 décembre 2018 (RSN 806.0)
LCC	Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001 (RS 221.214.1)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241) (UWG)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
let.	lettre(s)

Abréviations

lit.	<i>littera</i>
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPT _h	Loi fédérale sur les produits thérapeutiques du 15 décembre 2000 (RS 812.21)
LR	Law Review ?
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993 (RS 221.112.944)
LSP _{ro}	Loi fédérale sur la sécurité des produits du 12 juin 2009 (RS 930.11)
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants du 3 octobre 1951 (RS 812.121)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.10)
LVF	Loi fédérale sur les voyages à forfait du 18 juin 1993 (RS 944.3)
M.	Monsieur
Mme	Madame
nbp	note de bas de page
n°	numéro(s)
N	numéro(s) marginal(aux)
not.	notamment
OBNP	Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 sur les denrées alimentaires destinées aux personnes ayant des besoins nutritionnels particuliers (RS 817.022.104)
OCAI	Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 sur les compléments alimentaires (RS 817.022.14).
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques

Abréviations

ODAIAn	Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 sur les denrées alimentaires d'origine animale (RS 817.022.108)
ODAI0Us	Ordonnance du 16 décembre 2016 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.02)
OFDF	Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières
OIDAI	Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 concernant l'information sur les denrées alimentaires (RS 817.022.16)
ONU	Organisation des Nations Unies
OR	= CO
OSAV	Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires
p.	page(s)
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1)
par.	paragraphe(s)
<i>passim</i>	ça et là ou en divers endroits
par ex.	par exemple
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i>
PJA	Pratique juridique actuelle
PPE	Propriété par étages
réf.	référence(s)
RDS	Revue de droit suisse
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RGPD	Règlement Général sur la Protection des Données
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RNRF	Revue Suisse du notariat et du registre foncier

Abréviations

RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSBL	Recueil systématique de la législation du canton de Bâle-Campagne
RSBV	Recueil systématique de la législation du canton de Bâle-Ville
RSGE	Recueil systématique de la législation genevoise
RSJ	Recueil systématique de la législation jurassienne
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise ou Règlement sur les services numériques
RTS	Radio Télévision Suisse
s./ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
SHK	<i>Stämpflis Handkommentar</i>
SJZ	<i>Schweizerisch Juristen-Zeitung</i>
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral suisse
Tit. Fin.	Titre Final
Trad.	traduction(s)
UE	Union européenne
UKSC	The Supreme Court of the United Kingdom
UNICEF	Fonds des Nations unies pour l'enfance
UWG	= LCD
<i>v.</i>	<i>versus</i>
VG	<i>Verwaltungsgericht</i>
vol.	volume(s)
WLR	the Weekly Law Reports
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Abréviations

ZGB	= CC
ZH	Zurich
ZK	<i>Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht</i>
ZR	Zivilrecht
ZSR	<i>Zeitschrift für Schweizerisches Recht</i>

Vulnérabilité et droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs

par

Nesa Zimmermann

Professeure assistante à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	2
II. Liens conceptuels entre vulnérabilité et droit(s).....	3
III. Contours de la vulnérabilité en droits fondamentaux.....	5
A. Aspects définitionnels.....	6
B. Conséquences juridiques.....	8
IV. Vulnérabilité et droits des consommatrices et consommateurs.....	10
A. Droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs.....	10
B. Rôle de la vulnérabilité.....	14
V. Conclusion.....	17
Bibliographie.....	18

I. Introduction

1. La vulnérabilité a été décrite comme un « *Leitmotiv* des sociétés contemporaines »¹ en raison de sa prolifération dans les disciplines les plus diverses, allant des sciences du changement climatique à la philosophie, en passant par les études du développement et de la pauvreté². Depuis le tournant du siècle, la vulnérabilité a également fait son entrée en droit, que ce soit en droit pénal, privé ou public³.
2. Sa popularité a été attribuée à sa forte connotation émotionnelle : il s'agit d'un « label évocateur »⁴ avec une force rhétorique indéniable⁵. La vulnérabilité exprimerait par ailleurs une préoccupation sociétale de grande actualité, étroitement liée à l'émergence de la « société du risque » et à un sentiment généralisé d'incertitude⁶. Dans le domaine juridique, la multiplication des références à la vulnérabilité s'expliquerait par un certain décloisonnement disciplinaire accroissant l'influence des sciences sociales⁷.
3. Or, si la vulnérabilité est une notion en vogue, elle n'en reste pas moins évasive. Ainsi, elle a été critiquée pour son « caractère vague et fourre-tout »⁸. D'aucuns sont allés jusqu'à proclamer que son « contenu normatif [était] inversement proportionnel à la fréquence de son utilisation »⁹. A regarder de plus près, ces craintes ne sont que partiellement fondées. En effet, si la vulnérabilité est certes un outil rhétorique, il n'est pas moins possible de lui prêter des contours plus précis et de lui attacher des conséquences précises, à la manière d'un « véritable » concept juridique¹⁰.
4. L'objectif du présent chapitre est de démontrer comment cette notion de vulnérabilité peut être appréhendée dans le domaine des droits fondamentaux de façon générale, tout en présentant quelques

¹ SOULET, Raisons, 59.

² Cf. ZIMMERMANN, Concept, N 15 pour plus de références.

³ ZIMMERMANN, Concept, N 53 et les réf. cit.

⁴ SOULET, Prudence, 13-14.

⁵ MISZTAL, 15 ; SOULET, Prudence, 13-14.

⁶ MISZTAL, 49, 225 (nous traduisons).

⁷ RE, 8 ; SOULET, Prudence, 11, 13.

⁸ MISZTAL, 5 (nous traduisons).

⁹ SOULET, Prudence, 7.

¹⁰ ZIMMERMANN, Concept, N 508.

pistes concernant plus spécifiquement les consommatrices et consommateurs. Une précision semble toutefois de mise : contrairement à d'autres chapitres de cet ouvrage, le présent chapitre ne traite pas du droit de la consommation ; il s'intéresse plutôt à la notion de vulnérabilité et à son effet pour les droits fondamentaux, y compris ceux des consommatrices et consommateurs¹¹.

5. Pour ce faire, nous procéderons comme suit. Après quelques remarques à propos des liens conceptuels entre vulnérabilité et droit, puis vulnérabilité et droits fondamentaux (II), nous présenterons les contours de la vulnérabilité dans le domaine des droits fondamentaux, en nous intéressant aussi bien à sa définition qu'à ses conséquences (III). Nous nous attarderons ensuite sur la question plus spécifique des droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs, ainsi que sur l'impact potentiel de la vulnérabilité dans ce domaine (IV).

II. Liens conceptuels entre vulnérabilité et droit(s)

6. Pour certaines théoriciennes et certains théoriciens, l'idée de la vulnérabilité humaine est sous-jacente à la création même des règles de droit. Ainsi, HART a identifié la « reconnaissance de la vulnérabilité humaine » comme un principe minimal du droit naturel, qui impose une restriction de l'usage de la force et rend nécessaire l'existence de règles de droit. Bien avant lui, HOBBS avait décrit le contrat social comme une réponse à la condition des êtres humains, mortels et donc, par essence, vulnérables¹², pour leur garantir une sécurité minimale¹³. Dans cette optique, on peut dire

¹¹ Les réflexions autour de la vulnérabilité présentées ici sont fondées sur l'analyse d'un corpus de jurisprudence comprenant environ 2500 jugements effectuée dans le cadre de la thèse de doctorat de l'auteurice (ZIMMERMANN, Concept, N 12). Pour cette raison, nous nous permettrons d'y renvoyer régulièrement ; le lectorat y trouvera de plus amples explications, justifications et références.

¹² Selon le dictionnaire Larousse en ligne, est vulnérable « [q]ui est exposé à recevoir des blessures, des coups » ; [q]ui est exposé aux atteintes d'une maladie, qui peut servir de cible facile aux attaques d'un ennemi » et « [q]ui, par ses insuffisances, ses imperfections, peut donner prise à des attaques » (<https://www.larousse.fr> [12.9.2025]).

¹³ HOBBS, ch. XIII et HOBBS, ch. XVII.

que « la vulnérabilité de l'homme précède l'esprit des lois »¹⁴. Ce rôle ne devrait toutefois pas être surestimé. En effet, la vision de la vulnérabilité sous-jacente à ces théories est une vision minimaliste, liée à la mortalité de l'être humain : pour le reste, le sujet classique du droit a généralement été considéré comme un être autonome, rationnel et indépendant, et les personnes qui n'étaient pas perçues comme telles étaient par conséquent marginalisées par le droit¹⁵. Par exemple, la vulnérabilité perçue des femmes a été mobilisée pour leur dénier le statut de sujet de droit plein et entier au même titre que les hommes¹⁶.

7. Cet exemple montre le rôle profondément ambivalent du droit : s'il peut, dans une certaine mesure, être compris comme une réponse à la vulnérabilité humaine, il en est aussi fréquemment la source. En effet, le droit fonctionne également comme instrument de domination qui crée et renforce des hiérarchies¹⁷. En définissant des statuts précaires, en institutionnalisant des exclusions ou en consacrant des déséquilibres de pouvoir, il participe à causer, reproduire et exacerber des vulnérabilités.
8. Certaines règles de droit ont, à leur tour, émergé pour corriger des asymétries de pouvoir ou compenser des vulnérabilités. Il en va ainsi des droits fondamentaux et des droits humains garantis par des instruments internationaux. Ces droits reposent sur deux postulats principaux : la dignité inhérente de chaque être humain, fondant des droits universels, indivisibles et inaliénables et la nécessité de ces droits pour protéger les individus, qui se trouvent dans une position vulnérable face au pouvoir de l'Etat¹⁸. Un raisonnement similaire peut s'appliquer dans des domaines où il existe une forte asymétrie entre différents acteurs privés ; il en va ainsi des règles ayant pour vocation de protéger les droits des consommatrices et consommateurs¹⁹.

¹⁴ FIECHTER-BOUVARD, 16.

¹⁵ BOEHRINGER/FERRARESE, 8-9 ; ZIMMERMANN, Concept, N 29-31.

¹⁶ BOEHRINGER/FERRARESE, 5 ss.

¹⁷ HUNT, 11 ; cf. aussi HART, 239-243.

¹⁸ ANDORNO, 265 ; GREAR, 142, 156-162 ; ZIMMERMANN, Concept, N 37.

¹⁹ CHAZAL, 250 ss.

9. La critique du caractère abstrait et « désincarné » du « sujet libéral paradigmatique » est au cœur de la théorie de la vulnérabilité de FINEMAN, qui s'en sert pour argumenter en faveur d'un Etat social fort et d'institutions créatrices de résilience²⁰. Les droits fondamentaux peuvent faire partie de telles institutions ; mais l'« Etat proactif » tel que conceptualisé par FINEMAN est plus ambitieux. Il doit notamment aller au-delà du caractère individuel et souvent réactif des droits fondamentaux, et dépasser la prééminence des droits civils et politiques, en tenant davantage compte d'enjeux sociaux et économiques²¹. Des règles plus protectrices des consommatrices et consommateurs s'inscriraient parfaitement dans cette ambition²².
10. Avant d'approfondir cet aspect, nous nous attarderons sur la manière dont la vulnérabilité a été concrètement appréhendée dans le domaine des droits fondamentaux.

III. Contours de la vulnérabilité en droits fondamentaux

11. Aujourd'hui, la vulnérabilité est devenue une notion incontournable dans le domaine des droits humains. Le « phénomène vulnérabilité »²³ a gagné les organes onusiens, interaméricains et africains de protection des droits humains²⁴. Qualifié de « révolution silencieuse »²⁵, le concept est particulièrement présent dans le lexique de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)²⁶.
12. Le Tribunal fédéral, quant à lui, s'y réfère beaucoup moins souvent, tout en reprenant les principes juridiques que la CourEDH justifie

²⁰ FINEMAN, *Anchoring Equality*, 10-22.

²¹ FINEMAN, *Responsive State*, 9 ; FINEMAN, *Inequality*, 146-149 ; ZIMMERMANN, *Concept*, N 198.

²² BROWN, 71-84.

²³ BLONDEL, N 4.

²⁴ BLONDEL, N 18 ; ESTUPIÑAN-SILVA, 89-113 ; HEIKKILÄ/MUSTANIEMI-LAAKSO, 777-798.

²⁵ TIMMER, 147 (nous traduisons).

²⁶ ZIMMERMANN, *Concept*, 303 ss et les réf. cit.

en référence à la vulnérabilité²⁷. Ainsi, pour appréhender la notion et son impact, nous nous limiterons à la jurisprudence de la CourEDH, d'abord sous l'angle des questions définitionnelles (A) et ensuite s'agissant des conséquences juridiques rattachées à la vulnérabilité (B).

A. Aspects définitionnels

13. Depuis la première mention à la fin des années 1970, la notion de vulnérabilité figure dans plus de 2500 jugements, même si certaines évocations sont très brèves²⁸. Depuis 2000, les occurrences se sont multipliées, et la CourEDH a qualifié de vulnérables des personnes requérantes très diverses, allant des enfants aux personnes détenues en passant par les victimes de violences et les membres de minorités²⁹.
14. En règle générale, la jurisprudence donne peu ou pas d'indications sur les raisons derrière ce constat de vulnérabilité. Néanmoins, à regarder de plus près, on peut identifier un certain nombre de facteurs de vulnérabilité récurrents dans la jurisprudence. Il s'agit en particulier de l'âge, du handicap physique ou mental, de l'appartenance à une minorité – tout particulièrement à la minorité rom –, de violences vécues ainsi que de situations où une personne se trouve sous le contrôle de l'Etat, qu'elle soit en détention, accusée d'avoir commis une infraction pénale ou, plus généralement, institutionnalisée³⁰.
15. Il en découle que la CourEDH reconnaît différentes sources de vulnérabilité : intrinsèques – à savoir, étroitement liées à une personne, comme son âge ou sa condition physique – et extrinsèques – c'est-à-dire dues aux circonstances dans lesquelles se trouve une personne. Il n'est néanmoins pas possible de distinguer nettement entre ces deux sources : en effet, la vulnérabilité est

²⁷ Cf. par ex. ATF 145 I 73, consid. 4.2 à propos des personnes menant une vie (semi-)itinerante.

²⁸ ZIMMERMANN, Concept, N 12.

²⁹ ZIMMERMANN, Legislatung, 140 et les réf. cit.

³⁰ Pour une typologie et analyse de la jurisprudence pertinente, regroupant plusieurs centaines d'arrêts, cf. ZIMMERMANN, Concept, N 307-497.

toujours relationnelle et contextuelle, et résulte donc des interactions entre une personne et son environnement³¹. Les raisons sous-jacentes sont par ailleurs souvent de nature structurelle³².

16. De manière significative, la vulnérabilité est souvent générée par une relation de dépendance ou de déséquilibre de pouvoir³³. Typique des relations entre Etat et particuliers, un tel déséquilibre peut aussi exister dans des relations entre personnes privées. Dans la jurisprudence, on trouve notamment l'exemple des victimes de violences conjugales³⁴.
17. De façon certes schématique, la vulnérabilité telle qu'appliquée par la CourEDH se conçoit donc comme l'interaction entre d'une part, le risque de subir des violations de ses droits fondamentaux et d'autre part, les outils permettant d'y faire face (créant de la résilience). Les conséquences juridiques découlant du constat de vulnérabilité sont ainsi censées compenser – du moins partiellement – cette vulnérabilité et assurer l'effectivité des droits pour ces personnes également.
18. Il convient de relever que la manière dont la CourEDH appréhende la vulnérabilité n'est pas sans soulever des questions. En particulier, il a été relevé que le focus sur la vulnérabilité de certains individus ou groupes de personnes risque de renforcer une fausse dichotomie, selon laquelle seules certaines personnes seraient vulnérables³⁵. Cette vision comporte à son tour un risque d'essentialiser et de stigmatiser les personnes ainsi qualifiées de vulnérables. De façon

³¹ Pour des explications plus détaillées, cf. ZIMMERMANN, Concept, N 821 et les réf. cit.

³² Cf. par ex. ZIMMERMANN, Concept, N 974-984 à propos des conditions structurelles entourant les violences conjugales.

³³ TIMMER, 156-158 ; ZIMMERMANN, Concept, N 57, 281, 318, 365, 391-396, 401, 423, 509, 511, 802, 1003, 1013.

³⁴ Cf. par ex. CourEDH, *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009 (requête n° 33401/02) §§ 99, 160. Notons que cette affirmation ne devrait en aucun cas insinuer qu'une personne victime de violences serait « faible » ou incapable de se défendre ou de lui nier son agentivité ; elle vise simplement à reconnaître les relations de pouvoir, physique, psychologique ou matériel qui existent tout particulièrement dans le domaine des violences conjugales.

³⁵ A propos de la tension entre vulnérabilité universelle et vulnérabilité particulière, cf. not. ZIMMERMANN, Concept, N 128-190 et les réf. cit.

peut-être paradoxale, une compréhension trop rigide et trop limitée de la vulnérabilité peut aussi avoir pour effet d'exclure certaines personnes d'un régime protecteur et, par là-même, de créer des vulnérabilités³⁶. Pour ces différentes raisons, FINEMAN et d'autres théoriciennes et théoriciens de la vulnérabilité insistent sur la nécessité de reconnaître la vulnérabilité universelle de chaque être humain³⁷.

B. Conséquences juridiques

19. L'analyse de la jurisprudence montre que le fait de qualifier certaines personnes requérantes de vulnérables n'est pas anodin, mais fait partie de l'argumentaire juridique de la CourEDH. Le poids précis de la vulnérabilité ne se laisse pas aisément déterminer, les conséquences juridiques étant généralement justifiées par une pluralité d'éléments. Néanmoins, une analyse de la jurisprudence dans son ensemble permet de déterminer avec une certaine précision les possibles conséquences juridiques de la vulnérabilité³⁸.
20. Ces conséquences sont étroitement liées à la question de l'effectivité à la fois de l'accès aux tribunaux – et, en particulier, à la CourEDH – et de la protection des droits fondamentaux, s'inscrivant ainsi dans la quête de garantir des droits « non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »³⁹. De cette manière, la vulnérabilité appuie aussi l'interprétation évolutive de la Convention en tant qu'instrument vivant, qui doit s'adapter aux évolutions sociétales et juridiques pour rester pertinent dans un monde en mouvement⁴⁰.

³⁶ A propos des risques de la notion de vulnérabilité (notamment lorsqu'elle est appliquée à certaines personnes uniquement), cf. ZIMMERMANN, Concept, N 148-164. Par ex., en droit des migrations, les jeunes hommes majeurs en bonne santé ne tombent généralement dans aucune des catégories de vulnérabilité reconnues par le droit.

³⁷ FINEMAN, *Anchoring Equality*, 8.

³⁸ Pour plus de détails, nous renvoyons à ZIMMERMANN, Concept, N 242-991 ; cf. aussi HERI, 31-147.

³⁹ Cette formule, fréquente dans la jurisprudence de la Cour, a été inaugurée dans l'arrêt CourEDH, *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979 (requête n° 6289/73), § 24, dans le contexte du droit à un procès équitable.

⁴⁰ ZIMMERMANN, Concept, N 8, 983. A propos de l'interprétation dynamique, cf. not. ZÜND, 6-9.

En effet, si la vulnérabilité fonctionne comme une reconnaissance des obstacles que certaines personnes rencontrent à la jouissance de leurs droits, les conséquences juridiques de ce constat visent à remédier – certes de façon incomplète – à ces difficultés⁴¹.

21. Plus concrètement, sur le plan procédural, la CourEDH s'est basée sur la vulnérabilité pour assouplir, quoique de façon plutôt ponctuelle, les exigences de qualité de victime, d'épuisement des voies de droit internes et de devoir de diligence des personnes requérantes⁴².
22. Sur le plan matériel, les principales conséquences peuvent être résumées comme suit. Tout d'abord, la reconnaissance d'une vulnérabilité particulière constitue un critère pour réduire la marge d'appréciation des Etats⁴³.
23. Ensuite, en lien avec l'interdiction des discriminations, la vulnérabilité sert non seulement à expliciter la raison du caractère suspect d'un motif de distinction, mais aussi à justifier pourquoi certains motifs de distinction – comme l'origine ethnique d'une personne – appellent un contrôle particulièrement strict. La vulnérabilité reconnue d'un groupe de la population peut par ailleurs réduire les exigences en matière de preuve de la discrimination, voire aller jusqu'à renverser le fardeau de la preuve⁴⁴.
24. Enfin, la vulnérabilité impose aux Etats des obligations positives accrues⁴⁵. Par exemple, la vulnérabilité des victimes de violences sexuelles et domestiques a permis à la CourEDH de développer et de concrétiser des exigences quant au cadre législatif devant être mis

⁴¹ ZIMMERMANN, Concept, N 730, 802, 995.

⁴² CourEDH, *Centre des ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* du 17 septembre 2014 [GC] (requête n° 47848/07). Pour une analyse systématique, cf. ZIMMERMANN, Concept, N 745-751, résumant les N 512-744 et les réf. cit.

⁴³ CourEDH, *Alajos Kiss c. Hongrie* du 20 mai 2010 (requête n° 38832/06), § 42 ; ZIMMERMANN, Concept, N 912.

⁴⁴ CourEDH, *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007 [GC] (requête n° 57326/00), §§ 181-210 ; CourEDH, *Kiyutin c. Russie* du 11 mars 2011 (requête n° 2700/10), § 63 ; cf. aussi ARNARDOTTIR, 169-171 ; ZIMMERMANN, Concept, N 224.

⁴⁵ CourEDH, *Soares de Melo c. Portugal* du 16 février 2016 (requête n° 72850/14), § 106.

en place par les Etats ; quant à des mesures préventives et protectrices en cas de risque avéré (par exemple, des mesures d'éloignement) ou encore quant à l'enquête menée en cas de dépôt de plainte ou dénonciation⁴⁶. Cet exemple montre que, par le truchement des obligations positives, la vulnérabilité contribue à la réalisation des droits fondamentaux non seulement vis-à-vis de l'Etat, mais aussi dans les relations entre personnes privées, même si les destinataires de ces obligations restent les autorités⁴⁷.

25. Le fait d'imposer des devoirs spécifiques envers des personnes se trouvant dans une situation particulièrement vulnérable vise à leur assurer l'accès effectif aux droits fondamentaux, dans les mêmes conditions que les autres, s'inscrivant ainsi dans une conception asymétrique de l'égalité tout en concrétisant le principe de l'effectivité des droits⁴⁸.

IV. Vulnérabilité et droits des consommatrices et consommateurs

26. Dans la dernière partie de ce chapitre, nous nous interrogerons sur la pertinence des considérations qui précèdent pour les droits des consommatrices et consommateurs. Notre analyse sera structurée en deux étapes. Nous commencerons par quelques mots à propos des droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs (A) avant de nous interroger plus spécifiquement sur le rôle (potentiel) de la vulnérabilité dans ce domaine (B).

A. Droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs

27. Il va de soi que les consommatrices et consommateurs sont titulaires des droits et libertés fondamentales au même titre que toute autre personne. Bon nombre de droits – dont la liberté d'expression – appartiennent aussi à des associations actives dans

⁴⁶ CourEDH, *Volodina c. Russie* du 9 juillet 2019 (requête n° 41261/17), § 77 ; cf. aussi ZIMMERMANN, Concept, N 850, 851-958.

⁴⁷ Dans cette constellation, les obligations positives constituent ce qu'on appelle parfois un « effet horizontal indirect », réglant les relations entre personnes privées par le biais de la médiation de l'Etat.

⁴⁸ ZIMMERMANN, Concept, N 1001, 1014-1015.

ce domaine. Par exemple, une association militant contre la production industrielle de la viande a le droit de diffuser un spot télévisé informant les consommatrices et consommateurs des conditions de production de viande ; il s'agit là d'un exercice légitime de sa liberté d'expression⁴⁹. A l'occasion de cette affaire, la CourEDH a également souligné que la protection de la « santé des consommateurs » représentait un « intérêt public certain » pesant lourd dans la balance lors de la pesée des intérêts⁵⁰. A l'inverse, le fait que certaines consommatrices et certains consommateurs pourraient percevoir le spot télévisé comme « désagréable » n'est pas une raison de l'interdire, la liberté d'expression protégeant également les informations et idées qui « heurtent, choquent ou inquiètent »⁵¹. Le Tribunal fédéral a confirmé la titularité des consommatrices et consommateurs pour se prévaloir de la liberté des médias⁵² ; d'après certaines autres, un raisonnement similaire devrait s'appliquer à la liberté artistique⁵³.

28. Néanmoins, la protection des droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs connaît quelques limitations non négligeables, dont nous citerons trois ici.
29. La première limitation concerne la liberté économique. Codifié à l'article 27 Cst. féd., celle-ci garantit le libre accès, libre choix et libre exercice d'une activité économique privée⁵⁴ ; elle est entre autres concrétisée par la liberté contractuelle garantie en droit privé⁵⁵. L'une des fonctions primordiales de la liberté économique est de garantir la libre concurrence, et donc aussi le libre choix des consommatrices et consommateurs⁵⁶. Or, d'après la jurisprudence

⁴⁹ CourEDH, *Verein Tierfabriken Schweiz c. Suisse* du 28 juin 2001 (requête n° 24699/94), § 48 ss, confirmé par CourEDH, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse* (n° 2) du 30 juin 2009 [GC] (requête n° 32772/02), § 91-98. Cf. aussi CourEDH, *Hertel c. Suisse* du 25 août 1998 (requête n° 25181/94), §§ 31-51.

⁵⁰ CourEDH, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse* (n° 2) du 30 juin 2009 [GC] (requête n° 32772/02), § 92.

⁵¹ CourEDH, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse* (n° 2) du 30 juin 2009 [GC] (requête n° 32772/02), § 96.

⁵² ATF 149 I 218, consid. 9.1.1.

⁵³ BSK BV-WYTTENBACH, art. 21 N 9.

⁵⁴ MALINVERNI *et al.*, vol. II, N 960 ss.

⁵⁵ MALINVERNI *et al.*, vol. II, N 982, 1000.

⁵⁶ CR Cst.-MARTENET, art. 27 N 67.

constante du Tribunal fédéral, la liberté économique ne comprend pas de liberté de consommation⁵⁷. Cette jurisprudence est toutefois fortement critiquée en doctrine⁵⁸.

30. Une deuxième limitation ne concerne pas spécifiquement les consommatrices et consommateurs, mais plus généralement des droits qui sont particulièrement importants dans ce contexte. Il en va de l'approche restrictive du Tribunal fédéral en matière de droit à l'information⁵⁹. Similairement, les droits dits de « deuxième génération » – à savoir, les droits économiques, sociaux et culturels – revêtent une importance particulière pour les consommatrices et consommateurs⁶⁰. L'on pense notamment au droit à la santé, à un logement adapté, à l'alimentation, au droit de bénéficier du progrès scientifique et de son application⁶¹. Or, ces droits sont absents aussi bien de la Constitution fédérale que de la CEDH. S'ils sont certes garantis par le Pacte ONU I, le Tribunal fédéral tend à leur reconnaître une valeur uniquement programmatique et non pas justiciable, ce qui réduit considérablement leur portée pratique⁶². Si certains cantons ont fait preuve de dynamisme dans ce domaine, reconnaissant par exemple un droit à l'intégrité numérique⁶³, au logement⁶⁴ ou à une

⁵⁷ RDAF 1983, 183 ; ATF 102 Ia 104, consid. 7 ; TF 1P.193/1994 du 12 septembre 1994, consid. 7 ; cf. aussi MALINVERNI *et al.*, vol. II, N 1011. 1011 ; CR Cst.-MARTENET, art. 27, N 66.

⁵⁸ BSK BV-UHLMANN, art. 27 N 12, 18 ; CR Cst.-MARTENET, art. 27 N 66-67.

⁵⁹ ATF 104 Ia 88 ; ATF 107 Ia 304, consid. 3-4. Pour un état des lieux ainsi qu'une critique, cf. not. BSK BV-HERTIG, art. 16 N 18-34.

⁶⁰ A propos de la relation entre droits humains et droits de la consommation, cf. en particulier BENÖHR, 55-76.

⁶¹ Cf. not. les art. 11, 12 et 15 du Pacte ONU I.

⁶² ATF 135 I 161, consid. 2.2 ; ATF 130 I 113, consid. 3.3 ; ATF 126 I 240, consid. 2c. Précisons toutefois qu'il faut nuancer quelque peu cette affirmation au vu de plusieurs arrêts acceptant une certaine justiciabilité même de normes non directement applicables ; ATF 144 I 45, consid. 5.2 ; ATF 137 I 305, consid. 5.5, 6.5 ; TF 1C_504/2016 du 19 octobre 2017 ; TF 1C_43/2020 du 1^{er} avril 2021 ; cf. aussi ZIMMERMANN, *Fédéralisme*, 215-217.

⁶³ Art. 21A Cst.-GE ; art. 10a Cst.-NE.

⁶⁴ § 17 Cst.-BL ; § 11 al. 2 let. c Cst.-BS ; art. 38 Cst.-GE ; art. 22 al. 1 Cst.-JU.

alimentation durable⁶⁵, ces droits sont, eux aussi, souvent considérés comme non justiciables⁶⁶.

31. Une troisième limitation est inhérente à la nature même des droits fondamentaux, principalement opposables à l'Etat, et non aux personnes privées. Cette absence d'effet horizontal direct – à une rare exception près⁶⁷ – n'est pas remise en cause. Elle est toutefois tempérée de plusieurs manières. Premièrement, l'article 35 al. 2 Cst. féd. précise bien que les droits fondamentaux sont opposables non seulement aux autorités étatiques *stricto sensu*, mais aussi à « quiconque assume une tâche de l'Etat » – donc, par exemple, les entreprises de transports publics⁶⁸. Par ailleurs, les articles 35 al. 1 et 3 Cst. féd. soulignent que les droits fondamentaux ont vocation à rayonner dans l'ensemble juridique, y compris dans les relations entre personnes privées⁶⁹.
32. L'obligation découlant de l'art. 35 Cst. féd. porte d'abord sur l'adoption de règles de droit visant à réaliser les droits fondamentaux entre particuliers. Ainsi, il en découle des obligations positives législatives pour les législateurs des trois niveaux étatiques⁷⁰. En matière de droit de la consommation, spécifiquement, cette obligation est renforcée par l'article 97 Cst. féd., qui est à la fois octroi de compétence et mandat de légiférer en matière de protection des consommatrices et consommateurs⁷¹. Elle est concrétisée par la législation relative au droit de la consommation « classique » ainsi que par d'autres dispositions ponctuelles, comme l'article 261^{bis} du Code pénal suisse à propos du refus d'une « prestation destinée à l'usage public » pour des raisons discriminatoires, dont l'un des effets est d'étendre la

⁶⁵ Art. 38a Cst.-GE.

⁶⁶ ZIMMERMANN, Constitutions cantonales, 19, 22-23 ; ZIMMERMANN, Fédéralisme, 201-216, 231-235.

⁶⁷ Art. 8 al. 3 Cst. féd.

⁶⁸ ATF 136 II 489, consid. 2.4 ; STÖCKLI/JOLLER, 482 ss ; BSK BV-WALDMANN, art. 35 N 26.

⁶⁹ CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 66-90.

⁷⁰ BSK BV-WALDMANN, art. 35 N 33-69.

⁷¹ CR Cst.-PICHONNAZ, art. 97 N 26.

portée de l'interdiction des discriminations à des relations entre personnes privées.

33. L'article 35 Cst. féd. comporte ensuite une obligation relative à l'application et l'interprétation du droit ordinaire. En effet, en vertu du principe de l'interprétation conforme, les autorités d'application du droit sont tenues d'interpréter le droit civil de façon conforme aux droits fondamentaux⁷². Un cas d'application est la prise en compte de l'interdiction des discriminations dans les dispositions concernant la protection de la personnalité (art. 28 du Code civil suisse) ou des travailleuses et travailleurs (art. 328 du Code des obligations)⁷³.

B. Rôle de la vulnérabilité

34. En tant que concept juridique, la vulnérabilité a le potentiel de renforcer les droits des consommatrices et consommateurs à plusieurs niveaux. Dans ce qui suit, nous nous bornerons à esquisser quelques pistes.
35. La première question qu'il faut bien sûr se poser est : les consommatrices et consommateurs sont-ils vulnérables ? Dans la littérature, il n'est pas rare de trouver des références au « consommateur vulnérable »⁷⁴. Celui-ci est parfois opposé au « consommateur souverain », « rationnel » ou « autonome »⁷⁵. Comme nous l'avons indiqué à propos de la jurisprudence de la CourEDH, une telle qualification est problématique dans le sens où elle sous-entend que seules certaines catégories de consommatrices et consommateurs seraient vulnérables.

⁷² CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 17, 18, 80, 87-90 ; BSK BV-WALDMANN, art. 35 N 34, 46, 68.

⁷³ Pour une argumentation plus détaillée à ce propos, cf. GRAF-BRUGÈRE/ZIMMERMANN, 173-176. Pour un exemple jurisprudentiel, cf. Tribunal des prud'hommes de Lausanne (TPH), arrêt du 1^{er} juin 2005, JAR 2006, 531.

⁷⁴ Cf. par ex. BENÖHR, 84 ; HEISS/LOACKER, 41-45 ; RIEFA/SAINTIER, 1-16.

⁷⁵ Critique, BENÖHR, 84 et les réf. cit. ; HEISS/LOACKER, 41-45. Précisons toutefois que ces derniers comptent avant tout souligner l'existence de consommatrices et consommateurs vulnérables, entendu surtout dans un sens économique, qui sont, selon les auteurs, trop facilement oubliés et oubliées.

36. L'opposition entre vulnérabilité d'une part et autonomie et rationalité d'autre part court par ailleurs un risque de stigmatisation des personnes considérées comme vulnérables, à qui on ôte ainsi toute capacité de décision autonome ou rationnelle. Or, comme les théories de la vulnérabilité l'ont bien démontré, la réalité est bien plus complexe, et vulnérabilité et autonomie ne s'excluent pas mutuellement⁷⁶.
37. Par ailleurs, on peut aisément considérer que toutes les consommatrices et tous les consommateurs sont, dans une certaine mesure, vulnérables⁷⁷. En effet, nous avons indiqué ci-dessus que la vulnérabilité telle que conceptualisée par la CourEDH trouve souvent sa source dans une relation asymétrique (cf. N 16). La relation entre consommatrices et consommateurs et entreprises est, elle aussi, caractérisée par un déséquilibre de pouvoir. CHAZAL parle à cet égard d'une infériorité économique et d'une infériorité cognitive ou informationnelle⁷⁸.
38. Cette vulnérabilité variera ensuite en degrés selon les circonstances concrètes, parmi lesquelles on peut citer, en analogie à la jurisprudence discutée plus haut, les risques pesant sur la consommatrice ou le consommateur d'une part, et les ressources créatrices de résilience qu'elle ou il peut mobiliser d'autre part. Si les premiers contribuent à exacerber la vulnérabilité, les secondes tendent à la diminuer. Dans les deux cas, la vulnérabilité sera ainsi le résultat d'une interaction entre une personne et son environnement.
39. Pour prendre un exemple : toute personne consommatrice est vulnérable à l'influence des « nudges » – des mécanismes agissant sur l'inconscient humain et le poussant à une action spécifique. Certains de ces mécanismes sont conçus pour tromper la consommatrice ou le consommateur – on parle aussi de « dark nudges »⁷⁹ – et représentent ainsi un risque accru. Certaines personnes sont, elles aussi, plus vulnérables à ce type de techniques

⁷⁶ Pour une discussion des différentes conceptions de la relation entre vulnérabilité et autonomie, cf. ZIMMERMANN, Concept, N 131.

⁷⁷ CHAZAL, 243 ss ; cf. aussi RIEFA/SAINTIER, 1-16 ; BROWN, 68-84.

⁷⁸ CHAZAL, 248 ss.

⁷⁹ HUG.

de manipulation. Des sensibilisations permettant de reconnaître de tels mécanismes ou encore des mécanismes juridiques permettant de se défendre a posteriori peuvent, à l'inverse, contribuer à créer de la résilience⁸⁰.

40. Le concept de vulnérabilité plaide ainsi en faveur de ressources créatrices de résilience, parmi lesquelles on peut également citer des règles juridiques instaurant un cadre juridique mettant des instruments concrets à disposition des consommatrices et consommateurs, renforçant leur position vis-à-vis des actrices et acteurs économiques.
41. Pour ce qui est des droits fondamentaux, plus spécifiquement, la reconnaissance de la vulnérabilité des consommatrices et consommateurs peut justifier des obligations positives accrues – par exemple, sous la forme d'une intervention plus importante du législateur. Elle invite en outre à intégrer de manière plus systématique les droits fondamentaux – y compris les droits économiques, sociaux et culturels – dans la législation pertinente, selon une approche de « human rights mainstreaming »⁸¹. Un tel ancrage favoriserait une cohérence normative plus forte entre droit de la consommation et protection constitutionnelle des droits.
42. Par ailleurs, la vulnérabilité qui caractérise la relation de consommation peut constituer un argument en faveur d'une consécration explicite de droits fondamentaux propres à ce domaine. Ces droits ne se limiteraient pas à transposer des garanties existantes, mais viseraient à prendre en compte les conditions spécifiques de la consommation moderne, marquée par la complexité des produits et services, la numérisation et la manipulation algorithmique. L'on pourrait ainsi envisager la reconnaissance de nouveaux droits – par exemple un droit à une information loyale et compréhensible, un droit à la protection contre les manipulations numériques ou encore un droit à une consommation durable – qui reflètent cette dimension universelle et omniprésente de la vie humaine⁸².

⁸⁰ Cf. aussi BENÓHR, 85-96 (mobilisant la théorie des capacités).

⁸¹ Sur cet aspect, cf. aussi ILIEVA, *passim*.

⁸² Pour une proposition de droits, cf. par ex. WACINKIEWICZ-CALA, 20-22.

V. Conclusion

43. La vulnérabilité, parfois perçue comme une notion vague et purement rhétorique, s'est affirmée comme un outil d'analyse et de justification juridique dans le domaine des droits fondamentaux. La jurisprudence de la CourEDH a montré son utilité, tant pour identifier des obstacles concrets à l'exercice effectif des droits que pour en tirer des conséquences juridiques en termes de marges d'appréciation, d'interdiction des discriminations ou d'obligations positives.
44. Transposée au domaine de la consommation, cette approche permet de tenir dûment compte de l'asymétrie de pouvoir qui caractérise la relation entre entreprises et consommatrices ou consommateurs. La vulnérabilité y apparaît ainsi non pas comme une exception réservée à certains « groupes faibles », mais comme une condition structurelle et universelle, susceptible d'être accentuée ou atténuée selon les contextes. Reconnaître cette vulnérabilité universelle ouvre la voie à une protection accrue : renforcement des obligations positives de l'Etat, intégration systématique des droits fondamentaux dans le droit de la consommation, voire consécration de nouveaux droits adaptés aux défis contemporains, tels que la manipulation algorithmique, la protection des données personnelles ou l'accès équitable à une consommation durable.

Bibliographie

ANDORNO ROBERTO, Is vulnerability the foundation of human rights ?, in : Masferrer/García-Sánchez (édit.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Cham 2016, 257 ss

ARNARDÓTTIR ODDNÝ MJÖLL, Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights. Innovation or Business as Usual ?, vol. 4(3) (2017), 150 ss

BENÖHR IRIS, *EU Consumer Law and Human Rights*, 2^e éd., Oxford 2013

BLONDEL MARION, *La personne vulnérable en droit international*, thèse Université de Bordeaux 2015, accessible sous : <https://tel.archivesouvertes.fr/tel-01424139/document>

BOEHRINGER SANDRA/FERRARESE ESTELLE, Féminisme et vulnérabilité. Introduction, *Cahiers du Genre*, vol. 58(1) (2015), 5 ss

BROWN SARAH, Vulnerable consumers in financial services and access to justice : the regulatory response, in : Riefa/Saintier (édit.), *Vulnerable consumers and the law. Consumer protection and access to justice*, Oxon 2021, 68 ss

CHAZAL JEAN-PASCAL, Vulnérabilité et droit de la consommation, in : Cohet-Cordey (édit.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble 2000, 243 ss

ESTUPIÑAN-SILVA ROSMERLIN, La vulnérabilité saisie par la Cour interaméricaine, in : Burgogue-Larsen (édit.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris 2014, 89 ss

FIECHTER-BOULVARD FRÉDÉRIQUE, La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit, in : Cohet-Cordey (édit.), *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble 2000, 13 ss

FINEMAN MARTHA A., The Vulnerable Subject : Anchoring Equality in the Human Condition, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20 (2008-2009), 1 ss (cité : Anchoring Equality)

FINEMAN MARTHA A., The Vulnerable Subject and the Responsive State, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 130 (2010), 1 ss (cité : Responsive State)

FINEMAN MARTHA A., Vulnerability and inevitable inequality, *Oslo Law Review*, vol. 4(3) (2017), 133 ss (cité : Inequality)

GRAF-BRUGERE ANNE-LAURENCE/ZIMMERMANN NESA, Lutter contre les discriminations raciales au travail en transposant la loi sur l'égalité, in : CSDH, Renforcer les droits humains en Suisse. Nouvelles idées pour la politique et la pratique, Berne 2022, 163 ss

GREAR ANNA, *Redirecting human rights : Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Basingstoke 2010

HART HERBERT L.A., *Le concept de droit*, Bruxelles 1976

HEISS HELMUT/LOACKER LEANDER D. (édit.), *Grundfragen des Konsumentenrechts*, Zurich 2020

HEIKKILÄ MIKAELA/MUSTANIEMI-LAAKSO MAIJA, Vulnerability as a human rights variable : African and European Human Rights Developments, *African Human Rights Journal*, vol. 20 (2020), 777 ss

HERI CORINA, *Responsive Human Rights : Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, Londres 2021

HOBBS THOMAS, *Leviathan*, Oxford 2008 [1651]

HUG DARIO, Dark patterns ou le côté obscur du Nudge, Blog du LexTech Institute, 22 février 2022, disponible sur le site : <https://www.lextechinstitute.ch/dark-patterns-ou-le-cote-obscur-du-nudge/> (consulté le 06.10.2025)

ILIEVA MIHAELA, *La protection des consommateurs et les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles 2021

MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II : Les droits fondamentaux, 4^e éd., Berne 2021

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale*, Bâle 2021 (CR Cst.-AUTEURE/AUTEUR)

MISZTAL BARBARA, *The challenges of vulnerability. In search of strategies for a less vulnerable social life*, Basingstoke 2011

RE LUCIA, *Introduction : the vulnerability challenge*, *Genero & Direito*, vol. 5(3) (2016), 1 ss

RIEFA CHRISTINE/SAINTIER SÉVERINE (édit.), *Vulnerable consumers and the law. Consumer protection and access to justice*, Oxon 2021

SOULET MARC-HENRY, *La vulnérabilité, une ressource à manier avec prudence*, in : Burgorgue-Larsen (édit.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris 2014, 7 ss (cité : Prudence)

SOULET MARC-HENRY, *Les raisons d'un succès. La vulnérabilité comme analyseur des problèmes sociaux contemporains*, in : Brodriez-Dolino *et al.* (dir.), *Vulnérabilités sanitaires et sociales – de l'histoire à la sociologie*, Rennes 2014, 59 ss (cité : Raisons)

TIMMER ALEXANDRA, *A Quiet Revolution : Vulnerability in the European Court of Human Rights*, in : Fineman/Grear (édit.), *Vulnerability : Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Aldershot : Ashgate 2013, 141 ss

STÖCKLI ANDREAS/JOLLER ELISABETH, *Politische und religiöse Werbung an Fahrzeugen und Anlagen öffentlicher Verkehrsbetriebe*, ZBl 2019, 475 ss

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, 2^e éd, Bâle 2025 (BSK BV-AUTEURE/AUTEUR)

WACINKIEWICZ-CALA EWELINA, *Consumer's rights as a special category of human rights*, *International Journal on Consumer Law and Practice*, vol. 1(2) (2013), 14 ss

ZIMMERMANN NESA, *Les constitutions cantonales comme sources d'innovation juridique*, RJN 2025, 17 ss (cité : Constitutions cantonales)

ZIMMERMANN NESA, *Entre innovations et résistances : la garantie des droits humains dans l'État fédéral suisse*, RDS 2023 II, 152 ss (cité : Fédéralisme)

ZIMMERMANN NESA, *La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : contours et utilité d'un concept en vogue*, thèse Genève 2022 (cité : Concept)

ZIMMERMANN NESA, *Legislating for the vulnerable ? Special duties under the European Convention of Human Rights*, *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 25/4 (2015), 539 ss (cité : Legislating)

Vulnérabilité et droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs

ZÜND ANDREAS, « Begründungselemente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte », RDS 2023 I, 3 ss



Le consommateur moyen et le consommateur vulnérable : de la fiction à la réalité ?

par

Dario Hug

Dr en droit, Chargé d'enseignement, Université de Neuchâtel, Avocat

I. Introduction.....	25
II. Le consommateur moyen : standard abstrait ou instrument fonctionnel ?	26
A. Sources et fonctions du concept en droit de la consommation	26
B. Approche du consommateur moyen en droit suisse.....	29
1. Manifestations	29
2. Applications.....	31
a. Approche contextualisée	31
b. Approche empirique ?.....	35
C. Enjeux et limitations	36
III. Le consommateur vulnérable : vers une prise en compte différenciée ?	39
A. Typologies de la vulnérabilité	39
1. Motifs de vulnérabilité	39
2. Délimitations	40
3. En particulier : la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales.....	42
B. Approche du consommateur vulnérable en droit suisse	46
1. Manifestations	46
2. Applications.....	47
C. Enjeux et limitations	49

Dario Hug

IV. Conclusion	52
Bibliographie	55

I. Introduction

1. Le droit de la consommation se fonde sur le précepte d'un déséquilibre structurel et informationnel entre les consommateurs et les professionnels¹. Pour y remédier, il mobilise divers instruments de protection² : formalités particulières imposées à la partie forte (par ex. art. 9 LCC), droit de révocation permettant au consommateur de se départir du contrat sans motif dans un délai de quatorze jours (par ex. art. 40a ss CO), ou encore contrôle des clauses contractuelles abusives (art. 8 LCD).
2. Un aspect de cette protection demeure relativement peu exploré en droit suisse : les standards du « consommateur moyen » et du « consommateur vulnérable »³. Ces concepts, substantiels en droit de l'Union européenne, sont régulièrement maniés par les juridictions nationales des Etats membres. La Suisse, bien qu'elle ne soit pas membre de l'Union européenne, les envisage également⁴. Leur traitement y demeure toutefois éclaté et hétérogène, tant sur le plan conceptuel que pratique. Parallèlement, ceci accroît le risque d'incertitudes et d'insécurité juridiques⁵.
3. La présente contribution propose d'examiner ces deux figures à travers le prisme du droit suisse et européen de la consommation. Dans un premier temps, nous nous intéresserons à la figure du consommateur moyen (I). Dans un second temps, nous examinerons celle du consommateur vulnérable (II). Une conclusion viendra clore la réflexion (III).

¹ Pour des approfondissements HUG, Formation, N 202-210.

² Pour des approfondissements, HUG, Droit de la consommation, N 28-57 et MARCHAND, 33 ss.

³ L'auteur participe actuellement à une initiative commune du Max Planck Institute Hambourg (Prof. GROCHOWSKI), de la NOVA School of Law (Prof. ESPOSITO) et de l'UCLouvain (Prof. SIBONY) sur cette thématique et où il est référent pour la Suisse. Une contribution commune est en préparation, sur laquelle se fonde d'ailleurs aussi en partie la présente contribution.

⁴ Par ex. ATF 132 III 414, consid. 4.1 (« acheteur suisse moyen, non professionnel et normalement doué »). Comp. SHK UWG-JUNG, art. 1 N 39 avec les réf. cit. Cf. ég. déjà SENN.

⁵ En rapport avec l'art. 3 al. 1 let. a LCD, UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. a N 40. Cf. ég. MAK, 27.

II. Le consommateur moyen : standard abstrait ou instrument fonctionnel ?

A. Sources et fonctions du concept en droit de la consommation

4. Le standard du consommateur moyen est employé pour répondre à différentes questions relatives au comportement (il)licite, respectivement (dé)loyal, d'une partie professionnelle. Les plus importantes concernent la loyauté d'une pratique commerciale du point de vue de la LCD, en particulier l'examen d'une induction en erreur et d'un risque de confusion⁶, la transparence d'une clause contractuelle préformulée⁷, d'une atteinte à la personnalité ou encore d'un brevet ou d'une marque⁸.
5. On le retrouve aussi dans d'autres contextes, en particulier celui de la responsabilité extracontractuelle du fait des produits (cf. art. 4 LRFP), ainsi que celui de la sécurité des produits (cf. art. 8 LSPro). La figure du « consommateur moyen » y permet d'évaluer le risque, respectivement les attentes d'une personne placée dans les mêmes circonstances. Ainsi, l'article 4 al. 1 LRFP renvoie aux attentes de sécurité d'un consommateur moyen, et non à celles du lésé ou

⁶ Par ex. ATF 129 III 426, consid. 3.1.1 ; TF 4A_235/2020 du 1^{er} décembre 2020, consid. 5.2. Comp. CR LCD-KUONEN, art. 3 al 1 let. b N 17 (« destinataire moyen ») ; SENN, 150. Pour une analyse dans le même ouvrage du point de vue du droit alimentaire, LEVY.

⁷ Ceci vaut en premier lieu pour le droit de l'UE dans le contexte de la Directive 1993/13/CE sur les clauses abusives, par ex. CJUE, 20 septembre 2017, *Andriciu*, C-186/16 (ECLI:EU:C:2017:703), consid. 44 s. En droit suisse, le recours même à un principe de transparence dans le contexte de clauses préformulées reste en revanche plus incertain. La question a ainsi été laissée ouverte dans TF 4A_330/2021 du 5 janvier 2022, consid. 4.1.2 (non publié in ATF 148 III 57). Comp. HUG, Droit de la consommation, N 98. Dans le contexte de l'art. 8 LCD, l'appréciation du caractère abusif d'une clause préformulée s'effectue, dans le cadre d'une action individuelle, en fonction des circonstances individuelles et concrètes, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 81 et 183.

⁸ Par ex. ATF 137 III 403, consid. 3.3.6 (« *Durchschnittskonsumenten von Fischen und Meeresfrüchten* »). Cf. ég. les Directives de l'IGE/IPI du 1^{er} janvier 2024 en matière de marques, 114 avec les réf. cit. Elles sont disponibles à l'adresse suivante : https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/marken/f/directives_marques/Markenrichtlinien_Teile_1-7_F_2024.pdf (consulté le 19.06.2025). Cet aspect ne sera cependant pas approfondi ici. A ce sujet, WILMING.

d'un groupe déterminé d'usagers particulièrement qualifiés ou, à l'inverse, inexpérimentés ; il s'agit-là d'une appréciation objective en fonction des circonstances⁹.

6. Au niveau de l'Union européenne, dans l'arrêt GUT SPRINGENHEIDE, portant sur l'interprétation d'indications publicitaires d'emballages d'œufs, la Cour de justice s'était également référée à un « *consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* »¹⁰. Ce faisant, elle a précisé que la figure constituait une construction de bon sens visant à décrire la manière dont le comportement des individus peut être apprécié¹¹. De manière intéressante, la Cour a récemment eu l'occasion de retenir qu'une telle définition n'excluait pas que la capacité de décision d'un individu puisse être altérée par des contraintes, telles que des biais cognitifs¹².
7. Le parangon du « consommateur moyen », développé avant l'adoption de la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales¹³ (cf. art. 5, par. 2, point b)¹⁴ et allant

⁹ ATF 133 III 81, consid. 3.1.

¹⁰ CJUE, 16 juillet 1998, *Gut Springenbeide GmbH*, C-210/96 (ECLI:EU:C:1998:369), consid. 37.

¹¹ CJUE, 16 juillet 1998, *Gut Springenbeide GmbH*, C-210/96 (ECLI:EU:C:1998:369), consid. 31-35.

¹² CJUE, 14 novembre 2024, *Compass Banca SpA*, C-646/22 (ECLI:EU:C:2024:957), point 59. Cf é.g. déjà CJUE, 18 octobre 2012, *Purely Creative Ltd*, C-428/11 (ECLI:EU:C:2012:651), consid. 38 (« *exploite l'effet psychologique provoqué par l'annonce du gain d'un prix, afin d'inciter le consommateur à effectuer un choix qui n'est pas toujours rationnel* »). Pour une analyse de l'apport des sciences comportementales en droit UE de la consommation, cf. SIBONY.

¹³ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 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.

¹⁴ CJUE, 6 juillet 1995, *Verein gegen Unwesen im Handel und Gewerbe Köln*, C-470/93 (ECLI:EU:C:1995:224) et CJUE, 16 juillet 1998, *Gut Springenbeide GmbH*, C-210/96 (ECLI:EU:C:1998:369). Comp. Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques

au-delà de celle-ci¹⁵, n'en reste pas moins un concept central à cette Directive¹⁶. Il représente le critère d'évaluation de l'incidence d'une pratique commerciale donnée¹⁷ et renvoie à l'image d'une personne normalement informée, raisonnablement attentive et avisée, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques. Toutefois, pour les juridictions et autorités nationales, il ne s'agit pas là d'une notion statistique ou détachée d'une réaction « typique » dans un cas donné ; elles doivent s'en remettre à leur propre faculté de jugement¹⁸. Cette appréciation se fait dans la règle en fonction du consommateur effectivement atteint, sans égard à ceux que le professionnel comptait atteindre¹⁹. En tout état, elle est contextuelle²⁰.

8. Le standard est également manié lorsqu'une pratique commerciale s'adresse spécifiquement à un groupe particulier de consommateurs. L'article 5, par. 2, point b de la Directive 2005/29/CE) vise précisément cette situation, par exemple, lorsque des parents de

commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 33.

¹⁵ SAJN, 2 et 8. En particulier, l'origine du concept remonte à la jurisprudence de la CJUE en lien avec la (libre) circulation, MAK, 28 en réf. à CJUE, 20 février 1979, *Reve-Zentral AG*, C-120/78 (ECLI:EU:C:1979:42) et à CJUE, 19 septembre 2006, *Lidl Belgium GmbH et Co.*, (ECLI:EU:C:2006:585), consid. 77-80.

¹⁶ Cf. ég. le consid. 18 de la Directive.

¹⁷ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 33.

¹⁸ Consid. 18 de la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales.

¹⁹ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 34.

²⁰ Dans ses conclusions du 25 avril 2024 pour l'affaire C-646/22, *Compass Banca Sp.A.*, l'Avocat général EMILIOU, point 40 relevait par ex. que la notion de « consommateur moyen », dans le cadre de l'application de la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, doit être envisagée comme une notion « souple », qui doit être adaptée en fonction des circonstances pertinentes, y compris en prenant en compte la probabilité de subir un biais cognitif.

petits enfants sont ciblés par une publicité pour des couches²¹. En pareil cas, l'incidence de la pratique doit être évaluée dans la perspective du membre moyen de ce groupe de référence. Le cas échéant, ce membre peut disposer de connaissances ou de caractéristiques plus spécifiques que le « consommateur moyen » confronté à la même pratique²².

B. Approche du consommateur moyen en droit suisse

1. Manifestations

9. La conception générale du consommateur moyen en droit suisse correspond pour l'essentiel à celle du droit de l'UE : une personne moyennement informée, raisonnablement attentive en fonction des circonstances, et avisée (N 6)²³. Selon un principe d'appréciation objective, le droit suisse se réfère à la compréhension d'un citoyen moyen (*Durchschnittsbürger*)²⁴. Les attentes du législateur à l'égard de ce dernier sont a priori relativement élevées²⁵, comme le laissent entrevoir les considérations suivantes du Conseil fédéral : « *Le code des obligations repose sur le principe de la liberté contractuelle. Il est l'expression du fait que les citoyens sont des adultes responsables et sont les mieux placés pour savoir ce qui est bon pour eux et où se trouve leur intérêt* »²⁶.
10. S'agissant du consommateur moyen (*Durchschnittskonsumen*), précisément en tant que l'une des émanations de ce citoyen

²¹ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 34.

²² Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 34.

²³ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 46.

²⁴ SENN, 150 : « *Nach dem Grundsatz des objektiven Bewertungsmaßstabes wird allgemein auf das Verständnis eines Durchschnittsbürgers abgestellt* ».

²⁵ Comp. CR LCD-HEINZMANN, art. 13a N 13 ; SHK UWG-JUNG, art. 1 N 39.

²⁶ Communication du Conseil fédéral du 9 novembre 2005 en rapport avec l'absence d'extension de la protection des consommateurs, disponible à l'adresse suivante : <https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=24191> (consulté le 13.08.2025).

moyen²⁷, notre droit part donc du principe – de la fiction – d'un individu étant non seulement intellectuellement capable de traiter les informations qui lui sont fournies, mais qui le fait effectivement²⁸. L'évaluation est normative et n'intervient par principe pas en fonction d'une perspective individuelle (comp. N 12)²⁹. En pratique, toutefois, la « compréhension moyenne » ainsi postulée n'est souvent guère plus qu'une supposition, une hypothèse. En dépit d'efforts sincères d'objectivation, une part d'arbitraire ne peut donc être totalement exclue dans l'application du critère³⁰.

11. Du point de vue du droit de la consommation, ce standard est tout particulièrement mobilisé dans l'évaluation des comportements déloyaux visés à l'article 3 LCD. Contrairement au droit de l'UE, et notamment à l'article 5, par. 2, de la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, le droit suisse n'érige toutefois pas le concept en règle écrite explicite (*black-letter rule*). Elle constitue bien plus un référentiel « non-écrit » pour l'interprétation des différentes dispositions de la LCD³¹. Cela dit, comme nous l'avons constaté ailleurs³², l'absence de mention explicite du concept dans un texte légal ne semble pas impliquer qu'il soit moins manié par la jurisprudence.

²⁷ Suivant les cas, on parle aussi parfois de lecteur moyen *Durchschnittsleser* ou d'acheteur moyen *Durchschnittskäufer*, SENN, 150. L'idée derrière ces concepts est généralement la même : évaluer l'effet, en particulier, d'une publicité, d'une comparaison, d'une marque, d'un brevet ou encore d'une atteinte à la personnalité sur un destinataire suisse « type ». Cf. par ex. ATF 126 III 209, consid. 3a.

²⁸ En réalité, la pratique judiciaire reste souvent passablement fluctuante et dépendante du cas d'espèce, pour ne pas dire de la stratégie argumentative ou dialectique recherchée dans l'affaire en cause, SENN, 150 s.

²⁹ En lien avec la compréhension objective d'allégations inexactes ou fallacieuses, UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. b N 59-61.

³⁰ SENN, 150.

³¹ SHK UWG-JUNG, art. 1 N 43.

³² Comp. HUG/SALAMANCA/SØRENSEN/SCHULTE-NÖLKE.

2. Applications

a. Approche contextualisée

12. En Suisse également, la figure du consommateur moyen est de plus en plus contextualisée (en droit de l'UE, N 7)³³. Si elle conserve dans sa conception générale un caractère abstrait, ses attributs doivent néanmoins être déterminés par un jugement normatif. Ainsi, comme le rappelle KUONEN en rapport avec l'article 3 al. 1 let. b LCD, « [...] *il n'y a lieu de s'interroger sur le sens que donne à une affirmation donnée ni l'un de ses destinataires en particulier, ni son auteur [...]* »³⁴. Ce jugement normatif requiert la prise en compte des circonstances concrètes du cas d'espèce³⁵. La figure représente donc un référentiel interprétatif de nature abstracto-normative, tout en restant tributaire du contexte situationnel spécifique dans lequel elle est mobilisée. JUNG souligne à cet égard que c'est le contexte publicitaire spécifique et les caractéristiques du destinataire qui constituent en définitive les facteurs déterminants : sont-ils par exemple âgés, jeunes, expérimentés, formés, familiarisés avec la branche, etc.³⁶.
13. En outre, l'appréhension de la figure du consommateur moyen est également influencée par le média utilisé pour effectuer la communication commerciale. D'une part, si ce média vise un public restreint ou fermé, le groupe cible est réduit en conséquence. D'autre part, si le groupe cible dispose de connaissances et compétences particulières, qui impliquent une compréhension différente d'une allégation que celle qu'en ferait plus largement le consommateur moyen, une restriction qualitative dudit groupe doit être entreprise. Le cas échéant, le destinataire concrètement en cause doit se voir reconnaître de telles compétences et

³³ SHK UWG-JUNG, art. 1 N 41.

³⁴ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 17. Aux N 18 à 20, l'auteur précise par ailleurs que l'interprétation de l'allégation en cause suppose (i) la détermination du cercle des destinataires, (ii) la détermination du destinataire moyen et (iii) l'interprétation de l'allégation pour en dégager le sens « moyen ».

³⁵ KUONEN, Secours, 133.

³⁶ SHK UWG-JUNG, art. 1 N 42. Comp. CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 19 (« *caractéristiques concrètes du cercle des destinataires* »).

connaissances spécifiques, par exemple s'il est un spécialiste ou un revendeur³⁷.

14. De plus, la nature de la prestation proposée est d'intérêt³⁸ : s'agit-il de produits dont la qualité ne peut être évaluée qu'après usage (*Erfahrungsgut*, par ex. de la nourriture) ou d'un produit de recherche (*Suchgut*), dont les caractéristiques essentielles peuvent être évaluées avant l'acte d'acquisition (par ex. une voiture électrique ou un appareil électroménager) ? Ou encore, s'agit-il d'un produit de confiance (*Vertrauensgut*) pour lequel le consommateur n'est habituellement pas en mesure d'évaluer la qualité ou l'utilité avant, et même après, l'acte d'acquisition (par ex. un produit financier) ?
- Dans le cas d'un bien d'expérience, le consommateur s'appuiera sur d'éventuelles expériences préalables avec le produit ou l'essaiera simplement sans considérations préalables ni effort de recherche d'informations³⁹. En conséquence, une impression même fugace de l'allégation en cause pourra être déterminante⁴⁰.
 - Dans le cas d'un bien de recherche, des informations de détail qui pourraient, dans d'autres circonstances, prêter à confusion ou n'être tout simplement pas pertinentes peuvent acquérir de l'importance⁴¹.
 - Dans le cas d'un bien de confiance, une importance particulière revient à une information détaillée et complète⁴².
15. S'agissant encore plus spécifiquement des exigences publicitaires pour les crédits à la consommation (cf. art. 3 al. 1 let. k LCD), le consommateur moyen doit pouvoir percevoir sans effort en quelques secondes le nom commercial du prêteur⁴³. Les inconvénients liés à la conclusion d'un contrat de crédit à la

³⁷ UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. a N 41.

³⁸ Pour nos développements, SHK UWG-JUNG, art. 1 N 41.

³⁹ SHK UWG-JUNG, art. 1 N 41.

⁴⁰ ATF 122 III 382, consid. 3a. SHK UWG-JUNG, art. 1 N 41 mais qui relativise à juste titre son affirmation en réf. à TF 4C.332/2006 du 20 décembre 2006, consid. 4.3.

⁴¹ SHK UWG-JUNG, art. 1 N 41.

⁴² SHK UWG-JUNG, art. 1 N 41.

⁴³ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. k N 15.

consommation – en particulier les coûts qui y sont associés – doivent aussi apparaître clairement et être identifiables avec un minimum d'effort⁴⁴. Il en va de même pour l'indication de la possibilité de s'opposer à la réception de publicité de masse (cf. art. 3 al. 1 let. o LCD) ; elle doit être communiquée de manière claire, visible et immédiate à chaque envoi publicitaire⁴⁵.

16. Une sélection d'arrêts du Tribunal fédéral permet d'illustrer le maniement judiciaire des différentes considérations contextuelles exposées ci-dessus (N 12-15)⁴⁶ :

- Ainsi, lorsque les prestations sont banales, destinées au grand public, peu coûteuses ou non sollicitées, la décision d'achat est généralement considérée comme ayant été prise sans réflexion particulière⁴⁷. S'agissant de biens de la consommation courante produits en série, tels que des denrées alimentaires, la Haute Cour retient que les consommateurs font preuve d'une moindre attention et se montrent moins exigeants que dans le cas de produits spécialisés, dont le marché se limite à un cercle plus ou moins fermé de destinataires, en particulier s'il s'agit de professionnels⁴⁸. De même, le Tribunal fédéral a jugé que l'expérience montrait que les consommateurs des magasins « discount » attachaient peu d'importance à l'emballage et à la présentation des produits lorsqu'un prix plus bas – plus « intéressant » – leur était proposé⁴⁹. A l'inverse, lorsqu'il s'agit de prestations coûteuses ou de biens d'investissement dont

⁴⁴ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. k N 16.

⁴⁵ CR LCD-CARRON/WERRO, art. 3 al. 1 let. o N 33.

⁴⁶ Nous n'avons aucune prétention à l'exhaustivité ici.

⁴⁷ Comp. Conclusions de l'avocat général EMILIOU, du 25 avril 2024, *Compass Banca SpA*, aff. C-646/22, point 40 : « *A ce titre, il me semble que, si, dans certaines situations, le 'consommateur moyen' peut être considéré comme capable d'agir de manière rationnelle et de prendre une décision en connaissance de cause, dans d'autres situations (par exemple, lorsqu'il s'agit d'un produit que le « consommateur moyen » tend à acheter de manière compulsive ou sous un stress émotionnel), il peut être considéré comme étant incapable de le faire.* ».

⁴⁸ En ce sens, TF 4A_265/2020 du 28 décembre 2020, consid. 8.3.1. Cf. ég. TF 4C.258/2004 du 6 octobre 2004, consid. 2.3.

⁴⁹ ATF 122 III 469, consid. 10 en réf. à l'ATF 114 II 91, consid. 5a.

l'acquisition est unique⁵⁰, le degré d'attention attendu du destinataire est plus élevé⁵¹. Partant, le risque de confusion – notamment au sens de l'article 3 al. 1 let. d LCD – est plus faible.

- Dans une affaire concernant l'application des art. 2 et 3 al. 1 let. b LCD (informations inexactes ou trompeuses) à une plateforme de vente de billets, le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que : *« Même s'il y a lieu, avec la recourante, de partir du principe que l'achat d'un billet d'entrée pour une manifestation ne constitue pas un 'investissement particulièrement important', cela ne conduit pas pour autant à une simple attention réduite de la part du consommateur moyen. Les considérations de l'instance précédente quant à l'attention du destinataire moyen ne sauraient non plus être infirmées par l'objection soulevée dans le recours selon laquelle l'acquéreur ne prêterait pas attention à la transaction en tant que telle, mais uniquement à la manifestation souhaitée. Cette affirmation est sans doute exacte, mais elle ne change rien au fait que le destinataire moyen manifeste déjà une certaine attention lors de l'achat en vue de la manifestation souhaitée, achat qu'il effectue consciemment et de son propre chef »*⁵². Ainsi, notre Haute Cour reconnaît que, même si l'investissement financier en jeu n'était en l'occurrence pas significatif, cela n'implique pas pour autant que le consommateur moyen fasse preuve d'une vigilance moindre au moment d'acquiescer la prestation.
- Dans une affaire concernant un destinataire d'une émission de consommation à la télévision, le Tribunal fédéral a considéré que, pour des programmes populaires tels qu'« Espresso » et « Kassensturz », le consommateur moyen devait être perçu comme étant un lecteur, auditeur ou téléspectateur critique, capable de comprendre les déclarations en cause et de les examiner. La Haute Cour a appliqué ici la norme d'un

⁵⁰ A noter que la qualification de « contrat de consommation » de contrats portant sur de telles prestations financièrement importantes n'est, dans la règle, pas forcément évidente du point de vue du droit suisse. Comp. HUG, Droit de la consommation, N 80 (en lien avec le critère de la prestation de consommation courante) et TF 4A_563/2023 du 17 octobre 2024, consid. 6 (en lien avec les art. 114 et 120 LDIP).

⁵¹ ATF 61 II 54, consid. 3.

⁵² TF 4A_235/2020 du 1^{er} décembre 2020, consid. 5.2

consommateur critique – mais toujours moyen –, en tout cas celle d'un consommateur plus circonspect⁵³. En revanche, lorsqu'une allégation commerciale s'écarte de ce qu'un consommateur moyen peut raisonnablement attendre en ce qui concerne la nature scientifique ou la « qualité » d'un produit (par exemple lorsqu'un produit est qualifié de « scientifiquement prouvé », alors qu'il repose en réalité sur une simple hypothèse), une telle déclaration peut, le cas échéant, être considérée comme trompeuse⁵⁴.

- Dans l'ATF 116 II 431, le Tribunal fédéral suisse s'est en particulier penché sur la question de savoir si un véhicule importé en Suisse trois ans avant sa vente pouvait légitimement être qualifié de « *fabrikneu/neu* » (« neuf/sorti d'usine »). Le vendeur justifiait cette désignation en se fondant sur une décision administrative fédérale permettant de considérer comme neuf un véhicule dont le kilométrage n'excédait pas 1'000 kilomètres avant son immatriculation. L'acheteur, en revanche – qui ne faisait pas partie du cercle professionnel ou commercial concerné (*branchenkundig*) – comprenait le terme « neuf » comme désignant un véhicule de l'année en cours. Le tribunal a jugé que, dans de telles circonstances, il était inadmissible de se prévaloir des usages commerciaux (*Branchenusanz*) pour justifier cette indication. Compte tenu du manque de connaissances spécifiques de l'acheteur, le tribunal a conclu que la mention « *fabrikneu/neu* » était trompeuse et que les attentes d'un consommateur moyen, extérieur au commerce spécialisé, devaient prévaloir⁵⁵.

b. Approche empirique ?

17. L'appréciation objective du comportement du consommateur moyen dans un cas concret implique qu'il n'y a en principe pas lieu de démontrer empiriquement – et a fortiori quantitativement – que

⁵³ TF 5A_958/2019 du 8 décembre 2020, consid. 3.2 avec les réf. cit.

⁵⁴ Sic! 1999 576, consid. 4. Comp. ATF 120 II 76, consid. 5b.

⁵⁵ Cf. ég. UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. b N 39.

le consommateur concerné a été induit en erreur⁵⁶. En ce sens, la jurisprudence suisse s'abstient habituellement de déterminer de manière scientifique ou empirique la manière dont les destinataires comprennent effectivement les déclarations litigieuses. Ce faisant, elle privilégie une évaluation fondée sur « l'expérience générale de la vie ». Combiné à une approche contextuelle, le recours à cette dernière explique, à notre sens, une certaine hétérogénéité des manifestations du consommateur moyen dans la pratique judiciaire.

18. Cela étant, des enquêtes représentatives relatives à la compréhension effective de déclarations peuvent servir de moyen de preuve à l'appui d'une interprétation déterminée, pour autant qu'elles satisfassent à des critères scientifiques⁵⁷. En effet, la caractérisation concrète du consommateur moyen ne saurait plus faire l'abstraction de certains apports empiriques, notamment en ce qui concerne les (nombreux) biais cognitifs dont il est susceptible de souffrir⁵⁸. Loin de remettre en question la fonction normative de la notion, ces apports peuvent contribuer à mieux cerner les raisonnements ou vulnérabilités typiques que le droit entend encadrer.

C. Enjeux et limitations

19. Même si la figure du consommateur moyen représente un référentiel utile, il convient de se garder d'y attacher trop d'importance dans une perspective généralisante. Ce qui reste déterminant est le destinataire moyen du cas individuel concret avec ses caractéristiques⁵⁹. Comme le rappelle JUNG en rapport avec la LCD : « *Das Konsumentenleitbild ist daher nur ein grober Anhaltspunkt für die Auslegung der einzelnen Tatbestände des UWG und darf in seiner*

⁵⁶ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 47 (« *Irreführungsquote* »).

⁵⁷ BSK UWG-STAUER/ISKIC, art. 3 al. 1 let. e N 34 en réf. à TF 4C.170/2006 du 28 août 2006, consid. 3.3. Cf. par ex. déjà LUNN/LYONS.

⁵⁸ KEIRSBILCK/ROUSSEAU, 98 s. ; SIMON, 253 ss. Pour une approche critique du rapport entre la théorie économique et la vulnérabilité des consommateurs, RIEFA/GAMPER. Pour des approfondissements sur ces aspects, HELLERINGER/SIBONY, 611 s., en particulier aussi les nombreuses réf. cit. en nbp 2.

⁵⁹ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 46.

Bedeutung für den konkreten Inhalt des Wettbewerbsrechts nicht überschätzt werden »⁶⁰. Cette ambivalence est d'autant plus marquée que la figure en question s'apprécierait tantôt de manière plus libérale (« le consommateur averti »), tantôt de manière plus restrictive (« le consommateur crédule ou naïf »)⁶¹. En tout état, une appréciation au cas par cas, contextuelle, reste inévitable⁶².

20. Derrière la compréhension du consommateur moyen se cache donc la propre conception des juges appelés à connaître de la cause. Sans trop de craintes, on peut affirmer que cette figure est en réalité très souvent l'autorité judiciaire saisie de la cause, plus précisément les personnes en charge de celle-ci⁶³. Le Tribunal fédéral ne s'en cache d'ailleurs pas : « *Um zu beurteilen, ob ein wettbewerbswirksamer Vergleich unwahre oder irreführende Angaben enthält, muss sich das Gericht in den Adressaten versetzen. Massgebend ist der Sinn, den ein Zuschauer oder Leser nach der Lebenserfahrung einer Mitteilung nach den Umständen in guten Treuen bemisst. Die Verkehrsauffassung misst sich am schweizerischen Durchschnittskonsumenten, der nicht fachkundig ist, aber über ein normales Wissen verfügt und den Äusserungen den Grad an Aufmerksamkeit schenkt, der nach den Umständen zu erwarten ist* »⁶⁴. De même, dans un arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral a-t-il considéré que : « *der Richter muss sich in die Denkart des umworbenen Kunden einfühlen* »⁶⁵.
21. Dans un tel contexte, la distinction entre question de fait et question de droit revêt une importance centrale. Ainsi, les circonstances factuelles relatives au cercle de personnes concernées ainsi qu'au destinataire moyen, notamment ses connaissances et ses compétences, constituent des questions de fait. En revanche, la détermination de la compréhension objective par le destinataire moyen représente une question de droit⁶⁶. Cette dernière peut être revue librement par les instances de recours, en particulier le

⁶⁰ SHK UWG-JUNG, art. 1 N 43.

⁶¹ SHK UWG-JUNG, art. 1 N 43.

⁶² SHK UWG-JUNG, art. 1 N 42.

⁶³ En ce sens ég. UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. b N 59. En particulier sur la méthodologie et les conditions subjectives affectant les jugements, BRUNNER.

⁶⁴ TF 4C.170/2006 du 28 août 2006, consid. 3.2.

⁶⁵ ATF 88 II 54, consid. 1.

⁶⁶ Pour ces développements, UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. b N 61.

Tribunal fédéral (cf. art. 95 et 106 LTF, comp. art. 97 al. 1 LTF). Corrélativement, elle n'est donc souvent que difficilement prévisible, et il en résulte une insécurité juridique perçue comme étant importante⁶⁷.

22. En rapport avec une approche empirique (comp. N 17 s.), l'appréhension de la compréhension objective en tant que question de droit cache un écueil. Dans l'hypothèse où une compréhension effective du destinataire – et pas uniquement normative – pourrait être déterminée par ce biais, elle risque en effet d'être considérée comme n'étant pas pertinente dans un cas donné, s'agissant d'une question de fait ; cette situation n'est pas satisfaisante. A notre sens, il convient de considérer des résultats empiriques – surtout s'ils concernent des biais cognitifs des consommateurs face à une pratique commerciale dans l'environnement numérique – comme indice pour un risque d'induction en erreur du destinataire moyen, c'est-à-dire sous l'angle de la compréhension objective également⁶⁸.
23. D'autres limites résultent par ailleurs du recours à une conception « purement normative » du destinataire moyen. Du fait d'une certaine standardisation, nous craignons un risque d'invisibilisation d'inégalités concrètes, en particulier s'agissant des consommateurs qui, tout en n'étant pas des consommateurs moyens, n'en sont pas pour autant des consommateurs vulnérables. En outre, par le recours à « l'expérience de la vie » des membres du tribunal, il existe un risque d'appliquer le modèle d'un « destinataire moyen » représentant, suivant les circonstances, un consommateur « au-dessus de la moyenne » (*above average consumer*), et ne correspondant pas au comportement réel des consommateurs, qui ne sont d'ailleurs pas toujours rationnels non plus⁶⁹.
24. Corrélativement, ces considérations emportent un risque de diminution de la protection générale de personnes moins formées ou éduquées, en particulier. Certes, la fonction générale de la LCD n'est pas tant la protection des minorités, mais la protection objective de la concurrence. Cela dit, il est également vrai que des

⁶⁷ UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. b N 62.

⁶⁸ En ce sens ég. UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. b N 62.

⁶⁹ Pour ces développements, SAJN, 2.

dispositions de la LCD, en particulier les articles 3 al. 1 let. p, q, s et t LCD – on peut à notre sens y ajouter les lettres k, l, m et n, ainsi que l'article 8 LCD – sont plus fortement marquées par le souci de protéger un destinataire (plus) vulnérable à la tromperie et à la persuasion⁷⁰. On ne saurait dès lors nier que cette loi a aussi, du moins en partie, une fonction protectrice.

25. C'est l'occasion de s'intéresser à la figure du consommateur vulnérable et de s'interroger sur la nécessité d'une éventuelle prise en compte différenciée du concept (III).

III. Le consommateur vulnérable : vers une prise en compte différenciée ?

A. Typologies de la vulnérabilité

1. Motifs de vulnérabilité

26. La notion de « consommateur vulnérable » ne fait pas l'objet d'un consensus en vue d'une définition unique au niveau de l'Union européenne⁷¹. Sans trop de craintes, on peut affirmer la même chose pour le droit suisse (comp. N 40 ss). REICH relève tout de même trois motifs généraux de vulnérabilité : physique (*physically disabled*), intellectuelle (*intellectually disabled*) et économique (*economically marginalised*)⁷². On peut y ajouter la notion aujourd'hui en vogue de

⁷⁰ Pour ces considérations, SHK UWG-JUNG, art. 1 N 39.

⁷¹ SAJN, 2. Pour une critique du concept même de la vulnérabilité, GROCHOWSKI. Comp. déjà CJCE, 16 mai 1989, *Buet*, C-382/87 (ECLI:EU:C:1989:198), consid. 13.

⁷² REICH, 142 ss. Cf. ég. COMMISSION EUROPEENNE, Communication au Parlement européen et au Conseil, Nouvel agenda du consommateur visant à renforcer la résilience des consommateurs en vue d'une reprise durable, 13 novembre 2020, COM(2020) 696 final, 18-22. Si les implications pratiques d'une telle taxonomie ne doivent probablement pas être surestimées du point de vue strictement helvétique, la catégorisation de REICH nous paraît néanmoins représenter de l'intérêt pour conceptualiser l'idée même de la vulnérabilité en droit de la consommation. Comp. ég. en particulier les catégorisations proposées par HEISS/LOACKER sur la compréhension du rôle des parties (N 2.4 ss) et la protection juridique des consommatrices et consommateurs (N 2.23 ss).

vulnérabilité numérique (*digital vulnerability*) ; elle suscite un regain d'intérêt général pour la thématique.

27. De nature relationnelle, la vulnérabilité numérique est ainsi associée à un état structurel d'asymétrie des consommateurs dans ce contexte, exacerbée par de nouvelles formes de faiblesse résultant du développement d'une économie basée sur des données et le recours à des algorithmes⁷³. L'idée de cette vulnérabilité particulière infiltre le droit privé principalement au travers des discussions au sujet de la protection du consommateur⁷⁴ ; ceci témoigne de l'importance de cette branche du droit pour aborder les défis actuels de protection d'une partie faible – vulnérable – dans le contexte numérique, surtout face au développement de l'intelligence artificielle⁷⁵.

2. Délimitations

28. Les concepts de « consommateur vulnérable » et de « consommateur moyen » peuvent être délimités. C'est en particulier la voie suivie par la Directive 2005/29/CE ; elle distingue les deux figures aux articles 5, par. 2, point b) et 5, par. 3 (pour des approfondissements, N 31 ss)⁷⁶. L'élément d'une faiblesse du consommateur – résultant du déséquilibre structurel et informationnel (N 0) – est en effet typique aux relations B2C. Or, la vulnérabilité ne le serait pas nécessairement⁷⁷.

⁷³ HELBERGER/LYNSKEY/MICKLITZ ROTT/SAX/STRYCHARZ, 20 s. ; SAJN, 6 ss.

⁷⁴ On renvoie ici à l'ouvrage de référence de CREA/DE FRANCESCHI.

⁷⁵ Pour cette tendance, cf. par ex. COMMISSION EUROPÉENNE, Commission Staff Working Document Fitness Check of EU consumer law on digital fairness du 3 octobre 2024 SWD(2024) 230 final.

⁷⁶ Comp. COMMISSION EUROPÉENNE, Consumer vulnerability across key markets in the European Union, Executive Summary, Janvier 2016, 4. Ce document est disponible à l'adresse suivante : https://commission.europa.eu/document/download/4a9212ff-94b2-44d0-80d3-8ee18ecfa5d2_en?filename=consumer_vulnerability-exec-sum_en.pdf&prefLang=es (consulté le 19.06.2025).

⁷⁷ REICH, 141. Cette approche n'est pas incontestée, en particulier du point de vue de la vulnérabilité numérique, comp. HELBERGER/LYNSKEY/MICKLITZ ROTT/SAX/STRYCHARZ. Nuancée en référence au développement de la protection des consommateurs au niveau de l'UE dans les années 1970, KAPROU, 51.

29. En conséquence, le consommateur moyen du droit de l'UE n'est donc pas (nécessairement) un consommateur vulnérable, et vice-versa⁷⁸. Une étude de la Commission européenne datant de 2016 avait effectivement mis en lumière que, pour chacun des indicateurs de vulnérabilité considérés à cette occasion, le « consommateur moyen » ne présentait en réalité que peu de signes de vulnérabilité. Comparé au consommateur moyen, considéré comme un acteur rationnel en mesure de faire des choix rationnels pour trouver la meilleure affaire et bénéficiaire de marchés compétitifs, le consommateur vulnérable n'est pas considéré comme capable de le faire⁷⁹. Ce constat tend donc à appuyer l'équation selon laquelle « faiblesse » au sens du droit de la consommation n'équivaut pas (nécessairement) « vulnérabilité »⁸⁰ ; on peut y voir une manifestation générale de l'absence d'homogénéité dans le groupe des consommateurs⁸¹, ce qui représente un défi normatif dans la caractérisation des personnes à protéger.
30. Le consommateur reste en tout état une figure dont les qualités ou caractéristiques pertinentes du point de vue juridique sont susceptibles de varier en fonction de la situation rencontrée (par ex. art. 3 LCC ou art. 2 al. 3 LVF)⁸². Cette hétérogénéité n'empêche cependant pas le développement d'une contextualisation propre de la vulnérabilité du consommateur (comp. N 26 ss)⁸³. Au demeurant, répondre aux besoins spécifiques des consommateurs vulnérables

⁷⁸ Comp. HEISS/LOACKER, 2.4 : « *Wer heute vom Konsumenten spricht, denkt regelmässig nicht an bedürftige Personen, sondern an mehr oder weniger wohlhabende Bürger, die Zugang zu einem von Angebotsvielfalt geprägten Markt haben und daher ihre Bedürfnisse angemessen befriedigen können* ». Cf. ég. FORNAGE, Plateformes, 178.

⁷⁹ SAJN, 1.

⁸⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, Consumer vulnerability across key markets in the European Union, Executive Summary, Janvier 2016, 4. Ce document est disponible à l'adresse suivante : https://commission.europa.eu/document/download/4a9212ff-94b2-44d0-80d3-8ee18ecfa5d2_en?filename=consumer-vulnerability-exec-sum_en.pdf&prefLang=es (consulté le 19.06.2025).

⁸¹ En ce sens pour le droit suisse, SHK UWG-JUNG, art. 1 N 40, en part. aussi la nbp 154.

⁸² HEISS/LOACKER, N 2.1-2.3 (« *Der Konsument : ein Nachfrager mit unterschiedlichen Qualitäten* »).

⁸³ Pour une prise en compte récente de la vulnérabilité individuelle dans le contexte du voyage à forfait, CJUE, 29 février 2024, *Tez Tour*, C-299/22 (ECLI:EU:C:2024:181), consid. 62.

reste précisément l'une des priorités de la stratégie de la Commission européenne en matière de politique consumériste⁸⁴.

3. En particulier : la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales

31. En droit de l'UE, la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales appréhende en particulier la figure du « consommateur vulnérable » (en droit suisse, N 40 ss)⁸⁵.
32. L'article 5, par. 3, renvoie ainsi expressément à cette figure⁸⁶. La disposition établit un standard spécifique – plus étroit – d'appréciation du caractère déloyal des pratiques commerciales qu'au travers de la figure du consommateur moyen⁸⁷. Lorsque certaines caractéristiques, comme l'âge, une infirmité physique ou mentale ou encore la crédulité, rendent un groupe de consommateurs particulièrement vulnérables à une pratique commerciale donnée, la loyauté de cette dernière s'évalue ainsi du point de vue d'un membre moyen de ce groupe⁸⁸. Le cas échéant, les personnes appartenant à un tel groupe bénéficient d'une

⁸⁴ SAJN, 2 en réf. à COMMISSION EUROPEENNE, Communication au Parlement européen et au Conseil, Nouvel agenda du consommateur visant à renforcer la résilience des consommateurs en vue d'une reprise durable, 13 novembre 2020, COM(2020) 696 final.

⁸⁵ On retrouve ég. une référence au concept du « consommateur vulnérable » au consid. 34 de la Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs (à savoir une infirmité mentale, physique ou psychologique, l'âge ou la crédulité raisonnablement identifiable par la partie professionnelle). Cf. ég. le consid. 16 de la Directive 93/13/CE sur les clauses abusives ou le consid. 25 de la Directive 2015/2302 sur les voyages à forfait. On retrouve désormais aussi des considérations de vulnérabilité à l'art. 5, par. 1, let. b, du Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (règlement sur l'intelligence artificielle, AI Act). Pour ces derniers aspects, cf. la contribution de GUILLAUME dans le présent recueil, ainsi que HUG, Intelligence artificielle.

⁸⁶ Pour des approfondissements, KAPROU, 56 ss.

⁸⁷ HEISS/LOACKER, N 2.8 avec les réf. cit. Comp. SAJN, 2, ainsi que HELBERGER/LYNSKEY/MICKLITZ ROIT/SAX/STRYCHARZ, 8 « *As such the concept of the vulnerable consumer cannot be seen separately from the concept of the average consumer. Together, the concepts of average and vulnerable consumer form the vantage point from which a commercial practice must be assessed* ». Cf. ég. WADDINGTON

⁸⁸ Consid. 19, Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales.

protection plus élevée que le « consommateur moyen » au sens de l'article 5, par. 2⁸⁹.

33. La Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales intègre par ailleurs un élément de proportionnalité – de modération – à l'appréciation de la déloyauté d'une pratique commerciale dirigée contre un consommateur vulnérable. La question est à cet égard la suivante : la partie professionnelle pouvait-elle raisonnablement prévoir les conséquences négatives de la pratique sur cette personne ? En conséquence, une pratique honnête, même dirigée contre un consommateur vulnérable, ne saurait être considérée comme déloyale si, en raison de l'extrême naïveté ou ignorance, la personne est induite en erreur ou y réagit de façon irrationnelle. Pour illustrer cette situation, on reprendra l'exemple succulent de la Commission européenne : qui peut croire que les « spaghettis bolognaise » sont encore effectivement (tous) fabriqués à Bologne...⁹⁰ ?
34. En relation avec ce qui a été dit pour le consommateur moyen (N 9), la vulnérabilité envisagée par la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales est également tributaire du cadre spécifique du marché dans lequel s'inscrit la relation B2C en cause ; elle est donc (aussi) contextuelle. Cela signifie que chaque consommateur est potentiellement vulnérable, et que la vulnérabilité peut être « réveillée » dans un contexte donné, en particulier au travers de l'exploitation de biais cognitifs. Cette dernière s'appréhende en ce sens plutôt comme un continuum qu'un état binaire – vulnérable ou non-vulnérable⁹¹. On peut alors

⁸⁹ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 35.

⁹⁰ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 36.

⁹¹ Comp. COMMISSION EUROPÉENNE, Consumer vulnerability across key markets in the European Union, Executive Summary, Janvier 2016, 2. Ce document est disponible à l'adresse suivante : https://commission.europa.eu/document/download/4a9212ff-94b2-44d0-80d3-8ee18ecfa5d2_en?filename=consumer-_vulnerability-exec-sum_en.pdf&prefLang=es (consulté le 19.06.2025).

discerner dans cette vulnérabilité « dormante » l'élément de faiblesse caractéristique du droit de la consommation : de ce point de vue « vulnérabilité » égale donc « faiblesse »⁹² ou, autrement dit, le droit de la consommation paraît alors se réconcilier avec un but originel (comp. N 40).

35. Une vulnérabilité contextuelle particulière, à l'instar de la vulnérabilité « multidimensionnelle »⁹³ dans l'environnement numérique, est aussi appréhendée par l'article 5, par. 3. La particularité d'un tel environnement est qu'il collecte progressivement de plus en plus de données au sujet de caractéristiques socio-démographiques ou psychologiques, comme les intérêts, les préférences, le profil psychologique ou même l'humeur du consommateur⁹⁴. L'utilisation de l'intelligence artificielle, en particulier sur les réseaux sociaux, exacerbe selon toute vraisemblance encore plus ces effets et, partant, la vulnérabilité des personnes qui y sont exposées⁹⁵. Aussi, l'environnement numérique actuel permet-il tout simplement aux professionnels d'en apprendre davantage sur les vulnérabilités des consommateurs⁹⁶.
36. Ceci fait dire à certains que la vulnérabilité numérique décrit en réalité un état universel de fragilité et de susceptibilité à

⁹² Comp. FORNAGE, Plateformes, 178.

⁹³ Comp. COMMISSION EUROPÉENNE, Commission Staff Working Document Executive Summary of the Fitness Check of EU consumer law on digital fairness, 3 octobre 2024, SWD(2024) 231 final, 2 (« *multifaceted problems* »).

⁹⁴ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 35.

⁹⁵ HUG, Intelligence artificielle, 2 s. Cf. ég. Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 99.

⁹⁶ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 99.

L'exploitation de déséquilibres de pouvoir⁹⁷. A titre de piste de réflexion pour évaluer le caractère déloyal d'une pratique commerciale dans un tel contexte, la Commission européenne propose d'adopter, en tant que critère de référence, lorsqu'elle est hautement personnalisée, le point de vue du consommateur faisant l'objet de cette personnalisation⁹⁸. Il n'est pas exclu que l'on parvienne alors à la conclusion que la vulnérabilité est donnée dans le cas où la personne visée est particulièrement sensible à des pratiques de personnalisation en ligne, alors qu'elle ne le serait pas (ou dans une moindre mesure) à un point de vente physique, respectivement en dehors d'un environnement numérique⁹⁹.

37. L'approche du concept de vulnérabilité du consommateur reste ainsi actuellement double en droit de l'UE : l'une insiste sur des caractéristiques individuelles, comme un faible niveau d'éducation, une méconnaissance linguistique ou un âge particulier. L'autre approche, a priori plus large, tient (également) compte du contexte. Elle postule que nous pouvons toutes et tous devenir vulnérables en raison de l'interaction entre nos caractéristiques individuelles, notre situation personnelle et le marché économique, ainsi que les conditions sociétales plus larges.
38. Cette seconde approche se caractérise en outre par sa nature dynamique ; elle implique que nous puissions toutes et tous entrer et sortir dans un état de vulnérabilité en fonction de dispositions individuelles particulières, à l'instar d'un deuil, d'un divorce, d'une maladie grave, si les produits proposés sont complexes (sur les biens dits de confiance ou *Vertrauensgut*, N 14)¹⁰⁰, ou encore face à une architecture numérique particulière.

⁹⁷ HELBERGER/LYNSKEY/MICKLITZ ROTT/SAX/STRYCHARZ, 5.

⁹⁸ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 100.

⁹⁹ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 100.

¹⁰⁰ SAJN, 2 s.

39. Qu'en est-il, plus spécifiquement, de la vulnérabilité du consommateur sous l'angle du droit suisse (B) ?

B. Approche du consommateur vulnérable en droit suisse

1. Manifestations

40. S'interroger sur « qui » est la consommatrice ou le consommateur vulnérable conduit en réalité à un certain retour aux sources¹⁰¹. Les origines de notre droit moderne de la consommation résident en effet dans la protection de la personne en situation de besoin¹⁰² – précisément : vulnérable¹⁰³. C'est là que se manifeste (toujours) la protection juridique du consommateur dans sa dimension de protection sociale (« paternaliste »). Elle se concrétise aujourd'hui tout particulièrement au travers des règles de lutte contre le surendettement établies dans la législation sur le crédit à la consommation (art. 22 ss LCC)¹⁰⁴.
41. De ce point de vue, et pour reprendre la typologie de REICH, la vulnérabilité économique du consommateur est principalement appréhendée. Nonobstant le développement d'un Etat social et l'augmentation générale du niveau de vie, ce type de vulnérabilité n'a certes pas entièrement disparu. Toutefois, les situations de besoin se sont aujourd'hui également déplacées vers d'autres domaines, ou bien certains besoins subsistent au-delà de la seule précarité financière¹⁰⁵. Le développement de l'intelligence artificielle, en particulier, appelle à une conception plus large de la

¹⁰¹ Pour un aperçu historique de la protection dès la fin du XIX^e siècle, HUG, Formation, N 331-357. Cf. ég. FREEDMAN.

¹⁰² Plus particulièrement, la répression de l'usure dans le domaine du petit crédit. A ce sujet, cf. le Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 6 septembre 1946 relatif au postulat concernant la répression de l'usure dans le domaine du petit crédit, FF 1946 III 83, 86 s.

¹⁰³ HEISS/LOACKER, N 2.9-2.16 (« *der bedürftige Konsument* »). En ce sens ég. HUG, Droit de la consommation, N 237. Pour le droit de l'UE, KAPROU, 51.

¹⁰⁴ HEISS/LOACKER, N 2.27. Pour des approfondissements, HUG, Droit de la consommation, N 259-263.

¹⁰⁵ HEISS/LOACKER, N 2.7.

protection du consommateur, c'est-à-dire ne se limitant pas à la protection de ses intérêts économiques¹⁰⁶.

42. Ainsi, une pratique dans un environnement numérique qui exploiterait en connaissance de cause un malheur ou une circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement d'un consommateur pourrait, à notre avis, être considérée comme constituant une pratique de vente agressive au sens de l'article 3 al. 1 let. h LCD (voire de l'art. 2 LCD, si le seuil n'atteint pas la gravité suffisante pour l'application de la *lex specialis*)¹⁰⁷. De même, si une partie professionnelle, ayant connaissance de l'historique d'achat d'un consommateur en rapport avec des jeux de hasard ou des contenus aléatoires dans des jeux vidéo, cible ensuite ce dernier par des communications commerciales personnalisées reprenant des éléments similaires dans le but de profiter de sa propension accrue à réagir à de tels produits, une telle pratique serait déloyale¹⁰⁸.

2. Applications

43. Si le modèle général du consommateur est celui du « consommateur moyen » (*Durchschnittskonsument*), il n'en demeure pas moins que l'analyse concrète doit intervenir en fonction du cercle de destinataires approché, ainsi que de la situation commerciale ou publicitaire effective. De manière pour ainsi dire quasi-naturelle, cette approche conduit à développer des modèles spécifiques, propres, de « consommateurs moyens » pour des groupes de consommateurs moins attentifs, moins expérimentés ou moins flexibles. Autrement dit, ces critères propres se rapportent alors

¹⁰⁶ En lien avec la conception addictive des interfaces numériques et la protection contre la perte de temps et les atteintes à la santé mentale, HUG, Intelligence artificielle, 12. Comp. KOOLEN, 434 ss.

¹⁰⁷ Pour l'origine de nos développements, Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 100.

¹⁰⁸ Pour cet exemple, Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 100.

souvent à des catégories de consommateurs vulnérables, respectivement particulièrement dignes de protection (*besonders schutzwürdige Konsumentengruppen*)¹⁰⁹.

44. Les groupes de personnes pour lesquelles la doctrine suisse reconnaît une vulnérabilité particulière sont les enfants¹¹⁰, les jeunes, les personnes étrangères, âgées, souffrant d'un handicap, ainsi que celles qui sont à faibles compétences, en particulier qui souffrent d'illettrisme¹¹¹. Pour les personnes âgées, la vulnérabilité peut même être considérée comme étant multiforme : des personnes souvent fortunées et qui sont de ce fait ciblées comme étant des consommateurs attractifs pour les professionnels, un degré de compréhension numérique habituellement moins développé que d'autres franges de la population ou encore parfois des déficits cognitifs dus, en particulier à la démence, dont la prévalence tend corrélativement à augmenter avec le vieillissement de la population¹¹². De plus, la vulnérabilité liée à une infirmité mentale ou physique englobe aussi, le cas échéant, la déficience sensorielle, la restriction de la mobilité et d'autres handicaps¹¹³. Ces différentes vulnérabilités ne se manifestent évidemment pas uniquement chez les consommateurs dans leur rôle spécifique en tant que tels, mais précisément aussi dans cette fonction¹¹⁴.
45. Notre Haute Cour n'est pas non plus imperméable à la prise en compte d'une vulnérabilité particulière, comme l'illustre la sélection d'arrêts ci-après :

¹⁰⁹ SHK UWG-JUNG, art. 1 N 40. Pour une manifestation du « consommateur vulnérable » dans un contexte de droit administratif, cf. art. 3 al. 3 let. d LSPro (notamment les enfants, les personnes handicapées et les personnes âgées).

¹¹⁰ Comp. le point 28 de l'Annexe I à la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales qui interdit les incitations directement adressées aux enfants.

¹¹¹ HEISS/LOACKER, N 2.7 ; SHK UWG-JUNG, art. 1 N 40.

¹¹² HEISS/LOACKER, N 2.17.

¹¹³ Communication de la Commission, Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526/1 du 29.12.2021, 35.

¹¹⁴ HEISS/LOACKER, N 2.17. Sur le rôle spécifique des parties à la relation B2C, HUG, Formation, N 218-226.

- Dans l'ATF 132 II 240, consid. 4.3.4¹¹⁵, le Tribunal fédéral a rappelé que « *dans le cadre de l'indication des prix dans le domaine du divertissement pour adultes, le Tribunal fédéral a souligné qu'il s'agissait également de protéger les clients potentiels qui ne sont même pas en mesure de résoudre des calculs élémentaires (cf. ATF 128 IV 177, consid. 2.3 p. 182) ; il n'a donc pas uniquement fondé son appréciation sur le consommateur moyen, mais précisément aussi sur le consommateur qui n'est pas particulièrement habile et, de ce fait, particulièrement digne de protection* » (trad. libre). En rapport avec l'obligation d'indiquer les prix pour les numéros de services à valeur ajoutée, notre Haute Cour s'est ainsi expressément écartée du standard du consommateur moyen¹¹⁶.
- Dans un ancien arrêt pénal ATF 106 IV 302, consid. 2d relatif à des métaux précieux, le Tribunal fédéral a retenu que « [...] *la loi vise la protection de l'acheteur inexpérimenté* » (cf. *Message ; FF 1931 I 922 ch. 3*), dont chacun sait que la naïveté et l'aveuglement n'ont guère de limite dans ce domaine ». Certes, la Haute Cour est ultérieurement revenue sur cette jurisprudence en retenant que « *du point de vue actuel, l'évaluation faite à l'époque ne semble plus d'actualité* » (trad. libre)¹¹⁷. Il n'en demeure pas moins que l'approche initiale appliquée dans ce contexte témoignait d'une attitude plus clémente – plus protectrice – en rapport avec certains consommateurs inattentifs et peu critiques ; ceci mérite d'être relevé quand on garde à l'esprit une certaine tendance presque naturelle consistant à associer, pour le dire très sommairement, les temps passés à une protection nécessairement moins forte de l'individu (comp. N 40).

C. Enjeux et limitations

46. Isoler une vulnérabilité particulière, à l'instar de ce que fait l'article 5, par. 3 de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales,

¹¹⁵ Cf. déjà ATF 128 IV 177, consid. 2.3.

¹¹⁶ SHK UWG-JUNG, art. 1 N 40 s.

¹¹⁷ TF 2C_1008/2012 du 1^{er} mars 2013, consid. 3.4. Comp. déjà ATF 111 IV 180, consid. 4c.

constitue-t-il la panacée face aux enjeux posés par la vulnérabilité ?
Tel n'est pas forcément le cas¹¹⁸.

47. En effet, la vulnérabilité peut être envisagée comme une condition – un état – universel, susceptible de concerner l'ensemble des consommateurs et consommatrices, en particulier lorsqu'ils ou elles évoluent sur le marché numérique¹¹⁹. De ce point de vue, la prise en compte d'une vulnérabilité inhérente conduit à un retour aux sources du droit de la consommation : protéger la partie faible, le consommateur vulnérable dans le contexte économique en cause (N 40). De (nouvelles) vulnérabilités peuvent ainsi non seulement être identifiées, mais également créées, dès lors que les consommateurs interagissent avec des professionnels au sein d'environnements numériques capables d'apprendre à leur sujet et de s'adapter à leurs comportements.
48. Pour le droit de la consommation, y compris en Suisse, cela implique à notre avis qu'au lieu d'étiqueter certains groupes ou individus comme étant soit vulnérables, soit non vulnérables, l'attention devrait également se porter sur les propriétés structurelles et les pratiques commerciales propres aux environnements numériques. C'est l'architecture même de ces environnements et la nature des interactions qui engendrent, dans certaines conditions, une vulnérabilité pour chacune et chacun, indépendamment de caractéristiques personnelles souvent seulement « semi-permanentes » (à l'instar du jeune âge ou de la vieillesse)¹²⁰.
49. Faute d'avoir un « Code de la consommation » ou une « loi générale de protection des consommateurs »¹²¹, il nous paraîtrait à cet égard opportun d'étudier la piste d'introduire dans la LCD une « liste noire », respectivement de présomptions de pratiques commerciales

¹¹⁸ Notons que la définition du « consommateur vulnérable » dans la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales a fait l'objet de critiques comme étant source de confusion et reposant sur des critères somme toute assez arbitraires, INCARDONA/PONCIBO, 28 ; STUYCK/TERRYIN/VAN DYCK, 122.

¹¹⁹ HELBERGER/LYNSKEY/MICKLITZ ROTT/SAX/STRYCHARZ, 24.

¹²⁰ HELBERGER/LYNSKEY/MICKLITZ ROTT/SAX/STRYCHARZ, 25.

¹²¹ Pour des approfondissements sur les conceptions législatives en la matière, HUG, Formation, N 2129 ss. Pour la Suisse, N 2141 ss.

numériques prohibées, dans la mesure du possible identifiées en amont, comme portant atteinte de manière systématique à l'autonomie décisionnelle, voire personnelle, des consommateurs¹²². Si nous sommes toutes et tous vulnérables dans un contexte donné, la véritable question devient alors de savoir si des technologies numériques sont utilisées pour exploiter – voire pour accentuer – une vulnérabilité inhérente, en vue d'influencer une décision que nous ne souhaitons peut-être pas prendre¹²³.

50. Cet état de « vulnérabilité numérique générale » contribue, du reste, à estomper la distinction traditionnelle entre, d'une part, le consommateur comme acteur économique et, d'autre part, le citoyen comme acteur social¹²⁴. A juste titre, ceci fait dire à certains qu'un système de protection efficace pour encadrer cette vulnérabilité ne peut (plus) faire l'économie d'une approche combinant la protection des consommateurs, la protection des données et la protection – tant qualitative que quantitative – de la concurrence¹²⁵.
51. En sus, pour la vulnérabilité en général, il convient à notre sens également de tenir compte d'éléments empiriques ; ce sont à tout le moins des indices qui peuvent mettre en lumière, pour le tribunal appelé à juger de la cause, de biais ou de vulnérabilités particulières dont souffrirait un consommateur donné dans un cas spécifique et dont les personnes appelées à juger de la cause ne seraient pas nécessairement conscientes. Les évolutions numériques appellent à notre sens à une telle approche « moins normative mais encore plus contextuelle », au risque sinon de manquer d'accorder une certaine protection là où elle aurait en réalité dû l'être.
52. C'est l'occasion de conclure la présente contribution par des réflexions finales au sujet des figures du consommateur moyen et du consommateur vulnérable (IV).

¹²² C'est également ce que nous proposons dans une autre contribution à venir consacrée à l'intelligence artificielle, les réseaux sociaux et les pratiques commerciales déloyales, HUG, *Intelligence Artificielle*.

¹²³ HELBERGER/LYNSKEY/MICKLITZ ROTT/SAX/STRYCHARZ, 25.

¹²⁴ HELBERGER/LYNSKEY/MICKLITZ ROTT/SAX/STRYCHARZ, 26.

¹²⁵ Pour un plaidoyer fondamental, KOOLEN. Cf. ég. VAN DER SLOOT, 189 ss.

IV. Conclusion

53. Notre contribution visait à examiner les figures du « consommateur moyen » et du « consommateur vulnérable » à l'aune du droit suisse, ceci en dialogue avec le droit de l'Union européenne. L'analyse a permis de mettre en lumière plusieurs constats :
- En premier lieu, le droit suisse reste pour l'essentiel attaché au modèle abstrait et normatif d'un « consommateur moyen », raisonnablement attentif et avisé. Bien qu'elle ne soit pas consacrée explicitement dans la loi, la figure irrigue largement la jurisprudence et la doctrine, en particulier en matière de loyauté des pratiques commerciales. Or, cette abstraction présente une ambivalence : elle assure *prima facie* une certaine sécurité juridique et une homogénéité interprétative ; en même temps, elle risque d'invisibiliser des réalités concrètes – notamment celles de consommateurs moins attentifs, moins instruits ou confrontés à des situations particulières – qui ne se laissent pas réduire à ce standard.
 - En second lieu, l'intégration ponctuelle de la figure du consommateur vulnérable traduit un infléchissement du paradigme, ce qui constitue par la même occasion un certain retour aux conceptions originelles de la protection des consommatrices et des consommateurs, à tout le moins en droit suisse : la protection de la personne souffrant d'une vulnérabilité particulière. Qu'il s'agisse de vulnérabilités « classiques » (âge, handicap, illettrisme, précarité économique) ou de vulnérabilités contextuelles, notamment numériques, il nous paraît effectivement de plus en plus nécessaire d'admettre un regard différencié. L'exigence d'individualisation de la protection conduit en même temps et inexorablement à un renforcement de standards contextuels. Le développement des pratiques personnalisées de publicités, en particulier, rend de toute manière indispensable un tel « contre-pouvoir ».
 - En troisième lieu, cette évolution ne va pas sans limites. Si le droit suisse tend à maintenir la prééminence du standard du consommateur moyen, ceci freine corrélativement l'adaptation aux vulnérabilités effectives. En outre, dans un cas concret, la

distinction entre « consommateur moyen » et « consommateur vulnérable » n'épuise pas toute la diversité des situations : il existe des consommateurs qui, sans être « moyens », n'en sont pas pour autant « vulnérables » au sens strict, et qui risquent de ne bénéficier d'aucune protection spécifique. Il est vrai, l'environnement numérique cache la potentialité significative d'une vulnérabilité, certes dormante, mais néanmoins générale.

54. Dans un tel contexte, la **prise en compte empirique** du comportement des consommateurs – notamment au travers d'enquêtes représentatives, d'analyses comportementales ou d'études sur les biais cognitifs – apparaît indispensable. Sans remettre en cause la fonction normative du droit, de tels apports permettent d'objectiver les raisonnements typiques des consommateurs et d'identifier les zones de fragilité souvent ignorées par les standards abstraits, en particulier les biais cognitifs dont ils peuvent souffrir. Il ne faut pas y voir une complication judiciaire ; de tels enseignements renforcent la légitimité des décisions judiciaires, réduisent le risque d'arbitraire inhérent à l'invocation de « l'expérience générale de la vie » des juges, tout en informant ces derniers sur des vulnérabilités dont ils ne seraient peut-être pas (encore) conscients.
55. Enfin, la transformation numérique impose en tous les cas une réflexion nouvelle. La vulnérabilité numérique révèle combien la fragilité des consommateurs n'est pas seulement individuelle, mais aussi structurelle. Elle découle de l'architecture même des marchés numériques, du pouvoir des plateformes et de la capacité de l'intelligence artificielle à exploiter des biais comportementaux et à personnaliser les contacts avec les utilisateurs. Pour être efficace, la protection par le droit ne peut alors plus se fonder uniquement sur une typologie figée des consommateurs ; elle doit s'intéresser aux pratiques, aux environnements et aux déséquilibres systémiques concrets.
56. A titre de conclusion générale, on retiendra donc que le droit suisse est aujourd'hui confronté à un défi majeur : articuler la stabilité normative du consommateur moyen avec l'individualisation contextuelle qu'exige une protection optimale du consommateur vulnérable, tout en intégrant une dimension empirique pour mieux cerner les comportements effectifs et, précisément, leurs

Dario Hug

vulnérabilités. La vulnérabilité numérique représente ici un défi en soi. Pour l'avenir, la solution réside selon nous dans la capacité de notre droit et de nos tribunaux à concevoir des standards dynamiques, sensibles aux réalités sociales, économiques, comportementales et technologiques, afin de préserver en fin de compte l'autonomie décisionnelle des individus.

Bibliographie

BRUNNER ALEXANDER, Die Schweizer Richterschaft vor dem Hintergrund wissenschaftstheoretischer Meinungen, *AJP/PJA* 7/2025, 737 ss

CREA CAMILLA/DE FRANCESCHI ALBERTO (édit.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden-Baden 2024

ESPOSITO FABRIZIO/GROCHOWSKI MATEUSZ, The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency : A Plea for Reconsideration 18 (2022) *European Review of Contract Law*, 1 ss

FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Les plateformes en ligne et la protection du consommateur... vers un changement de paradigme, in : Pichonnaz/Werro (édit.), *La place du consommateur au quotidien*, Zurich 2022, 165 ss

FREEDMAN SIDNEY, A Short History of Consumer Policy in the EU, in : Leczykiewicz/Weatherill (édit.), *The Images of the Consumer in EU Law – Legislation, Free Movement and Competition Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford 2016, 447 ss

GROCHOWSKI MATEUSZ, Vulnerability and Digital Market Law : An Unorthodox View, *Transformative Private Law Blog*, (<https://transformativeprivatelaw.com/vulnerability-and-digital-market-law-an-unorthodox-view/>), 17 septembre 2025

HEISS HELMUT/LOACKER LEANDER D., Konsumentenschutz – eine Typologie, in : Heiss/Loacker (édit.), *Grundfragen des Konsumentenschutzes*, Zurich/Bâle/Genève 2020, 27 ss

HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER L. (édit.), *UWG – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Kommentar, 2^e éd., Zurich/St. Gall 2025 (cité : *UWG Kommentar-AUTEUR*)

HELBERGER NATALI/LYNSKEY ORLA/MICKLITZ HANS-W./ROTT PETER/SAX MARIJN/STRYCHARZ JOANNA, *EU Consumer protection 2.0 – Structural asymmetries in digital consumer markets*, A joint report from research conducted under the EUCP2.0 project, Bruxelles 2021

HELLERINGER GENEVIÈVE/SIBONY ANNE-LISE, European Consumer Protection Through the Behavioral Lense, *Columbia Journal of European Law* 2017, 607 ss

HILTY RETO M./ARPAGAU RETO (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Bâle 2013 (cité : BSK UWG-AUTEUR)

HUG DARIO, Droit de la consommation – Fondements et principaux contrats, Les abrégés, Neuchâtel/Bâle 2024 (cité : Droit de la consommation)

HUG DARIO, Intelligence artificielle, réseaux sociaux et pratiques commerciales déloyales, in : Guillaume (édit.), Berne 2026 (cité : Intelligence artificielle) (à paraître)

HUG DARIO, La formation du contrat de consommation : entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse, thèse Neuchâtel/Bâle 2020 (cité : Formation)

HUG DARIO/SALAMANCA LAURA SOFIA/SØRENSEN MARIE JULL/SCHULTE-NÖLKE HANS, A Comparative Analysis of the Average and Vulnerable Consumer Models in Switzerland, Germany and Denmark (2025) European Review of Private Law (à paraître)

INCARDONA ROSELLA/PONCIBO CRISTINA, The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution (2007) 30 Journal of Consumer Policy, 21 ss

INFANTINO MARTA/CREA CAMILLA, Digital Vulnerability as a Tool for Social Justice in European Private Law, Transformative Private Law Blog (<https://transformativeprivatelaw.com/digital-vulnerability-as-a-tool-for-social-justice-in-european-private-law/>), 21 octobre 2024

JUNG PETER (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpflis Handkommentar SHK, 3^e éd., Berne 2023 (cité : SHK UWG-AUTEUR)

KAPROU ELENI, The legal definition of « vulnerable » consumers in the UCPD : Benefits and limitations of a focus on personal attributes, in : Riefa/Saintier (édit.), Vulnerable Consumers and the Law – Consumer Protection and Access to Justice, Londres 2021, 51 ss

KEIRSBILCK BERT/ROUSSEAU SANDRA, The Marketing Stage : Fostering Sustainable Consumption Choices, in : Keirsbilck/Terryn (édit.), Consumer Protection in a Circular Economy, Cambridge/Antwerp/Chicago 2019, 93 ss

Le consommateur moyen et le consommateur vulnérable : de la fiction à la réalité ?

KOOLEN CHRISTOF, Consumer Protection in the Age of Artificial Intelligence : Breaking Down the Silo Mentality Between Consumer, Competition and Data (2023) 31 European Review of Private Law, 429 ss

KUONEN NICOLAS, art. 3 al. 1 let. b et let. k, in : Martenet/Pichonnaz (édit.), CR de la Loi contre la concurrence déloyale (LCD), Bâle 2017 (cité : CR LCD-KUONEN)

KUONEN NICOLAS, La LCD au secours du consommateur ?, in : Pichonnaz/Werro (édit.), La place du consommateur au quotidien, Zurich 2022, 127 (cité : Secours)

LEVY MÉLANIE, Alimentation sous influence : l'étiquetage comme outil de transparence ou d'illusion ?, in : Hug/Carron/Müller (édit.), La figure du consommateur vulnérable, 5^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Neuchâtel 2025, 113 ss

LUNN PETE/LYONS SEAN, Behavioural Economics and « Vulnerable Consumers » - A Summary of Evidence, Economic and Social Research Institute (ESRI), for the Communications Consumer Panel, 9 décembre 2010 (<https://www.communicationsconsumerpanel.org.uk/Behavioural%20Economics%20and%20Vulnerable%20Consumers%20final%20report%20correct%20date.pdf>)

MAK VANESSA, Standards of Protection : In Search of the « Average Consumer » of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive (2011) 19 European Review of Private Law, 25 ss

MARCHAND SYLVAIN, Droit de la consommation – Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genève/Zurich/Bâle 2012

REICH NORBERT, Vulnerable Consumers in EU Law, in : Leczykiewicz/Weatherill (édit.), The Images of the Consumer in EU Law – Legislation, Free Movement and Competition Law, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford 2016, 139 ss

RIEFA CHRISTINE/GAMPER HARRIET, Economic theory and consumer vulnerability : Exploring an uneasy relationship, in : Riefa/Saintier (édit.), Vulnerable Consumers and the Law – Consumer Protection and Access to Justice, Londres 2021, 17 ss

SAJN NIKOLINA, Vulnerable consumers, Briefing, European Parliamentary Research service, Mai 2021 ([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690619/EPRS_BRI\(2021\)690619_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690619/EPRS_BRI(2021)690619_EN.pdf))

SENN MISCHA CHARLES, Der «gedankenlose» als normative Figur? *Medialex* 3/1998, 150 ss

SIBONY ANNE-LISE, Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive (2014) 22 *European Review of Private Law*, 901 ss

SIMON HERBERT A., Theories of decision-making in economics and behavioural science, *The American Economic Review* 1959, 253 ss

STUYCK JULES/TERRYNEVELYNE/VAN DYCK TOM, Confidence through Fairness?: The New Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market? (2006) 43 *Common Market Law Review* 107 ss

VAN DER SLOOT BART, *Regulating the Synthetic Society – Generative AI, Legal Questions and Societal Challenges*, Oxford 2024

WADDINGTON LISA, Reflections on the Protection of «Vulnerable» Consumers Under EU Law, Maastricht Faculty of Law Working Paper n° 2013-2

WILMING MARTIN, The Measure of All Things, Conference Report of the Zurich IP Retreat, *sic!* 2025, 246 ss

La personne raisonnable et sa vulnérabilité en droit des obligations

par

Christoph Müller
Professeur à l'Université de Neuchâtel

et

Christopher Schwartz
Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	61
II. Origine du concept	62
III. Du droit romain aux codifications modernes	63
A. Le droit romain.....	63
B. Le Code civil des Français (1804).....	65
C. Le Bürgerliches Gesetzbuch (1900, 2002)	67
D. Le Code des obligations suisse (1881, 1912).....	70
IV. Le <i>reasonable man</i> de la <i>common law</i>	72
V. L'origine contractuelle et extracontractuelle des concepts.....	75
VI. L'adaptation du critère en fonction d'évolutions sociétales.....	76
VII. « Bon père de famille » = « Personne raisonnable » ?.....	81
VIII. Les principales manifestations de la « personne responsable » en droit suisse	83
A. La bonne foi.....	83
B. L'interprétation des contrats	83
C. La négligence dans la responsabilité extracontractuelle.....	88
D. La négligence dans la responsabilité contractuelle.....	91
IX. Les autres manifestations de la « personne raisonnable ».....	95

X. La détermination du comportement de la personne raisonnable	97
A. Question de fait et question de droit.....	97
B. Détermination objective	99
C. Eléments subjectifs dans la sphère de l'auteur.....	101
D. Détermination par le contrat.....	102
E. Typologie de niveaux de diligence	102
F. Prévisibilité de l'atteinte respectivement de la violation contractuelle	105
XI. Conclusion	106
Bibliographie	108

I. Introduction

1. La personne raisonnable constitue une figure juridique transversale qui sert de critère de référence dans les domaines juridiques les plus divers. Les droits de la concurrence¹, des marques², des brevets³ et des médias⁴ se réfèrent à cette notion, notamment pour apprécier le risque de tromperie ou de confusion. En droit des obligations, domaine qui fait l'objet de la présente contribution, cette figure trouve également application dans de multiples situations juridiques, en particulier pour interpréter un contrat ou apprécier la faute (extra) contractuelle.
2. Il est d'autant plus étonnant que la doctrine ne se soit pas encore intéressée de manière plus systématique à cette figure juridique incontournable.
3. La présente contribution propose de l'examiner dans une perspective historique et comparative. Elle présente ses principales applications en droit des obligations et analyse de manière critique la manière dont le standard est déterminé par le tribunal dans un cas concret. Elle tente aussi de répondre à la question de savoir si la personne raisonnable souffre d'une vulnérabilité particulière en droit des obligations.
4. Cette contribution commence par l'examen de l'origine du concept de la personne raisonnable (II), de ses racines romaines et de sa concrétisation dans les codifications modernes (III). S'ensuit une analyse de cette figure dans la *common law* (IV). La contribution précise ensuite l'origine contractuelle et extracontractuelle de la personne raisonnable (V), son adaptation en fonction d'évolutions sociétales (VI) et son équivalence ou sa divergence avec la notion du bon père de famille (VII). Après avoir analysé les principales manifestations de la personne raisonnable en droit suisse (VIII–IX)

¹ ATF 120 IV 32, consid. 4a ; ATF 117 IV 193, consid. 3a ; TF 1B_418/2016 du 20 décembre 2016, consid. 4.2.

² ATF 148 III 257, consid. 3.2.1, ATF 122 III 382, consid. 1.

³ TF des brevets O2021_008 du 4 octobre 2023, consid. 21.

⁴ ATF 147 III 185, consid. 4.2.3 ; ATF 135 III 145, consid. 5.2.

et la manière dont son comportement est déterminé (X), l'étude se conclut par une synthèse générale (XI).

5. Cette contribution ne traite pas spécifiquement du consommateur moyen qui fait l'objet d'un autre article de cet ouvrage⁵.

II. Origine du concept

6. La notion de « personne raisonnable » tire son origine de la *doxa*. La *doxa* est un concept philosophique grec⁶ qui désigne l'ensemble des comportements, des opinions, d'usages ou d'idées communément admises et largement partagées au sein d'une société, sans être nécessairement fondé sur des preuves rigoureuses. La *doxa* est basée sur le consensus, tel qu'il ressort des mœurs et des coutumes d'une époque⁷.
7. La *doxa* est donc une notion évolutive et contextuelle⁸. Ainsi, la pratique romaine de l'exposition des enfants, qui autorisait l'abandon d'un nouveau-né sur la voie publique dans l'espoir qu'une âme charitable l'adopte, serait aujourd'hui perçue comme incompatible avec l'image contemporaine de la « personne raisonnable »⁹.
8. La *doxa* est consacrée dans les notions d'« expérience générale de la vie », du « cours ordinaire des choses », du « citoyen standard » et de la « personne raisonnable », tant en droit de la responsabilité civile qu'en droit des contrats¹⁰.

⁵ Cf. HUG.

⁶ L'origine de la *doxa* est rattachée avant tout à la pensée de Parménide (VI^e-V^e siècles av. J.-C.).

⁷ PAPAUX, 263 s.

⁸ PAPAUX, 263 ss.

⁹ PAPAUX, 284.

¹⁰ PAPAUX, 265.

III. Du droit romain aux codifications modernes

A. Le droit romain

9. En droit romain, c'est notamment le *bonus pater familias* – littéralement le « bon père de famille » – qui a incarné la personne raisonnable. Cette figure, issue de l'époque républicaine de Rome (509 à 27 av. J.-C.), occupe une place importante dans la construction du droit romain de la responsabilité¹¹. Elle émerge progressivement à travers la jurisprudence, en lien avec l'évolution de la faute (*culpa*) dans le cadre de la *Lex Aquilia*, texte fondamental régissant la réparation des dommages causés illicitement¹².
10. La notion de faute (*culpa*), initialement absente du texte de la *Lex Aquilia*, apparaît par l'intermédiaire de la jurisprudence des *veteres*¹³, qui en font peu à peu l'élément central de la responsabilité délictuelle. Pour retenir la faute, il est nécessaire d'effectuer une comparaison entre le comportement effectivement adopté par l'auteur du dommage et celui qu'aurait adopté un homme prudent dans la même situation (*bonus pater familias*). La célèbre affaire du *putator* (élagueur) illustre cette logique : celui qui jette des branches sur la voie publique sans prévenir, et tue un passant, est responsable parce qu'il n'a pas agi comme l'aurait fait un homme diligent et prévoyant¹⁴.
11. Ce modèle de comportement attendu se cristallise dans la figure du *bonus pater familias* qui s'impose progressivement comme le standard de comportement pour déterminer le degré de diligence (*diligentia*) que doit fournir une personne dans l'exécution d'une obligation, et, en matière délictuelle, le seuil en dessous duquel un comportement est considéré comme fautif. Le *bonus pater familias* apparaît dans plusieurs textes du droit romain, notamment à cinq reprises dans le Digeste¹⁵. Outre le *bonus pater familias*, les jurisconsultes romains

¹¹ GALUSKINA, 78 ; SCHIPANI, 130.

¹² WINIGER, 116.

¹³ SCHIPANI, 130 ; WINIGER, 116.

¹⁴ WINIGER, 116 ss.

¹⁵ Ulpien 17 *ad Sab* D 7 1 9 2 ; Paul 3 *ad Sab* D 7 8 15 1 ; Gaius 10 *ad ed prov* D 18 1 35 4 ; Paul 40 *ad ed.* D 38 1 20 1 (*bonus et diligens*) ; Afr. 9 *quaest* D 40 4 22.

employaient également l'expression *diligens pater familias* ou encore *prudens pater familias*¹⁶. Les termes *pater familias* du droit romain ne désignaient pas un père au sens biologique, mais tout citoyen romain qui, n'ayant plus d'ascendants masculins vivants, exerçait une puissance paternelle sur un groupe familial constitué par des liens de parenté agnatique, à savoir une lignée concentrée uniquement sur la descendance relative à une filiation. La position du *pater familias* relevait de son statut familial et politique, ainsi que de sa qualité de citoyen¹⁷. Les termes *bonus* ou *diligens* se rapportent, quant à eux, à une personne qui se comporte avec soins et application¹⁸.

12. En conséquence, le standard du *bonus pater familias* désigne le comportement d'un homme honnête (*probus*), prudent (*prudens*) et diligent (*diligens*), à savoir celui qu'un citoyen ordinaire, respectant les préceptes de la bonne foi (*bona fides*), devrait adopter dans ses rapports avec autrui¹⁹. La notion relève donc de la morale, car le comportement attendu est fonction des conditions sociales du moment : chacun doit veiller à ce que son comportement ne nuise pas à autrui (*neminem laedere*)²⁰. Adopter un comportement « inférieur » à ce qu'un *bonus pater familias* aurait fait dans la même situation, revient ainsi à commettre une faute.
13. Le caractère abstrait du modèle de référence offre au juge romain une marge d'appréciation pour déterminer le comportement hypothétique du *bonus pater familias*. Face à un cas concret, le tribunal devait ainsi déterminer objectivement un « horizon d'attente » – c'est-à-dire fixer le comportement minimal requis du *bonus pater familias* – et y confronter le comportement effectif de l'auteur en question²¹. L'auteur qui reste en deçà du modèle de comportement défini par le tribunal est fautif. A noter que le comportement de l'auteur comprend les caractéristiques personnelles de l'auteur, notamment ses facultés mentales. Si celui-ci n'était pas en mesure,

¹⁶ GIANNOZZI, 222 ss.

¹⁷ GALUSKINA, 78.

¹⁸ GIANNOZZI, 224.

¹⁹ BERGER, 377 ; DUNAND/PICHONNAZ, 22 s. ; GIANNOZZI, 224.

²⁰ BRÉGI, 85 ; GALUSKINA, 79.

²¹ BRÉGI, 85 ; WINIGER, 137.

au moment des faits, de comprendre pleinement la portée des exigences imposées, il ne pouvait pas percevoir le caractère inadéquat de son comportement. Est dès lors fautif uniquement celui qui savait ou aurait dû savoir qu'il devait se comporter autrement. L'appréciation de la faute naît ainsi d'une appréciation concrète, mais toujours mesurée à l'aune d'un modèle abstrait, celui du *bonus pater familias*²².

14. A partir du Moyen-Age, avec la redécouverte des Compilations de Justinien (XI^e siècle), la figure du *bonus pater familias* a servi de référence pour évaluer les différents degrés de faute des personnes chargées de gérer les affaires d'autrui²³. Ainsi, toute personne qui détient un bien appartenant à autrui ou qui gère les affaires d'autrui est tenue de faire preuve d'un certain degré de soin, appelé diligence. A cet égard, la notion de diligence du *bonus pater familias* correspond au niveau d'attention qu'une personne applique à la gestion de ses propres affaires (*diligentia quam in suis*)²⁴. Le droit féodal connaissait ce même standard, notamment en matière de saisissement d'un fief par le Seigneur qui doit se comporter « en bon père de famille » dans la jouissance de son fief²⁵.
15. Progressivement, le standard du « bon père de famille » se dissocie du *bonus pater familias* romain pour devenir un modèle abstrait et autonome incarnant une diligence moyenne attendue²⁶.

B. Le Code civil des Français (1804)

16. En France, le *bonus pater familias* romain a donné naissance au modèle du « bon père de famille »²⁷. Déjà bien connu des juristes, ce modèle figure dans l'ouvrage de l'avocat du Roi, Me DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689)²⁸, pour l'usufruitier de choses

²² WINIGER, 116 ss.

²³ GALUSKINA, 79.

²⁴ LE BRUN, 1 ss.

²⁵ POTHIER, 61.

²⁶ GALUSKINA, 79.

²⁷ COVERT, 168.

²⁸ Cet ouvrage du XVII^e siècle est considéré comme un monument du droit civil français, dont le but est la codification de la synthèse des diverses coutumes.

mobilières, qui doit les conserver « en bon père de famille »²⁹, pour le locataire vis-à-vis de la chose louée³⁰ et pour l'emphytéote³¹ vis-à-vis du bien d'autrui³². Le « bon père de famille » apparaissait ainsi principalement dans le droit patrimonial contractuel.

17. Le « bon père de famille » a ensuite été repris par le législateur dans le Code civil des Français de 1804³³, sans pour autant y être défini. A titre d'exemple, l'ancien article 1137 al. 1^{er} (en vigueur du 17 février 1804 au 6 août 2014) disposait que « *l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille* ». Pendant plus de deux siècles, le « bon père de famille » a servi de référence de comportement pour toute personne titulaire d'un droit d'usage sur le bien d'autrui comme en matière d'usufruit, de baux de maisons, de biens ruraux, de cheptel simple et de séquestre³⁴. Il existe également une trace en matière de gestion d'affaires pour laquelle le gérant « *est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille* »³⁵. Le « bon père de famille » était ainsi tenu d'agir avec prudence, diligence, raison et soin, comme si le bien en question lui appartenait. Cette exigence s'appliquait indistinctement aux hommes et aux femmes, qu'ils soient parents ou non³⁶.
18. Les tribunaux français ont utilisé le critère du « bon père de famille » pour apprécier la faute qu'elle soit contractuelle ou

²⁹ DOMAT, de l'usufruit, section III, art. III, 392.

³⁰ DOMAT, du louage, section II, art. III, 190.

³¹ L'emphytéose permet à celui qui en bénéficie (l'emphytéote) d'avoir le plein usage d'un bien immobilier appartenant à une autre personne.

³² DOMAT, du louage, section X, art. IX, 225.

³³ Aux art. 450 (de l'administration du tuteur), 601 (des obligations de l'usufruitier), 627 (de la jouissance de l'usage et de l'habitation), 1137 (de l'obligation de donner), 1374 (des quasi-contrats), 1728 (des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux), 1766 (des règles particulières aux baux à ferme), 1806 (du cheptel simple), 1880 (des engagements de l'emprunteur) et 1962 (du séquestre ou dépôt judiciaire) aCCF.

³⁴ GALUSKINA, 76.

³⁵ Art. 1374 aCCF.

³⁶ GALUSKINA, 76.

extracontractuelle, celle-ci n'étant pas définie dans les textes de loi³⁷. Le tribunal devait se demander quel comportement aurait eu, dans les mêmes circonstances, un « bon père de famille » « *normalement prudent et diligent, en principe soigneux, adroit et avisé, ni surdoué ni héros, ni surhomme [...] pas plus qu'abruti ou inepte, mais simplement honnête homme comme est supposé l'être tout citoyen* »³⁸. Le tribunal comparait ensuite le comportement adopté par l'auteur du fait dommageable avec celui du standard établi³⁹. Cette méthode a permis au « bon père de famille » de se construire progressivement et de s'adapter à l'évolution des consciences sociales, rompant ainsi avec ses origines romaines⁴⁰.

C. Le Bürgerliches Gesetzbuch (1900, 2002)

19. Le droit allemand ignore la figure du *bonus pater familias*. Les juristes allemands lui préfèrent la figure de l'« homme raisonnable » (*verständiger Rechtsgenosse, vernünftiger Rechtsgenosse, Durchschnittsmensch*). Ce standard est utilisé dans plusieurs domaines : en droit de la consommation avec la notion du « consommateur raisonnable » ; en droit de la circulation routière, où le comportement du « conducteur raisonnable » sert à déterminer quelles dépenses liées à l'accident sont raisonnables⁴¹ ; et en droit de l'immobilier avec le « propriétaire raisonnable » d'un immeuble⁴². Les juristes allemands recourent

³⁷ Pour la responsabilité contractuelle, cf. art. 1147 aCCF : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et, intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ». Pour la responsabilité extracontractuelle, cf. art. 1382 aCCF : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

³⁸ GOFFRAUX/MONTERO, 3.

³⁹ GOFFRAUX/MONTERO, 3.

⁴⁰ GALUSKINA, 76.

⁴¹ BAG, 15.05.2018 – 1 AZR 37/17 ; BGH, 10.07.1984 – IVa ZR 171/82 ; BGH, 05.05.1992 – VI ZR 188/91.

⁴² BGH, 13.10.2010 – XII ZR 129/09 ; BGH, 07.07.1994 – III ZR 5/93 ; WEISZBERG, 40.

également à d'autres standards pour apprécier le comportement attendu d'une personne dans une situation concrète⁴³.

20. L'« homme raisonnable » se manifeste notamment dans plusieurs dispositions du BGB : § 138 al. 1^{er} sur les bonnes mœurs⁴⁴, § 133 et 157 en matière d'interprétation du contrat⁴⁵, § 242 en matière de bonne foi⁴⁶, § 254 sur la limitation du dommage⁴⁷, § 276 al. 2 sur les soins raisonnables⁴⁸, § 823 en cas de responsabilité fondée sur un acte illicite⁴⁹, § 832 en cas de responsabilité de la personne chargée de surveillance⁵⁰ et § 836 en cas de responsabilité du propriétaire

⁴³ JOACHIM, 359 : ils utilisent notamment « les parties contractantes raisonnables », « l'adéquation », et « la mise en balances des intérêts » ; WEISZBERG, 41.

⁴⁴ « Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig ». Pour déterminer s'il y a violation des bonnes mœurs, le tribunal se réfère à l'« homme raisonnable » dont les opinions sont justes et équitables.

⁴⁵ § 133 : « Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ». § 157 : « Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern ». L'« homme raisonnable » sert à déterminer l'intention présumée des parties en cas de litige portant sur l'interprétation des contrats.

⁴⁶ « Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern ».

⁴⁷ « (1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung ». Le tribunal se concentre sur le créancier prudent et se demandera s'il aurait pu raisonnablement limiter son préjudice.

⁴⁸ « (2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt ».

⁴⁹ « (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein ». Le standard de l'« homme raisonnable » permet d'apprécier la faute.

⁵⁰ « (1) Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich

d'immeuble⁵¹. Ces dispositions, identiques dans les deux versions du BGB⁵², constituent des bases légales générales à partir desquelles le tribunal mobilise la figure de l'« homme raisonnable », par exemple pour adapter un contrat ou apprécier la faute⁵³.

21. Parmi ces dispositions, deux articles méritent une attention particulière. Le § 242 BGB consacre le principe de la bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles. Ce principe fondamental permet notamment de modifier des droits existants en cas de changements imprévus, par exemple dans les contrats de longue durée. Le tribunal examine alors la volonté présumée des parties, à l'aide d'un critère objectif : comment l'« homme raisonnable » se serait-il comporté dans la situation des parties⁵⁴ ? Le § 254 BGB, quant à lui, représente une expression particulière du principe de la bonne foi en matière de limitation du dommage. L'analyse se concentre ici sur le comportement du créancier prudent, et sur la

zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde. (2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt. L'« homme raisonnable » sert de référence pour analyser la diligence dans la surveillance.

- 51 « (1) Wird durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des Grundstücks, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. (2) Ein früherer Besitzer des Grundstücks ist für den Schaden verantwortlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung seines Besitzes eintritt, es sei denn, dass er während seines Besitzes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können. (3) Besitzer im Sinne dieser Vorschriften ist der Eigenbesitzer. » Le tribunal utilise le standard de l'« homme raisonnable » pour évaluer la diligence du propriétaire d'un ouvrage dans la création d'un danger.

- 52 La révision de 2002 n'a rien changé aux textes de ces dispositions, à l'exception du § 276 al. 1^{er}, qui a été restructuré sur la forme, sans modification de son contenu matériel en ce qui concerne la figure de l'« homme raisonnable ».

53 JOACHIM, 353.

54 JOACHIM, 353.

question de savoir s'il pouvait raisonnablement limiter son dommage⁵⁵.

22. L'« homme raisonnable » intervient également lorsqu' il appartient au tribunal d'évaluer le comportement d'une personne dans un cas concret, en particulier pour déterminer si le comportement est raisonnable ou non. Par exemple, le § 276 al. 2 BGB⁵⁶ prévoit qu'une personne agit par négligence, si elle ne fait pas preuve de la diligence requise. Or, la loi ne définissant pas cette diligence, c'est au tribunal de concrétiser cette notion. Pour ce faire, il se réfère, en matière contractuelle et extracontractuelle, au comportement hypothétique d'un « homme raisonnable », placé dans les mêmes circonstances⁵⁷. Le tribunal identifie quel comportement aurait été prudent, puis le compare avec le comportement des parties. Si un écart est constaté, il peut conclure à un manque de diligence des parties et retenir une négligence⁵⁸. Il s'agit donc d'un mécanisme flexible d'évaluation d'un comportement⁵⁹.

D. Le Code des obligations suisse (1881, 1911)

23. Le Code fédéral des obligations de 1881 contenait deux références à la figure du *bonus pater familias*. L'article 283 al. 1^{er} CO 1881 imposait au preneur de bail d'user la chose louée « *en bon père de famille* »⁶⁰. Il consacrait un devoir de diligence qui impliquait un usage soigneux de la chose louée afin de préserver sa valeur⁶¹. De manière similaire, l'article 303 al. 1^{er} CO 1881 instaurait pour le fermier une exploitation de la chose louée « *en bon père de famille* »⁶².
24. D'autres dispositions du Code fédéral des obligations de 1881 faisaient appel à la notion de « personne raisonnable ». Tel était

⁵⁵ JOACHIM, 355.

⁵⁶ « *Fabrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt* ».

⁵⁷ JOACHIM, 352.

⁵⁸ BGH, 26.09.2003 – V ZR 41/03 ; BGH, 29.03.1974 – V ZR 22/23 ; JOACHIM, 352.

⁵⁹ JOACHIM, 352.

⁶⁰ « *Le preneur est tenu d'user de la chose louée en bon père de famille* ».

⁶¹ BISANG, art. 257f N 18.

⁶² « *Le fermier est tenu d'exploiter la chose louée en bon père de famille, suivant l'usage auquel elle a été destinée ; il doit notamment la maintenir en bon état de productivité* ».

notamment le cas de l'article 50 CO 1881 pour apprécier la faute de l'auteur d'un acte illicite⁶³, de l'article 61 CO 1881 en matière de responsabilité du chef de famille par la référence à « *la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances* » et de l'article 62 al. 1^{er} CO 1881 en matière de responsabilité du patron ou du maître pour les dommages causés par les employés par la référence à « *toutes les précautions nécessaires* »⁶⁴. Dans chacun de ces cas, la norme renvoyait implicitement au comportement d'une personne raisonnable, placée dans une situation comparable.

25. Le Code des obligations de 1911, dans sa version originale, a opéré une rupture terminologique avec le « bon père de famille ». Les mentions de cette figure ont disparu : l'article 261 al. 1^{er} aCO (ancien art. 283 al. 1^{er} CO 1881) imposait alors au preneur de bail d'user de la chose « *avec tout le soin nécessaire* »⁶⁵ et l'article 283 aCO (ancien art. 303 al. 1^{er} CO 1881) prescrivait au fermier d'exploiter la chose affermée « *avec le soin nécessaire* »⁶⁶. Le « bon père de famille » n'existait donc plus sous cette dénomination et lui était préférée « la personne raisonnable », qui était déjà présente implicitement dans certaines dispositions du Code des obligations de 1881.
26. La « personne raisonnable » était également consacrée dans plusieurs dispositions dans la version originale du Code des obligations de 1911. Tel est notamment le cas de l'article 41 CO pour apprécier la faute de l'auteur, l'article 55 al. 1^{er} CO par la référence aux « *soins commandés par les circonstances* » et à la « *diligence* »⁶⁷,

⁶³ « *Quiconque cause sans droit un dommage à, autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer* ».

⁶⁴ « *Le maître ou patron est responsable du dommage causé par ses ouvriers ou employés dans l'accomplissement de leur travail, à moins qu'il ne justifie avoir pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir ce dommage* ».

⁶⁵ « *Le preneur est tenu d'user de la chose avec tout le soin nécessaire et, s'il s'agit d'appartements, d'avoir pour les personnes habitant la maison les égards qui leur sont dus* ».

⁶⁶ « *Le fermier est tenu d'exploiter la chose affermée avec le soin nécessaire, suivant l'usage auquel elle a été destinée : il doit notamment la maintenir en bon état de productivité* ».

⁶⁷ « *L'employeur est responsable du dommage causé par ses commis, employés de bureau et ouvriers dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire* ».

et l'article 56 al. 1^{er} CO par la notion d'« *attention commandée par les circonstances* » et de « *diligence* »⁶⁸.

27. Transféré du Code des obligations⁶⁹ au Code civil en 1907, l'article 333 al. 1^{er} CC⁷⁰ consacre une responsabilité des « chefs de famille » pour les actes de leurs enfants et des autres personnes placées sous leur garde. Là encore, la « personne raisonnable » sert de critère pour apprécier le degré de surveillance dont le chef de famille doit faire preuve en fonction des circonstances⁷¹.

IV. Le *reasonable man* de la *common law*

28. Le *reasonable man* de la *common law* s'est développé nettement plus tard que le « bon père de famille » de la *civil law* (cf. N 14-15). En Angleterre, c'est à l'arrêt *Vaughan v. Menlove* de 1837⁷² qu'est attribuée la paternité du *reasonable man*⁷³, non seulement dans la responsabilité civile extracontractuelle, mais en droit anglais en général. Toutefois, la notion n'apparaît pas, en tant que telle, dans le jugement qui fait référence au *prudent man*⁷⁴. Cette affaire relevant de la responsabilité délictuelle (*torts*) illustre parfaitement les difficultés découlant du concept de la « personne raisonnable ».
29. L'auteur du dommage, M. Menlove, avait construit une meule de foin près de la limite de son terrain, qui jouxtait celui de la victime, M. Vaughan. Or, lorsque le foin se décompose, il dégage de la chaleur et, en l'absence d'une ventilation, l'augmentation de la

⁶⁸ « En cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient est responsable, si elle ne prouve qu'elle l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ».

⁶⁹ Art. 61 CO 1881 : « Celui auquel incombe légalement la surveillance d'une personne de sa maison est responsable du dommage causé par elle, à moins qu'il ne justifie avoir exercé cette surveillance de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances ».

⁷⁰ Art. 333 al. 1^{er} CC : « Le chef de la famille est responsable du dommage causé par les mineurs et interdits ou les personnes atteintes de maladies mentales et les faibles d'esprit placés sous son autorité, à moins qu'il ne justifie les avoir surveillés de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances ».

⁷¹ Cf. WESSNER, La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux, Thèse, Neuchâtel 1981.

⁷² *Vaughan v. Menlove* (1837), 132 Eng. Rep. 490.

⁷³ GARDNER, 2.

⁷⁴ *Vaughan v. Menlove* (1837), 132 Eng. Rep. 490, par. 11.

température peut provoquer un incendie. C'est pourquoi M. Menlove avait construit sa meule avec une « cheminée » de sécurité afin d'éviter que le foin ne s'enflamme spontanément. Le foin a tout de même pris feu, qui s'est propagé au terrain de la victime, brûlant deux de ces cottages. M. Menlove avait été averti à plusieurs reprises que la manière dont il avait construit la meule était dangereuse, mais il avait à chaque fois répondu qu'il « *prenait le risque* ». A l'audience, le tribunal avait donné l'instruction au jury d'examiner si le feu avait été provoqué par la négligence grave de M. Menlove, tout en précisant que ce dernier « *était tenu de procéder avec l'attention qu'un homme prudent aurait exercée dans de telles circonstances* »⁷⁵. Le jury a reconnu M. Menlove négligent. Ce dernier a formé un recours contre le jugement en arguant que le jury aurait dû être instruit d'examiner « *s'il a agi de bonne foi, au mieux de son jugement ; si tel était le cas, il ne devrait pas être tenu responsable du malheur de ne pas posséder le plus haut niveau d'intelligence* »⁷⁶. L'autorité de recours a rejeté l'argument de M. Menlove en précisant que ce dernier critère « *laisserait une marge tellement vague qu'il ne constituerait plus une règle* »⁷⁷. Tout comme « *le jugement de chaque individu, qui serait aussi variable que la longueur du pied de chacun, nous devrions plutôt nous en tenir à la règle qui exige dans tous les cas de faire preuve de la même prudence qu'un homme d'une prudence ordinaire* »⁷⁸.

30. C'est en 1856 que le *reasonable man* a, une vingtaine d'années plus tard donc, fait nommément son entrée en *common law* dans l'affaire *Blyth v. Company Proprietors of the Birmingham Water Works* : « *La négligence est le fait de ne pas faire quelque chose qu'un homme raisonnable, guidé par les considérations qui régissent habituellement la conduite des activités*

⁷⁵ *Vaughan v. Menlove* (1837), 132 Eng. Rep. 490, par. 11 : « *whether the fire had been occasioned by gross negligence on the part of the Defendant; adding that he was bound to proceed with such reasonable caution as a prudent man would have exercised under such circumstances* ».

⁷⁶ *Vaughan v. Menlove* (1837), 132 Eng. Rep. 490, par. 12 : « *whether he had acted bona fide to the best of his judgment; if he had, he ought not to be responsible for the misfortune of not possessing the highest order of intelligence* ».

⁷⁷ *Vaughan v. Menlove* (1837), 132 Eng. Rep. 490, par. 20 : « *That [...] however, would leave so vague a line as to afford no rule at all [...]* ».

⁷⁸ *Vaughan v. Menlove* (1837), 132 Eng. Rep. 490, par. 21 : « *[...] the judgment of each individual, which would be as variable as the length of the foot of each individual, we ought rather to adhere to a rule which requires in all cases a regard to caution such as a man of ordinary prudence would observe* ».

humaines, ferait, ou de faire quelque chose qu'un homme prudent et raisonnable ne ferait pas »⁷⁹.

31. Le *reasonable man* sera, par la suite, davantage personnalisé, grâce à la référence au « *man on the Clapham omnibus* » dans une décision de 1903⁸⁰. Cette formule prétorienne a ensuite prospéré en droit et a même réussi à pénétrer le langage courant⁸¹. Elle irriguera le monde de la *common law*, en étant reprise telle quelle ou déclinée selon les lieux⁸². La jurisprudence ultérieure confirmera l'utilisation de ce standard, par exemple en 1932 : « *la personne concernée est parfois décrite comme l'homme de la rue ou l'homme dans l'omnibus de Clapham ou encore, comme je l'ai lu récemment chez un auteur américain, l'homme qui ramène le journal chez lui et le soir, pousse sa tendeuse à gazon dans son t-shirt à manches courtes* »⁸³.
32. Toutefois, la figure du *bonus pater familias* n'est pas inconnue du droit anglais, ce qu'illustre le jugement suivant de 2014 : « *L'omnibus de Clapham transporte de nombreux passagers. Le plus vénérable est l'homme raisonnable, né sous le règne de Victoria, mais toujours en bonne santé. Parmi les autres passagers, on trouve le membre respectable de la société, familier du droit de la diffamation, le passant zélé, le parent raisonnable, le propriétaire*

⁷⁹ *Blyth v. Company Proprietors of the Birmingham Water Works* (1856), 11 Ex. Ch. 781, 156 E.R. 1047 : « *Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do* ».

⁸⁰ *McQuire v. Western Morning News Company Limited* [1903] 2 K.B. 100, 109.

⁸¹ CONVERT, 169 s. ; GARNER, 18, 24 et 34.

⁸² Au Canada, la Cour Fédérale d'Appel se référera directement à cette « *mythical creature (the man in the Clapham omnibus of patent law)* » (*Beloit Canada Ltd v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. 289, par. 18. En Australie, il s'agira de la « *hypothetical person on a hypothetical Bondi tram* » à Sydney (*Papatonakis v. Austr. Tel. Com.*, 1985, 156 C.L.R. 7, 36), ou bien de la « *person [...] on [...] a Bourke Street tram* » à Melbourne (*Re Sortirios Pandos and Commonwealth of Australia* [1991] Administrative Appeals Tribunal Australia 18, par. 88). A Hong-Kong, ce sera « *the man on the Shankeiwan tram* » (*Fung Kwing Lau Evens v. Securities and Futures Commission*, Securities and Futures Appeal Tribunal, Application 2005/11, 16 mai 2006, par. 35 ; *Ng Chiu Mui v. Sec. Fut. Comm.*, Securities and Futures Appeal Tribunal, Application 2007/7, 15 mai 2009, par. 95).

⁸³ *Hall v. Brooklands Auto Racing Club* [1933] 1 K.B. 205, 224 : « *The person concerned is sometimes described as "the man in the street", or "the man in the Clapham omnibus", or, as I recently read in an American author, "the man who takes the magazine at home, and in the evening pushes the lawn mower in his shirt sleeves"* ».

raisonnable et l'observateur impartial et informé, tous avec des abonnements de saison depuis de nombreuses années. [...] Le bus tiré par des chevaux entre Knightsbridge et Clapham, auquel Lord Bowen aurait pensé, était bien réel. Cependant, son passager le plus célèbre, ainsi que les autres que j'ai mentionnés, sont des fictions juridiques. Ils appartiennent à une tradition intellectuelle qui consiste à définir une norme juridique de référence à une personne hypothétique, qui remonte à la création par les juristes romains de la figure du bonus paterfamilias »⁸⁴.

V. L'origine contractuelle et extracontractuelle des concepts

33. Comme mentionné précédemment (cf. N 16-18), dans la loi française, les origines du critère du « bon père de famille » se situent dans le droit patrimonial contractuel. Dans le domaine extracontractuel, en revanche, cette figure n'apparaissait pas expressément dans la loi. Ce furent les tribunaux qui l'intégraient comme critère leur permettant d'apprécier la faute que le législateur n'avait pas définie⁸⁵. Ainsi, le standard du « bon père de famille » était d'origine légale dans les contrats nommés où il figurait, et de nature prétorienne dans la responsabilité délictuelle.
34. En Allemagne, l'« homme raisonnable » ne figurait pas dans la loi. Ce sont les tribunaux qui utiliseront cette figure, dans les domaines contractuel et délictuel, pour interpréter ou adapter un contrat, pour circonscrire le principe de la bonne foi, et pour apprécier la faute ou la diligence attendue (cf. N 19-22)⁸⁶.

⁸⁴ *Healthcare at Home Limited v. The Common Services Agency* (2014) UKSC 49, par. 1 s. : « *The Clapham omnibus has many passenger. The most venerable is the reasonable man, who was born during the reign of Victoria but remains in vigorous health. Amongst the other passengers are the right-thinking member of society, familiar from the law of defamation, the officious bystander, the reasonable parent, the reasonable landlord, and the fair-minded and informed observer, all of whom have had season tickets for many years. [...] The horse-drawn bus between Knightsbridge and Clapham, which Lord Bowen is thought to have had in mind, was real enough. But its most famous passenger, and the others I have mentioned, are legal fictions. They belong to an intellectual tradition of defining a legal standard of reference to a hypothetical person, which stretches back to the creation by Roman jurists of the figure of the bonus paterfamilias* ».

⁸⁵ Art. 1382 aCCF : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

⁸⁶ JOACHIM, 352 s.

35. En Angleterre, c'est au contraire dans le domaine extracontractuel (*torts*) que le *reasonable man* fera, en premier lieu, son entrée en *common law* (cf. N 28-32). Le *reasonable man* glissera par la suite dans le domaine contractuel, connaissant une évolution semblable à celle qui s'est produite en droit français pour le « bon père de famille », mais de manière opposée, l'un passant du délictuel au contractuel, et l'autre parcourant le chemin inverse⁸⁷.
36. Dans la loi (fédérale) suisse, le « bon père de famille » a fait sa première apparition dans le Code fédéral des obligations de 1881, dans la partie dédiée au contrat de bail. Dans le domaine extracontractuel, il lui est préféré la figure de « la personne raisonnable », qui est utilisée par les tribunaux pour apprécier la faute de l'auteur ou ses preuves libératoires et qui se trouvait également dans certaines dispositions du Code des obligations (cf. N 23-27). Ainsi, le « bon père de famille », respectivement la « personne raisonnable »⁸⁸, a pris naissance tant dans le domaine contractuel qu'extracontractuel.

VI. L'adaptation du critère en fonction d'évolutions sociétales

37. L'émancipation des femmes et la volonté d'inscrire l'égalité des sexes dans le droit ont eu raison du « bon père de famille » dans la *civil law* et du *reasonable man* dans la *common law*. En effet, avec l'évolution des mœurs, ces deux figures masculines ont soudainement accusé « un coup de vieux » sociologique⁸⁹.
38. Si les débats autour du genre sexué du « bon père de famille » ou du *reasonable man* ont souvent été passionnés, ils ne datent pas d'aujourd'hui et le thème a même pu être abordé par la dérision. Pour preuve, l'affaire *Fardell v. Potts - The Reasonable Man*, une fausse affaire judiciaire, qui est l'œuvre d'un spécialiste anglais du canular

⁸⁷ CONVERT, 171.

⁸⁸ Certains arrêts du Tribunal fédéral, principalement en matière pénale, se réfèrent aussi à « tout homme raisonnable », cf. ATF 144 IV 345, consid. 2.2.2 ; ATF 95 II 630, consid. 5 ; TF 6B_1214/2022 du 2 octobre 2023, consid. 1.3.

⁸⁹ CONVERT, 75.

judiciaire⁹⁰. La drôlerie du texte mérite quelques extraits. Les faits à la base de cette affaire fictive, publiée en 1924, étaient les suivants : Mme Fardell, dirigeant un bateau à moteur sur la Tamise, est entrée en collision avec la barque de M. Potts, lequel a coulé et pris froid. Dissimulé derrière le juge, l'humoriste constate que « *la Common Law d'Angleterre a été laborieusement bâtie autour d'un personnage mythique, celui de l'Homme Raisonnable* »⁹¹. Le juge poursuit par des envolées dithyrambiques sur cet être exceptionnel qu'est l'homme raisonnable : « *L'homme raisonnable pense toujours aux autres ; la prudence est son guide [...]. C'est quelqu'un qui regarde toujours où il va et qui prend soin d'examiner le terrain devant lui avant de faire un saut ou un bond ; qui ne regarde pas les étoiles et ne se perd pas dans ses pensées lorsqu'il s'approche d'une trappe ou du bord d'un quai ; [...] qui ne monte jamais dans un tram en mouvement et ne descend d'aucun wagon lorsque le train est en marche ; qui examine minutieusement la bonne foi de chaque mendiant avant de lui faire l'aumône et s'informe de l'histoire et des habitudes d'un chien avant de lui faire une caresse ; qui ne croit pas aux ragots et ne les répète pas sans avoir de solides raisons de les croire vrais [...]. Dépourvu, en somme, de toute faiblesse humaine, sans aucun vice rédempteur, sans préjugés, sans procrastination, sans méchanceté, sans avarice et sans distraction, aussi soucieux de sa propre sécurité que de celle des autres, son caractère excellent mais odieux se dresse comme un monument dans nos Tribunaux, appelant en vain ses concitoyens à ordonner leur vie selon son exemple* »⁹². Selon le juge fictif, ce n'est pas pour rien

⁹⁰ HERBERT dénonçait les travers de la justice en rédigeant de faux arrêts (*misleading cases*), qui étaient si bien rédigés qu'ils trompaient nombre de personnes.

⁹¹ HERBERT, 1 : « *The Common Law of England has been laboriously built about a mythical figure – the figure of 'The Reasonable Man'* ».

⁹² HERBERT, 3 s. : « *The reasonable man is always thinking of others; prudence is his guide [...]. All solid virtues are his, save only that peculiar quality by which the affection of other men is won. [...] He is one who invariably looks where he is going, and is careful to examine the immediate foreground before he executes a leap or bound; who neither star-gazes nor is lost in meditation when approaching trap-doors or the margin of a dock; [...] who never mounts a movable omnibus, and does not alight from any car while the train is in motion; who investigates exhaustively the bona fides of every mendicant before distributing alms, and will inform himself of the history and habits of a dog before administering a caress; who believes no gossip, or repeats it, without firm basis for believing it to be true [...]. Devoid, in short, of any human weakness, with not one single saving vice, sans prejudice, procrastination, ill-nature, avarice, and absence of mind, as careful for his own safety as he is for that of others, his excellent but odious character stands like a monument in our Courts of Justice, vainly appealing to his fellow-citizens to order their lives after his own example* ».

qu'il a appelé le *reasonable man* un mythe, car celui-ci est tellement exceptionnel qu'il n'y en a « aucun de cette trempe qui puisse être trouvé dans les rangs de l'humanité »⁹³. Le magistrat qui doit se prononcer sur la responsabilité de Mme Fardell, constate toutefois qu'en dépit d'une jurisprudence étoffée en précédents, il n'y a pas une seule mention d'une « femme raisonnable » : « Il a été habilement soutenu devant nous qu'une telle omission, qui s'étend sur plus d'un siècle de décisions judiciaires, doit être plus qu'une simple coïncidence ; que parmi les innombrables hommages rendus à l'homme raisonnable, on aurait pu s'attendre à au moins une allusion en passant à une personne raisonnable du sexe opposé ; qu'aucune référence de ce type n'existe, pour la simple raison qu'une telle chose n'est pas envisagée par la loi ; qu'au moins sur le plan juridique, il n'existe pas de femme raisonnable et que, par conséquent, dans cette affaire, le juge aurait dû indiquer au jury que, bien qu'il existe des preuves permettant de conclure que la défenderesse n'avait pas satisfait aux critères requis d'un homme raisonnable, son comportement n'était que celui que l'on pouvait attendre d'une femme en tant que telle »⁹⁴. En conséquence, Mme Fardell ne saurait être condamnée.

39. C'est dans les années 1980 que le mouvement féministe américain a commencé à décrier le caractère sexué du *reasonable man*⁹⁵. L'usage se répand alors peu à peu, parmi les juges de la *common law*, de ne plus utiliser cette notion et de la remplacer par celle de *reasonable person*. Aux Etats-Unis, le critère de la *reasonable woman* apparaissait d'ailleurs à la même époque, dans le cadre du harcèlement sexuel sur le lieu de travail⁹⁶. Toutefois, la *reasonable woman* était nettement

⁹³ HERBERT, 4 : « I have called him a myth; and, in so far as there are few, if any, of his mind and temperament to be found in the ranks of living men, the title is well chosen ».

⁹⁴ HERBERT, 5 : « It was ably insisted before us that such an omission, extending over a century and more judicial pronouncements, must be something more than a coincidence; that among the innumerable tributes to the reasonable man there might be expected at least some passing reference to a reasonable person of the opposite sex; that no such reference is found, for the simple reason that no such thing is contemplated by law; that legally at least there is no reasonable woman, and that therefore in this case the learned judge should have directed the jury that, while there was evidence on which they might find that the defendant had not come up to the standard required of a reasonable man, her conduct was only what was to be expected of a woman, as such ».

⁹⁵ MARTIN, 334 ss ; SCHLANGER, 770.

⁹⁶ *Ellison v. Brady* (1991), 924 F.2d 872, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, par. 41 : « We adopt the perspective of a reasonable woman primarily because we

plus éphémère que son homologue masculin, car elle a rapidement été remplacée par *reasonable worker* respectivement *reasonable employee*⁹⁷. En Angleterre, le passage du *reasonable man* à la *reasonable person* s'est également effectué au cours des années 1990, sans tambour ni trompette⁹⁸.

40. En France, le « bon père de famille » a mieux résisté que le *reasonable man* en *common law*. C'est en 2014 seulement que le législateur a scellé son sort en enterrant sans coup férir l'institution plus que bicentenaire (1804-2014). On lui reprochait notamment d'être une « *expression désuète qui remonte au système patriarcal* »⁹⁹, « *une pure discrimination, stéréotype de genre* »¹⁰⁰, qui est « *particulièrement discriminatoire pour les femmes* »¹⁰¹. Même si le standard du « bon père de famille » paraissait être devenu une référence neutre et asexuée, il n'était tout simplement plus dans l'air du temps¹⁰². C'est pourquoi l'article 26, I de la loi n° 873-2014 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a remplacé toutes les références dans le Code civil français au « bon père de famille » par « *raisonnable(s)* » respectivement « *raisonnablement* »¹⁰³.

believe that a sex-blind reasonable person standard tends to be male-biased and tends to systematically ignore the experiences of women. The reasonable woman standard does not establish a higher level of protection for women than men [...]. Instead, a gender-conscious examination of sexual harassment enables women to participate in the workplace on an equal footing with men. By acknowledging and not trivializing the effects of sexual harassment on reasonable women, courts can work towards ensuring that neither men nor women will have to "run a gauntlet of sexual abuse in return for the privilege of being allowed to work and make a living" ».

⁹⁷ *Burlington Northern and Santa Fe Railway Co. v. White* (2006), 548 U.S. 53 (2006), par. II.B.

⁹⁸ HANDSLEY, 61.

⁹⁹ Assemblée nationale, Amendement n° 249 du 16 janvier 2014 à la loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes – (n° 1663).

¹⁰⁰ Assemblée nationale, XIV^e législature, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Session ordinaire de 2013-2014, Compte rendu intégral des séances du 21 janvier 2014, intervention de Mme Brigitte Allain à propos de l'article 5 *quinquies*.

¹⁰¹ Assemblée nationale, XIV^e législature, Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Session ordinaire de 2013-2014, Compte rendu intégral des séances du 21 janvier 2014, intervention de Mme Brigitte Allain à propos de l'article 5 *quinquies*.

¹⁰² CONVERT, 176.

¹⁰³ Art. 26, I de la loi n° 873-2014 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

L'introduction de la « personne raisonnable » avait aussi pour but pour le législateur d'« attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français », « faciliter son application dans des contrats de droit international » et « permettre à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers »¹⁰⁴. Ainsi, en matière d'interprétation des contrats, l'article 1188 CCF reproduit depuis 2016 l'article 5:101 des Principes du droit européen des contrats. L'article 1188 al. 2 CCF a en effet la teneur suivante : « Lorsque cette intention [à savoir la commune intention des parties ; cf. art. 1188 al. 1^{er} CCF] ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation »¹⁰⁵.

41. En Suisse, le « bon père de famille » s'est vite avoué vaincu, contrairement au *reasonable man* de la *common law* et au « bon père de famille » français. C'est en 1904 déjà que le législateur a supprimé les références au « bon père de famille » du Code fédéral des obligations de 1881. Le standard de la « personne raisonnable » faisait ainsi foi. Cette évolution pouvait laisser penser à une égalité entre les hommes et les femmes. Que nenni ! Les auteurs du Code civil de 1907 ont maintenu le caractère hiérarchique de la famille : le mari est confirmé dans son rôle de chef (cf. art. 333 al. 1^{er} CC ; cf. nbp 70), confirmant ainsi un système patriarcal. Cet ordre familial reflète le contexte historique et sociologique du début du XX^e siècle. Il repose sur l'idée que la famille doit être dotée d'un chef dans un but d'ordre et d'unité. Selon le sentiment populaire à cette époque, le mari est plus apte à assumer cette tâche à cause de son éducation, de sa participation à la vie politique, de son expérience à prendre des décisions, de l'exercice d'une activité

¹⁰⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF 35 du 11 février 2016, n° 25.

¹⁰⁵ Sous le titre « Règles générales d'interprétation », l'art. 5 :101 al. 3 des Principes du droit européen du contrat a la teneur suivante : « Faute de pouvoir déceler l'intention conformément aux alinéas (1) et (2), on donne au contrat le sens que des personnes raisonnables de même qualité que les parties lui donneraient dans les mêmes circonstances ».

lucrative et de la position familiale de la femme considérée comme simple ménagère¹⁰⁶.

42. En 1977, le Tribunal fédéral retenait encore qu'« *on doit s'en tenir au principe qu'en règle générale le mari et père est considéré comme chef de la famille. [...] L'examen de la jurisprudence fédérale relative à l'art. 333 CC révèle que la question de savoir qui doit être considéré comme chef de la famille - le père, la mère ou les deux parents - n'a jamais donné lieu à des discussions importantes : dans des conditions normales (époux non séparés, capacité d'agir du mari), c'est toujours contre le père que l'action était ouverte* »¹⁰⁷. Les tribunaux cantonaux ont adopté des approches différentes. Certains ont reconnu la qualité d'auxiliaire de la mère de famille, et, en cas de faute de celle-ci (par ex. un défaut de surveillance de la mère sur son enfant), la responsabilité du chef de famille était engagée à l'encontre de son mari. D'autres ont considéré le père comme l'unique chef de la famille et ont nié la qualité d'auxiliaire à la mère¹⁰⁸.
43. De nos jours, l'expression « chef de famille » est désuète et inadéquate. Ce reliquat historique évoque un ordre hiérarchique et patriarcal manifestement dépassé. WESSNER¹⁰⁹ propose les termes de « détenteur de l'autorité domestique » pour être plus proche de la fonction attachée à l'art. 333 CC. De son côté, MÜLLER critique l'expression « chef de famille », car « *il y a bien souvent deux 'chefs de famille' qui exercent conjointement l'autorité domestique* »¹¹⁰.

VII. « Bon père de famille » = « Personne raisonnable » ?

44. L'on peut se poser la question de savoir si les notions de « bon père de famille » et de « personne raisonnable » respectivement *reasonable person* se recouvrent parfaitement ou s'il existe des divergences entre elles.

¹⁰⁶ Message du 11 juillet 1979 concernant la révision du code civile suisse, FF 1979 II, 1183.

¹⁰⁷ ATF 103 II 24, consid. 5.

¹⁰⁸ Pour un résumé des différentes jurisprudences cantonales, cf. ATF 103 II 24, consid. 5.

¹⁰⁹ WESSNER, 123.

¹¹⁰ MÜLLER, N 382a.

45. Lorsque le droit français a remplacé en 2014 le « bon père de famille » par « raisonnablement » (cf. N 40), le Sénat avait insisté que « *la notion de 'raisonnablement' devrait s'entendre comme recouvrant le même périmètre que l'expression 'en bon père de famille', pour éviter toute remise en cause des jurisprudences et contrats fondés sur cette notion* »¹¹¹.
46. Toutefois, certains auteurs (français) considèrent que les deux notions n'ont ni le même périmètre ni la même intensité.
47. Par rapport au périmètre, ils estiment que « *la référence à la personne raisonnable invite à considérer le comportement dans le présent, le bon père de famille nous projette dans l'avenir* ». Ils en déduisent que le standard du « bon père de famille » « *véhicule une idée de préservation des ressources pour la transmission aux générations futures* »¹¹², et, par la référence à la parentalité, le rend « *très porteur en matière de jugement sur les atteintes à l'environnement* »¹¹³.
48. Par rapport à l'intensité, ils craignent que le passage du « père de famille » qui devait en plus être « bon », à la simple « personne raisonnable » n'implique un glissement d'une obligation de moyens renforcée, à une simple obligation de moyens¹¹⁴. Ils se demandent alors si le juge français se satisfait désormais d'un comportement simplement « acceptable » ou « concevable » ou s'il continue d'exiger un comportement en « bon père de famille », « *attentif, avisé, juste, réfléchi, sensé, précautionneux, diligent, mesuré, prudent, sage, sain, sérieux, modéré, posé, bon droit* »¹¹⁵. De plus, le « bon père de famille » devait nécessairement être altruiste, car ce standard englobait forcément une pluralité de personnes (par ex. toutes les personnes vivant en ménage commun au sens de l'art, 333 al. 1^{er} CC), alors que

¹¹¹ Assemblée Nationale, XIV^e législature, Rapport législatif n° 2043 du 18 juin 2014 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté avec modifications par le Sénat, en deuxième lecture (n° 1894) pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 64 s.

¹¹² MORÉTEAU, Tort law, par. 1/149 ; MORÉTEAU, Le standard, 87.

¹¹³ MORÉTEAU, Tort law, par. 1/149 ; MORÉTEAU, Le standard, 87.

¹¹⁴ CONVERT, 179 s.

¹¹⁵ CONVERT, 179 s.

la « personne raisonnable » est une personne seule, ce qui impliquerait un standard plus individualiste¹¹⁶.

49. Du point de vue du droit suisse, nous n'estimons pas que la référence au « bon père de famille » fasse intervenir un autre standard que celle à la « personne responsable » (cf N 41-42). Dans les deux cas, il s'agit, pour le tribunal, de comparer le comportement du justiciable en question avec celui d'une personne hypothétique moyenne, placée dans la même situation (cf. N 60-70).

VIII. Les principales manifestations de la « personne raisonnable » en droit suisse

A. La bonne foi

50. Selon l'article 2 al. 1^{er} CC, « [c]hacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». Cette maxime générale de conduite sert à garantir l'équité dans les relations juridiques et à protéger les attentes légitimes des acteurs juridiques.
51. Le principe de bonne foi oblige les sujets de droit à adopter un comportement loyal et correct et à faire preuve de considération mutuelle, tant dans l'exercice de leurs droits que dans l'accomplissement de leurs obligations. L'on peut et doit ainsi attendre, de manière générale, de toute personne participant aux relations juridiques qu'elle se comporte comme une tierce personne honnête et raisonnable¹¹⁷.
52. Le comportement juridiquement pertinent est donc évalué à l'aune d'une norme de comportement objectif, compte tenu toutefois des circonstances concrètes¹¹⁸.

B. L'interprétation des contrats

53. L'interprétation des contrats permet d'illustrer comment la même référence à la « personne responsable » peut conduire à des

¹¹⁶ CONVERT, 179 s.

¹¹⁷ BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 N 34.

¹¹⁸ BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 N 40.

applications diamétralement opposées selon les systèmes juridiques considérés.

54. Selon le Tribunal fédéral, lorsqu'une clause contractuelle n'est pas claire, le tribunal doit d'abord rechercher la commune et réelle intention des parties (interprétation subjective)¹¹⁹. C'est seulement lorsque le tribunal est dans l'incapacité d'identifier une telle volonté commune effective qu'il est autorisé à déterminer une volonté hypothétique des parties en interprétant leurs manifestations de volonté sur la base du principe de la confiance. Il s'agit alors pour le tribunal de rechercher comment le destinataire en question pouvait et devait comprendre les manifestations de volonté de l'autre partie selon le principe de la bonne foi d'après leur contenu, leur contexte et toutes les circonstances (interprétation objective)¹²⁰. Comme ces manifestations de volonté ont été adressées au partenaire contractuel en question et non pas à n'importe quelle personne tierce, l'interprétation objective ne se réfère pas à n'importe quelle « personne raisonnable », mais uniquement au partenaire contractuel raisonnable en question¹²¹. Avec d'autres¹²², nous plaidons pour l'abandon pur et simple de l'interprétation subjective en faveur de l'interprétation objective¹²³, mais il n'y a pas lieu d'y revenir ici.

¹¹⁹ ATF 144 III 327, consid. 5.2.2.1 ; ATF 143 III 157, consid. 1.2.2 ; ATF 142 III 239, consid. 5.2.1 ; TF 2C_246/2024 du 22 mai 2025, consid. 3.1 ; TF 4A_102/2024 du 1^{er} octobre 2024, consid. 4.3 ; TF 4A_22/2024 du 20 mars 2024, consid. 4.1.1.

¹²⁰ ATF 143 III 157, consid. 1.2.2 ; TF 4A_102/2024 du 1^{er} octobre 2024, consid. 4.3 ; TF 4A_22/2024 du 20 mars 2024, consid. 4.1.1.

¹²¹ TF 4A_102/2024 du 1^{er} octobre 2024, consid. 4.5.2 ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 61 ; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, art. 18 N 356.

¹²² Cf., en particulier, BSK OR I-ZELLWEGGER-GUTKNECHT, Einl. Vor Art. 1 ff. N 79b ss ; BSK OR I-WIEGAND, art. 18 N 3b ss ; STEHLE, 257 ss ; HONSELL, 335 ss ; ENGEL, 237. Pour une prise de position par rapport à cette critique, cf. KRAMER, 393 ss.

¹²³ Cf. MÜLLER, Künstliche Intelligenz, 1306 ss ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 70 ss.

55. Les droits français¹²⁴, italien¹²⁵, allemand¹²⁶ et autrichien¹²⁷ connaissent également la primauté de l'interprétation subjective sur l'interprétation objective. En droit français, la doctrine précise par rapport à la méthode subjective que « *théoriquement l'interprète recherche ce que les parties ont réellement voulu en sondant leurs reins et cœurs, et non ce qu'il aurait été raisonnable de vouloir ou ce qu'un individu raisonnable peut déduire de l'expression qu'elles ont donné à leur volonté* »¹²⁸. Le droit français est aussi le plus explicite dans la référence à la « personne raisonnable » comme critère pour l'interprétation objective lorsque le (nouvel) article 1188 al. 2 CCF stipule que « [l]orsque cette intention [la commune intention des parties] ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon les sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Toutefois, la doctrine précise que, même avant la réforme de 2016 et l'ajout de l'alinéa 2 à l'article 1188 CCF, « *les directives d'interprétation qu'exposaient le Code civil et le droit romain avant lui, étaient dominées par la recherche d'une volonté raisonnable, c'est-à-dire rationnelle et ne s'éloignant guère de la normale (plerumque fit), en complément du souci – prioritaire – de découvrir la commune intention des parties. Les approches subjective et objective de l'interprétation s'entremêlent donc, les parties étant présumées, jusqu'à preuve du contraire, avoir eu une volonté conforme à celle qu'aurait eue une personne raisonnable* »¹²⁹.
56. En droit anglais, la situation est diamétralement opposée. Tout en faisant également référence au *reasonable man*, le droit anglais interprète les contrats, depuis 1871, de manière purement objective. C'est l'arrêt *Smith v. Hughes* qui a établi cette règle fondamentale : « *Si, quelle que soit l'intention réelle d'un homme, il se comporte de telle manière qu'un homme raisonnable pourrait croire qu'il accepte les conditions posées par l'autre partie, et que cette dernière, se fondant sur cette croyance, conclut le contrat*

¹²⁴ Art. 1188 al. 1^{er} CCF : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes* ».

¹²⁵ Art. 1362 al. 1^{er} Code civil italien : « *Nel interpretare del contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole* ».

¹²⁶ § 133 BGB : « *Beim Auslegen einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften* ».

¹²⁷ § 914 ABGB : « *Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht* ».

¹²⁸ MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, 424.

¹²⁹ MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, 424 s.

avec lui, l'homme qui s'est comporté de cette manière serait tout aussi lié que s'il avait eu l'intention d'accepter les conditions de l'autre partie »¹³⁰. Les faits à la base de cette fameuse affaire étaient pour l'essentiel les suivants : le vendeur (et demandeur) M. Smith était agriculteur et l'acheteur (et défendeur) M. Hughes était entraîneur de chevaux de course. Le vendeur a apporté à l'acheteur un échantillon de son « avoine verte ». L'acheteur en a commandé une certaine quantité, en pensant que l'avoine livrée serait ancienne. Lorsque le vendeur a livré l'avoine, l'acheteur a déclaré que l'avoine n'était pas celle qu'il attendait. En tant qu'entraîneur de chevaux de course, il avait besoin d'avoine ancienne¹³¹, car c'était l'aliment de base de ses chevaux. Toutefois, l'avoine livrée était de l'avoine verte, du même type que l'échantillon. L'acheteur a refusé de payer le vendeur pour la livraison, ce que le vendeur a considéré comme une violation du contrat. Il s'agissait donc de savoir si l'acheteur pouvait annuler le contrat, étant donné que le vendeur n'avait pas livré le type d'avoine qu'il attendait. Il a été jugé qu'il existait un contrat entre les deux parties et que celui-ci ne pouvait être annulé. Il n'y avait eu aucune discussion entre les parties concernant la livraison de l'avoine ancienne. Le critère objectif a révélé que, dans un contrat similaire, une personne raisonnable s'attendrait à la vente d'avoine de bonne qualité, puisqu'il n'y avait eu aucune discussion expresse concernant de l'avoine ancienne. L'échantillon avait donné à l'acheteur la possibilité d'inspecter l'avoine et celui-ci aurait dû faire preuve de plus de diligence dans l'examen de la qualité et de l'adéquation de la chose à acheter avant la conclusion du contrat (*caveat emptor*). Cette règle a encore été rappelée par Lord Denning en 1974 : « *Dans les contrats, on ne se préoccupe pas de l'intention réelle d'un homme. On se base sur ce qu'il a dit et fait. Un contrat est conclu lorsqu'il y a, selon les apparences, un contrat. Un homme ne peut pas se soustraire à un contrat en disant : 'Je n'avais pas l'intention de conclure un contrat', si, par ses paroles, c'est en fait ce qu'il a*

¹³⁰ *Smith v Hughes* (1870-1871) LR 6 Q.B. 597, 607 (Blackburn J) : « *If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms* ».

¹³¹ Par opposition à l'avoine nouvelle ou verte, l'avoine ancienne est séchée depuis longtemps, de sorte qu'elle peut être consommée immédiatement par un cheval de course.

fait. Son intention ne se trouve que dans son expression extérieure que ses mots véhiculent. Si ceux-ci indiquent qu'un contrat a été conclu, cela suffit »¹³².

57. Le droit américain a repris avec force cette règle de base la *common law* : « Un contrat n'a, à proprement parler, rien à voir avec l'intention personnelle ou individuelle des parties. Un contrat est une obligation qui, par la seule force du droit, est attachée à certains actes des parties, généralement des paroles, qui accompagnent et représentent habituellement une intention connue. Toutefois, s'il était prouvé par vingt évêques que l'une des parties, lorsqu'elle a utilisé ces mots, avait une intention autre que le sens habituel que le droit leur attribue, elle serait néanmoins tenue, à moins qu'il y ait eu une erreur commune ou quelque chose de ce genre. Bien entendu, s'il ressort d'autres mots ou actes des parties qu'elles attribuent un sens particulier aux mots qu'elles utilisent dans le contrat, ce sens prévaudra, mais uniquement en vertu des autres mots, et non en raison de leur intention non exprimée »¹³³.
58. En matière d'interprétation de contrats, la même référence au critère de la « personne raisonnable » semble ainsi conduire à des approches diamétralement opposées des deux côtés de la Manche, respectivement de l'Océan Atlantique.
59. Toutefois, il ne faudrait pas accorder trop d'importance à cette différence¹³⁴. En effet, en droit anglais, il s'agit également de trouver

¹³² *Storer v Manchester City Council* [1974] 3 All ER 824, 827 (Lord Denning) : « In contracts you do not look into the actual intent in a man's mind. You look at what he said and did. A contract is formed when there is, to all outward appearances, a contract. A man cannot get out of a contract by saying: 'I did not intend to contract', if by his words he has done so. His intention is to be found only in the outward expression which his letters convey. If they show a concluded contract that is enough ».

¹³³ *Hotchkiss v National City Bank of N.Y.*, 200 F.287,293 (S.D.N.Y. 1911) (Learned Hand, J.) : « A contract has, strictly speaking, nothing to do with the personal, or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a known intent. If, however, it were proved by twenty bishops that either party, when he used the words, intended something else than the usual meaning which the law imposes on them, he would still be held, unless there were some mutual mistake, or something else of the sort. Of course, if it appears by other words, or acts, of the parties, that they attribute a peculiar meaning to such words as they use in the contract, that meaning will prevail, but only by virtue of the other words, and not because of their unexpressed intent ». Pour l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis dans cette affaire, cf. *National City Bank v. Hotchkiss*, 231 U.S. 50 (1913).

¹³⁴ Certains auteurs y voient même une des grandes lignes de fracture entre la *common law* et la *civil law*, cf. VOGENAUER, 125.

L'intention des parties, mais par des moyens légèrement différents, comme le précise un arrêt de 2014 : « *Lorsqu'il interprète un contrat, le tribunal s'attache à déterminer l'intention de la ou des parties, et il le fait en identifiant le sens des mots pertinents, (a) à la lumière (i) du sens naturel et ordinaire de ces mots, (ii) de l'objet général du document, (iii) de toute autre disposition du document, (iv) des faits connus ou supposés par les parties au moment de la signature du document, et (v) du bon sens, mais (b) en ignorant les preuves subjectives de l'intention d'une partie* »¹³⁵. Ces moyens d'interprétation ressemblent étrangement à ceux appliqués par le Tribunal fédéral¹³⁶.

C. La négligence dans la responsabilité extracontractuelle

60. La norme fondamentale de responsabilité civile extracontractuelle, à savoir l'article 41 al. 1^{er} CO, a la teneur suivante : « *Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer* ». L'une des quatre conditions cumulatives de toute responsabilité délictuelle est la faute qui se compose d'un élément objectif, la déficience juridique d'un comportement, et d'un élément subjectif, la capacité de

¹³⁵ *Marley v Rawlings* [2014] UKSC 2, [2014] 2 WLR 213 [19] (Lord Neuberger) : « *When interpreting a contract, the court is concerned to find the intention of the party or parties, and it does this by identifying the meaning of the relevant words, (a) in the light of (i) the natural and ordinary meaning of those words, (ii) the overall purpose of the document, (iii) any other provisions of the document, (iv) the facts known or assumed by the parties at the time that the document was executed, and (v) common sense, but (b) ignoring subjective evidence of any party's intentions* ».

¹³⁶ ATF 135 III 410, consid. 3.2 : « *Le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit BGE 135 III 410 S. 413 par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO) ; s'il y parvient, il s'agit d'une constatation de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral conformément à l'art. 105 LTF. Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance ; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances ; le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner librement (art. 106 al. 1 LTF) ; cependant, pour trancher cette question, il doit se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, dont la constatation relève du fait* » ; BK OR-MÜLLER, art. 18 N 128 ss.

discernement (art. 16 CC ; N 85). Pour déterminer si le comportement adopté par l'auteur est juridiquement déficient, l'on compare le comportement en question au comportement hypothétique qu'une personne (moyennement) raisonnable aurait eu dans les mêmes circonstances¹³⁷.

61. Le même raisonnement s'applique à la faute concomitante de la personne lésée (art. 44 CO), lorsque celle-ci omet de prendre des mesures raisonnables pour éviter ou limiter son préjudice. La personne lésée doit uniquement prendre les mesures qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, aurait pu et dû prendre, si elle ne pouvait espérer aucune indemnisation¹³⁸. Il lui est ainsi reproché de ne pas avoir déployé les efforts d'intelligence ou de volonté que l'on pouvait attendre d'elle pour se conformer aux règles de prudence et éviter un comportement fautif résultant d'un manque d'attention ou d'une attitude dangereuse¹³⁹.
62. Ce comportement idéal (moyen, standard, de référence) est déterminé par les règles de comportement qui ont pour but d'éviter les atteintes aux droits d'autrui¹⁴⁰. Pour identifier concrètement le comportement que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur, le tribunal peut prendre en compte les normes légales et réglementaires édictées en vue d'assurer la sécurité et d'éviter les accidents. A défaut de telles dispositions, le tribunal peut aussi se

¹³⁷ ATF 148 III 343, consid. 3.3 ; ATF 146 III 14, consid. 5.1 ; cf. ég. art. 4:101(1) PETL (« *Standard de conduite requis* ») : « *Le standard de conduite requis est celui qu'aurait adopté une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, et dépend, notamment, de la nature et de la valeur de l'intérêt protégé en question, de la dangerosité de l'activité, du savoir-faire qui pouvait être attendu de la personne engagée dans cette activité, de la prévisibilité du dommage, de la relation de proximité ou de confiance particulière entre les personnes impliquées, ainsi que de la disponibilité et coût des mesures de protection ou méthodes alternatives* ».

¹³⁸ ATF 132 III 359, consid. 4.3 ; ATF 107 Ib 155, consid. 2b ; TF 7B_1298/2024 du 16 juin 2025, consid. 5.2 ; TF 6B_780/2022 du 1^{er} mai 2023, consid. 4.2.1.

¹³⁹ TF 7B_1298/2024 du 16 mai 2025, consid. 5.2 ; TF 6B_780/2022 du 1^{er} mai 2023, consid. 4.2.1.

¹⁴⁰ MÜLLER, N 238.

référer à des normes analogues émanant d'associations privées ou semi-publiques, si de telles normes sont généralement reconnues¹⁴¹.

63. Lorsque l'auteure n'a transgressé aucune norme légale ou réglementaire de sécurité imposant ou interdisant un certain comportement, le tribunal examinera encore si l'auteure s'est conformée aux devoirs généraux de la prudence¹⁴². Si l'auteure avait dû envisager des mesures de sécurité non imposées par une règle légale ou réglementaire, le tribunal doit procéder à une pesée des intérêts pour déterminer les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Il s'agit de prendre en considération, d'une part, le degré d'efficacité des mesures envisageables, leur coût et leurs inconvénients, et, d'autre part, le degré de probabilité du risque et l'importance du préjudice envisagé¹⁴³.
64. La règle jurisprudentielle la plus élémentaire à ce sujet est celle du danger créé (*Gefahrensatz*) : la personne qui crée ou maintient un état de fait dangereux doit prendre les mesures de précaution commandées par les circonstances pour éviter que d'autres personnes subissent un préjudice. Une personne commet ainsi une faute si elle crée ou maintient un état de fait dangereux et qu'elle ne prend pas les mesures de sécurité qui s'imposent raisonnablement¹⁴⁴.
65. Le comportement de l'auteure s'apprécie objectivement, car il est comparé au comportement qu'une personne raisonnable et

¹⁴¹ ATF 133 IV 158, consid. 5.1 ; ATF 122 IV 17, consid. 2b/aa qui cite les règles de la Fédération internationale de ski (FIS). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral s'est notamment basé sur la règle n° 2 de la FIS qui exige que la skieuse descende « à vue », par quoi on entend qu'elle doit adapter sa vitesse à sa distance de visibilité et skier de telle manière qu'il puisse s'arrêter ou effectuer une manœuvre d'évitement en présence d'un obstacle prévisible survenant dans son champ de vision (ATF 122 IV 17, consid. 2b/bb). Il en va de même, par ex., des Directives de la Commission suisse pour la prévention des accidents sur les descentes pour sports de neige (SKUS). Cf. ég. TF 7B_51/2022 du 20 décembre 2023, consid. 3.1.

¹⁴² ATF 126 III 113, consid. 2b ; TF 4C.257/2022 du 28 août 2003, consid. 4.1.

¹⁴³ ATF 126 III 113, consid. 2a ; TF 4A_206/2014 du 18 septembre 2014, consid. 3.4.5.

¹⁴⁴ ATF 146 III 14, consid. 5.1 ; ATF 126 III 113, consid. 2a ; TF 4A_608/2017 du 30 avril 2018, consid. 3.1.1.

prudente aurait eu. Des circonstances purement subjectives, comme la fatigue, le stress, une nature oublieuse, des problèmes familiaux, des soucis professionnels ne sont pas prises en compte. Le comportement de l'auteure s'apprécie aussi concrètement, selon les circonstances du cas, ce qui permet de néanmoins prendre en compte certaines caractéristiques subjectives, comme son âge, son métier, son expérience, voire, dans certains cas, le sexe¹⁴⁵. En dehors des cas liés à l'âge (jeune âge ou vieillesse), l'appréciation objective et concrète du comportement de l'auteure ne permet guère la reconnaissance d'autres situations de vulnérabilité. A notre connaissance, d'autres formes de vulnérabilité, telles que la précarité économique, l'isolement social ou les troubles cognitifs légers, demeurent ainsi largement ignorées par notre droit.

D. La négligence dans la responsabilité contractuelle

66. La faute constitue également l'une des conditions cumulatives de la responsabilité contractuelle. En effet, l'article 97 al. 1^{er} CO dispose que « [L]orsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ». Cette disposition présume donc un comportement fautif de la part du débiteur et il lui incombe dès lors de prouver le contraire. Tout comme l'article 41 al. 1^{er} CO pour la responsabilité délictuelle (cf. N 60), l'article 97 al. 1^{er} CO ne définit pas les notions de « diligence » (*Sorgfalt*) ou « diligent » (*sorgfältig*).
67. Comme dans la responsabilité délictuelle (cf. N 60), le comportement du débiteur de référence se détermine de manière objective¹⁴⁶. Ce standard de comportement objectif est concrétisé par le niveau de diligence requis par la loi ou le contrat (par ex. degré de formation, connaissances techniques, nature du comportement, cercle de personnes, âge et sexe, rapports de propriété) ou les règles usuelles dans le commerce ou la branche économique (notamment

¹⁴⁵ TF 4A_604/2017 du 30 avril 2018, consid. 3.1 ; MÜLLER, Responsabilité civile, N 244 ; REY/WILDHABER, N 1006.

¹⁴⁶ ATF 146 III 14, consid. 5.1 ; ATF 137 III 539, consid. 5.2 ; TF 7B_516/2023 du 19 décembre 2023, consid. 1.2 ; TF 4A_606/2017 du 30 avril 2018, consid. 3.1.2 ; BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 72 ss.

les règles de conduite professionnelle)¹⁴⁷. L'article 321e al. 2 CO illustre parfaitement ce point : « *La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître* ». L'article 398 al. 1^{er} CO renvoie à cette disposition pour la diligence de la mandataire¹⁴⁸. Des comportements susceptibles d'entraîner des dangers, des risques ou des difficultés plus importants exigent ainsi une attention accrue¹⁴⁹.

68. De ces deux critères, à savoir le débiteur moyen et le cercle dans lequel le débiteur agit, résulte une mesure de diligence objective (ou normative) et spécifique à un groupe (ou typisé)¹⁵⁰. La personne qui n'applique pas la diligence déterminée par ces critères se comporte de manière irraisonnable et donc négligente (ou fautive).
69. Si la capacité d'exécuter ses obligations de la partie qui viole le contrat est supérieure à celle d'une partie contractante moyenne, le critère de référence est adapté en conséquence. Ainsi, toute personne qui, en tant qu'avocate ou chirurgienne spécialisée, promet une prestation doit répondre à des exigences de diligence plus élevées. Un professionnel avec des capacités supérieures à la moyenne ne peut donc pas argumenter que le tribunal aurait eu des exigences moindres envers le « *bonus pater familias* » (cf. N 92-96)¹⁵¹.
70. Certains auteurs y voient une « resubjectivation » du critère objectif de la diligence : ce dernier ne constituerait qu'un standard minimal qui serait remplacé par un standard subjectif de diligence, lorsque le cocontractant dispose de capacités accrues¹⁵². En réalité, même en présence de compétences supérieures à la moyenne, la diligence

¹⁴⁷ ATF 148 IV 39, consid. 2.3.4 (responsabilité médicale) ; ATF 134 III 534, consid. 3.2.2 (responsabilité de l'avocat) ; ATF 130 IV 7, consid. 3.3 (responsabilité médicale) ; TF 4A_478/2022 du 5 mars 2024, consid. 5.1.1 (responsabilité médicale) ; TF 4C.80/2005 du 11 août 2005, consid. 2.2.1 (responsabilité de l'avocat).

¹⁴⁸ Pour les limites de ce renvoi, cf. MÜLLER, Contrats, N 2725 ss.

¹⁴⁹ TF 4C.92/2007 du 31 juillet 2007, consid. 5.5 (travaux de soudage)

¹⁵⁰ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 76 ; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, art. 99, N 9.

¹⁵¹ WIDMER/KRAUSKOPF, N 2.125.

¹⁵² SCHMID, 674 ; KOLLER, N 48.18, en particulier nbp 7.

requis est déterminée de manière objective. Ce n'est *pas la débitrice en question* qui sert de référence pour la diligence requise, mais *une partenaire contractuelle hypothétique* disposant des connaissances et compétences spécialisées correspondantes¹⁵³. En effet, la diligence requise, que le tribunal détermine sur la base de toutes les circonstances du cas concret, reste objectivée et normative. Les circonstances concrètes du contrat pourraient conduire à une individualisation marquée du degré de diligence requis, mais le critère reste objectif. En effet, la taille de l'« échantillon » à partir duquel le critère de diligence est défini n'est pas déterminante. Ce qui importe, c'est que le processus de détermination permette de développer une vision extérieure du comportement de l'auteur. Ainsi, s'il n'y a en Suisse qu'une dizaine de spécialistes pratiquant une certaine technique chirurgicale, le degré de diligence requis découlera du comportement moyen que l'on peut attendre de ces dix spécialistes. Les circonstances concrètes du contrat incluent dès lors les parties au contrat et leurs caractéristiques. A cet égard, le critère objectif de diligence tient compte aussi des caractéristiques individuelles des parties. Toutefois, ces dernières ne doivent pas elles-mêmes définir le degré de diligence, mais uniquement servir de repères généraux à la détermination objective du degré requis¹⁵⁴.

71. A l'inverse, il convient de tenir compte de circonstances extraordinaires qui ont une incidence négative sur les capacités du prestataire de services. Tel est par exemple le cas d'une erreur médicale commise lors d'une opération d'urgence qui doit être effectuée à la fin d'un service de plusieurs heures, d'une avocate qui tombe malade pendant qu'un délai de recours court, de l'automobiliste qui n'est pas en mesure de freiner à cause d'une crampe à la jambe. La doctrine majoritaire est d'avis que, dans de telles situations extraordinaires, l'auteur ne se comporte pas de manière négligente¹⁵⁵. Le Tribunal fédéral a également nié à

¹⁵³ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 83 ; WIDMER/KRAUSKOPF, N 2.125.

¹⁵⁴ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 83.

¹⁵⁵ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 86 ; REY/WILDHABER, N 1010 ; WIDMER/KRAUSKOPF, N 2.125 (opération d'urgence) ; OFTINGER/STARK, § 5 N 94 ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 22.21.

plusieurs reprises toute négligence dans des situations de stupeur¹⁵⁶. Une telle exonération de responsabilité dans des situations extrêmes ne constitue pas non plus une exception à la détermination objective du niveau de diligence. En effet, ici aussi, la ligne directrice est le comportement qu'aurait adopté une personne raisonnable appartenant au même cercle social *dans les circonstances concrètes* (et extraordinaires)¹⁵⁷. Ainsi, le Tribunal fédéral qualifie la réaction d'un randonneur, qui cherche à se mettre à l'abri de l'attaque d'un chien enchaîné, de « *pas la mieux appropriée* », mais « *instinctive et pleinement normale* » dans les circonstances concrètes¹⁵⁸. Dans cet arrêt, un randonneur passait, en se dirigeant vers un café-restaurant, devant une porte de grange restée ouverte et de laquelle a surgi un gros chien de garde attaché. Effrayé, le randonneur a fui vers un silo à proximité, a franchi un muret et a tenté de saisir l'échelle du silo, qu'il a manqué, tombant ainsi au fond de la fosse. Le Tribunal fédéral a dû analyser le caractère adéquat de la réaction du randonneur pour retenir ou non l'existence d'une faute concomitante de sa part¹⁵⁹. Il a retenu l'absence de négligence du randonneur en se basant objectivement sur les circonstances

¹⁵⁶ Cf. ATF 102 II 232, consid. 3a (chien enchaîné qui attaque soudainement) ; ATF 68 II 116, consid. 6 (accident) ; ATF 56 II 116, consid. 4 (accident). Cf. ég. ATF 88 II 448, consid. 2c : il importe peu que le conducteur ait été distrait par des soucis familiaux ou professionnels ou que son inattention ait été un « laisser-aller momentané ». Celui qui provoque un accident par inattention n'est excusé que si son comportement est dû à un malaise imprévisible ou à une force extérieure irrésistible (par ex. une violente détonation). Il n'est plus du tout excusable de laisser son esprit vagabonder ou de se laisser aller en conduisant un véhicule à moteur, surtout dans le trafic urbain qui exige une concentration maximale de la part de tous les participants.

¹⁵⁷ ATF 102 II 232, consid. 3.

¹⁵⁸ ATF 102 II 232, consid. 3.

¹⁵⁹ ATF 102 II 232, consid. 3a : « *La faute concomitante suppose une négligence de la part du lésé, le degré de la diligence que l'on pouvait exiger de lui s'appréciant objectivement d'après les circonstances concrètes [...]. Ne commet dès lors pas une telle faute la personne qui, pour échapper à un danger auquel elle est subitement exposée, sans qu'il lui soit imputable, effectue sous la pression de l'événement, dans le laps de temps très court dont elle dispose, une manœuvre qui se révèle après coup inopportune, inadaptée à la situation ou maladroite [...]. Vu les circonstances défavorables dans lesquelles se trouve soudainement cette personne et la hâte dans laquelle elle doit agir, on ne peut lui reprocher un manque de diligence si, pour se soustraire au péril dont elle se sent brusquement menacée sans faute de sa part, elle opère dans la précipitation un mouvement qui, à la réflexion, apparaît avoir été inapproprié, voire contre-indiqué* ».

concrètes suivantes : le randonneur n'avait pas le temps de la réflexion, il était sous le coup de la frayeur provoquée par l'attaque du chien et il devait agir très vite ; il a fui pour grimper à l'échelle fixée au silo, pensant se placer ainsi hors d'atteinte du chien, lequel, de toute évidence, ne pouvait pas gravir une échelle. La réaction du randonneur n'était pas absurde, même si, en définitive, il avait été plus sûr pour lui de courir vers le café-restaurant.

IX. Les autres manifestations de la « personne raisonnable » en droit suisse

72. La « personne raisonnable » se manifeste par ailleurs dans plusieurs dispositions du Code des obligations par des références à la « diligence » ou au(x) « soin(s) ».
73. Tel est par exemple le cas des articles 55 al. 1^{er} (« soins commandés par les circonstances » pour la responsabilité de l'employeur), 56 al. 1^{er} (« toute l'attention commandée par les circonstances » pour la responsabilité du détenteur d'animaux), 172 (« diligences nécessaires » dans l'imputation de la créance du cessionnaire pour la cession à titre de dation en paiement), 257f al. 1^{er} et 3 (diligence et égard envers les voisins dans le bail à loyer), 271a al. 3 let. c (congé donné par le bailleur pour violation grave par le locataire de son devoir de diligence), 272a al. 1^{er} let. b (exclusion de la prolongation du bail en cas de congé pour violation grave par le locataire de son devoir de diligence), 283 al. 1^{er} (diligence et égard envers les voisins dans le bail à ferme), 285 al. 1^{er} (violation de son devoir de diligence par le fermier), 299 al. 2 let. a et al. 3 (prévention des dégradations par une « administration diligente » de la chose dans le bail à ferme), 303 al. 1^{er} (« diligence déployée » pour la responsabilité du fermier), 321a al. 1^{er} et 2 (obligations de diligence et fidélité du travailleur), 321e al. 2 (« mesure de diligence » pour la responsabilité du travailleur), 352a al. 1^{er} (« soin » du travailleur dans l'utilisation du matériel et des instruments de travail), 364 al. 1^{er} (obligation de diligence de l'entrepreneuse), 365 al. 2 (« soin voulu » de l'entrepreneuse relatif à la matière fournie), 398 al. 1^{er} (responsabilité du mandataire pour « la bonne et fidèle exécution »), 399 al. 2 (« soin » dans le choix du sous-mandataire pour la responsabilité du mandataire en cas de substitution), 418c al. 1^{er} (« diligence » de

l'agent), 422 al. 2 (gestion avec « les soins nécessaires » dans l'intérêt du maître), 447 al. 1^{er} (responsabilité du voiturier « diligent » en cas de perte de la marchandise), 483 al. 1^{er} (obligation de garde de l'entrepositaire avec « les mêmes soins » qu'un commissionnaire), 495 al. 1^{er} (« diligence nécessaire » du créancier dans le cautionnement simple), 503 al. 2 (devoir de diligence du créancier), 538 al. 1^{er} (diligence requise dans les affaires de la société simple), 547 al. 1^{er} (continuation des affaires après la dissolution de la société simple jusqu'à la connaissance de la dissolution si l'associé avait déployé « l'attention commandée par les circonstances »), 574 al. 2 (inscription de la dissolution de la société en nom collectif « à la diligence » des associés), 717 al. 1^{er} (devoirs de diligence et de fidélité des membres du conseil d'administration), 754 al. 2 (« soins commandés » pour la responsabilité des membres du conseil d'administration dans l'administration, la gestion et la liquidation), 795a al. 2 ch. 2 (exigibilité des versements supplémentaires dans la société en commandite par actions en l'absence d'une gestion de ses affaires « de manière diligente »), 812 al. 1^{er} (devoirs de diligence et de fidélité des gérants), 902 al. 1^{er} (obligation de diligence dans la gestion des affaires sociales), 973i al. 2 (« diligence nécessaire » pour la responsabilité du débiteur d'un droit-valeur), 1084 al. 2 (« recherches diligentes » dans le lieu où doivent se faire les actes relatifs à la lettre de change), 1132 (veillé « avec assez de soin » pour le dommage résultant d'un chèque faux ou falsifié) et 1161 al. 2 (sauvegarde « avec la plus grande diligence » des droits par le représentant en cas d'emprunts garantis par gage).

74. Dans les matières pertinentes pour notre étude, le Code civil consacre également la « personne raisonnable » aux articles 16 (faculté « d'agir raisonnablement » pour le discernement), 324 al. 1^{er} (administration diligente des biens de l'enfant), 332 al. 3 (diligence du chef de famille dans l'ordre de la maison), 333 al. 1^{er} (surveillance de « la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances » pour la responsabilité du chef de famille), 365 al. 1^{er} (exécution des tâches « avec diligence » dans le mandat pour cause d'inaptitude), 408 al. 1^{er} (gestion « avec diligence » du patrimoine par le curateur), 413 al. 1^{er} (devoir de diligence du curateur), 721 (garde « avec le soin nécessaire » de la chose trouvée) et 850 al. 1^{er} (devoir de diligence du fondé de pouvoirs).

X. La détermination du comportement de la personne raisonnable

A. Question de fait et question de droit

75. Comme la « personne raisonnable » est une fiction ou une figure juridique (*Rechtsfigur*), son application est en principe une question de droit. C'est donc au tribunal de déterminer le comportement que la « personne raisonnable » aurait eu dans une situation donnée¹⁶⁰.
76. C'est ce que le juge anglais Lord Radcliffe avait précisé dans un jugement de 1956 déjà : « *Le porte-parole de l'homme juste et raisonnable, qui ne représente après tout que la conception anthropomorphique de la justice, est et doit être le tribunal lui-même* »¹⁶¹. La nature juridique de cette détermination a comme conséquence qu'il n'incombe pas aux parties de prouver comment d'autres personnes réelles se seraient comportées dans une certaine situation¹⁶². Même si une partie apportait la preuve que ses témoins sont des personnes raisonnables, une telle preuve manquerait sa cible. Le comportement de la « personne raisonnable » n'est pas établi par des preuves testimoniales, mais par l'application d'un comportement de référence abstrait par le tribunal. Cela n'empêche bien évidemment pas le tribunal d'administrer des preuves par rapport aux circonstances ayant une influence sur son application du critère de la « personne raisonnable » dans un cas concret. Mais il appartient alors au tribunal de déterminer le résultat auquel aboutit

¹⁶⁰ Pour le droit suisse, cf. UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. b N 61 ; pour le droit anglais, cf. *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696, 728, 13.

¹⁶¹ *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696, 728, 13 : « *The spokesman of the fair and reasonable man, who represents after all no more than the anthropomorphic conception of justice, is and must be the court itself* ».

¹⁶² Cf. *Healthcare at Home Limited v The Common Services Agency* [2014] UKSC 49, par. 3 : « *It follows from the nature of the reasonable man, as a means of describing a standard applied by the court, that it would misconceived for a party to seek to lead evidence from actual passengers on the Clapham omnibus as to how they would have acted in a given situation or what they would have foreseen, in order to establish how the reasonable man would have acted or what he would have foreseen* ».

l'application du standard de la « personne raisonnable » dans ces circonstances¹⁶³.

77. Sous l'angle du droit suisse, les circonstances concrètes de la personne moyenne respectivement du cercle auquel appartient la personne moyenne, telles que ses connaissances et ses capacités, constituent une question de fait, qui doit être prouvée par les parties et qui ne peut être revue par les juridictions supérieures que de manière limitée. En revanche, la détermination du comportement objectivement exigé de la personne raisonnable dans une situation concrète relève d'une question de droit soumise au plein pouvoir d'examen des tribunaux supérieurs¹⁶⁴.
78. Or, il découle de la nature juridique de cette dernière question que le tribunal ne détermine pas de manière empirique le comportement qu'il prête à la « personne raisonnable » fictive. C'est donc en règle générale l'appréciation personnelle du ou de la juge en charge de l'affaire qui sert de standard de référence (cf. N 81)¹⁶⁵.
79. Toutefois, pour cette appréciation juridique « personnelle », le tribunal devrait se fonder sur des principes empiriques (*Erfahrungssätze*) découlant de l'expérience générale de la vie et de son propre savoir¹⁶⁶. Toutefois, s'il s'agit de principes empiriques qui se situent en dehors de son expérience personnelle, le tribunal devrait se fonder sur l'appréciation d'expertes¹⁶⁷.
80. Le tribunal détermine de manière normative le comportement de la personne raisonnable dans le cas concret (cf. N 67-69). En droit des médias, certains auteurs critiquent cette conception normative et donc le fait que la détermination du comportement de la personne raisonnable soit considérée comme une question de droit. Ils estiment au contraire qu'une telle conception juridique ne se justifie plus dans la société pluraliste actuelle, où les conventions en matière de valeurs et la conscience des normes de certains segments de la

¹⁶³ Cf. *Healthcare at Home Limited v The Common Services Agency* [2014] UKSC 49, N 3.

¹⁶⁴ UWG Kommentar-BLATTMAN, art. 3 al. 1 let. b N 61.

¹⁶⁵ SENN, 151.

¹⁶⁶ ATF 140 I 285, consid. 6.2.1 ; TAPPY, N 73 ss ; WIEDERKEHR/PLÜSS, N 2676.

¹⁶⁷ ATF 113 II 429, consid. 3a ; ATF 111 II 72, consid. 3a ; TF 4A_478/2008 du 16 décembre 2008, consid. 4.

société ne correspondent plus nécessairement à celles d'autres groupes¹⁶⁸. Cette critique pourrait être fondée en droit des médias où l'appréciation d'une publication par le lectorat moyen fait appel à des valeurs morales ou éthiques. En revanche, tel ne peut pas être le cas du droit des obligations qui a pour vocation principale d'établir des responsabilités. En effet, le droit des obligations ne peut remplir cette fonction que si le comportement de l'ensemble des membres de la société est mesuré selon le même standard normatif et objectif (cf. N 80-81).

B. Détermination objective

81. Les responsabilités extracontractuelle (cf. N 60-64) et contractuelle (cf. N 65-70) opèrent avec un critère objectif de diligence pour déterminer la faute (et l'acte illicite respectivement la violation contractuelle). Cela ne signifie toutefois pas qu'il existe effectivement un standard absolu, reposant sur une formule mathématique, pour déterminer la mesure de la diligence due et attendue. Au contraire, le tribunal détermine la diligence requise dans le cas concret de manière normative.
82. Cette détermination implique un jugement de valeur (*Werturteil*) de la part du tribunal. La diligence requise n'est ainsi jamais celle que la personne raisonnable aurait effectivement appliquée, mais celle dont la personne raisonnable aurait dû faire preuve selon la conception sociétale actuelle du tribunal. Cette manière subjective et personnelle de déterminer la diligence requise comporte inévitablement un certain risque d'arbitraire¹⁶⁹.
83. L'étude de KAMIN et RACHLINSKI¹⁷⁰, consacrée au biais cognitif rétrospectif (*hindsight bias*) en matière judiciaire, illustre parfaitement ce risque d'arbitraire. Le *hindsight bias* est un phénomène psychologique qui conduit à surestimer de manière incorrecte la prévisibilité *ex ante* d'un événement passé une fois qu'on en connaît l'issue. Ce biais cognitif résulte de la tendance inconsciente de l'être

¹⁶⁸ Par ex. SENN, 154 s.

¹⁶⁹ SENN, 150 s.

¹⁷⁰ Cf. KAMIN/RACHLINSKI, *Ex Post ≠ Ex Ante : Determining Liability in Hindsight*, *Law and Human Behavior*, vol. 19, n° 1, février 1995, 89 ss.

humain à réviser ses croyances sur l'état du monde lorsqu'il apprend l'issue d'une situation, puis à utiliser ces croyances révisées pour évaluer rétrospectivement la probabilité d'occurrence de l'événement en question. L'étude a testé ce phénomène auprès de juges (des Etats-Unis d'Amérique) en leur soumettant un cas fictif de responsabilité civile. Il a été demandé aux juges d'évaluer le caractère raisonnable d'un comportement dans une perspective prospective et rétrospective. La négligence du comportement était établie si, au moment des faits allégués, il existait plus de 10% de probabilité qu'une inondation survienne. Tous les juges ont reçu les mêmes faits, mais seule la moitié d'entre eux était informée qu'une inondation causant un préjudice d'un million de dollars était effectivement survenue. Les résultats révèlent un biais significatif dans l'appréciation des juges : seuls 24% des juges non informés de l'inondation ont conclu à la négligence, contre 57% des juges qui en connaissaient l'issue. Cette différence de 33 points de pourcentage démontre la tendance inconsciente des êtres humains à surestimer la prévisibilité des événements passés en se basant sur des événements ultérieurs.

84. La détermination objective oblige également le tribunal à se fonder sur les principes développés par la jurisprudence pour les membres d'un groupe de personnes ou d'une profession déterminée, d'une part, et, pour certaines activités, d'autre part¹⁷¹. La responsabilité contractuelle de l'avocat illustre parfaitement jusqu'où la concrétisation de la diligence objective peut aller : « *Un avocat est tenu de n'accepter que des mandats dans des domaines juridiques qu'il maîtrise ou dans lesquels il est en mesure d'acquérir les connaissances nécessaires en temps utile. Une connaissance suffisante du droit est présumée lorsque l'avocat connaît les lois pertinentes et la jurisprudence de la juridiction suprême en la matière et qu'il est familiarisé avec les commentaires et monographies courants. L'avocat doit en tout cas consulter la jurisprudence cantonale publiée dans son rayon d'activité locale* »¹⁷².

¹⁷¹ WIDMER/KRAUSKOPF, N 2.122.

¹⁷² TF 4C.80/2005 du 11 août 2005, consid. 2.2.1 ; TF 4P.317/2001 du 28 février 2002, consid. 6 ; cf. ATF 134 III 534, consid. 3.2.3.3 (connaissance de la jurisprudence publiée au Recueil officiel des arrêts du TF) ; ATF 127 III 357,

C. Eléments subjectifs dans la sphère de l'auteur

85. La détermination objective du niveau de diligence requis (cf. N 81-83) ne signifie pas que les circonstances purement subjectives relevant de la sphère de l'auteur ne jouent aucun rôle.
86. En effet, pour la responsabilité extracontractuelle, la capacité de discernement est une condition de la capacité délictuelle (art. 18 et 19 al. 3 CC ; cf. également l'art. 54 CO). Cette conception légale repose sur la fiction irréfragable que toute personne capable de discernement est en mesure de se comporter conformément à la diligence normative requise et que, en principe, seuls les motifs énumérés à l'article 16 CC (à savoir le jeune âge, la déficience mentale, les troubles psychiques, l'ivresse et d'autres causes semblables) justifient des écarts à ce standard attendu.
87. Cette fiction est critiquable, car elle suppose que toute personne capable de discernement dispose de certaines capacités intellectuelles, émotionnelles et physiques qu'elle n'a peut-être pas dans un cas particulier en raison d'une incapacité individuelle de faire preuve de la diligence requise¹⁷³. Il est néanmoins essentiel de s'y tenir, ne serait-ce que pour éviter que le procès en responsabilité civile ne se transforme en une bataille d'expertises psychiatriques¹⁷⁴.
88. De plus, l'article 43 al. 1^{er} CO permet la prise en compte d'éléments subjectifs dans la sphère de l'auteur au niveau de la fixation de l'indemnité (*Schadenersatzbemessung*) (dans la responsabilité extracontractuelle et contractuelle ; cf. art. 99 al. 3 CO). En effet, selon cette disposition, « le juge détermine [...] l'étendue de la réparation d'après [...] la gravité de la faute ». Toutefois, seule une faute (ou négligence) légère, voire très légère, de l'auteur peut justifier une

consid. 3d (connaissance de la prétention de son client) ; ATF 117 II 563, consid. 2 (étendue du devoir de diligence).

¹⁷³ La faute dans l'acceptation d'une obligation contractuelle (*Übernahmeverschulden*) illustre bien de point : quiconque s'engage envers son partenaire contractuel donne l'impression qu'il dispose des connaissances et des capacités nécessaires pour remplir ces obligations avec diligence et doit assumer les conséquences s'il les a surestimées (cf. ATF 124 III 155, consid. 3b ; ATF 117 II 563, consid. 2a ; TF 4C.126/2004 du 15 septembre 2004, consid. 2.2 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2995 s.).

¹⁷⁴ WIDMER/KRAUSKOPF, N 2.124.

réduction de l'indemnité¹⁷⁵. L'étendue de la réduction diffère selon les circonstances particulières du cas d'espèce. Il n'existe donc pas forcément de correspondance mathématique entre le degré de légèreté de la faute et le montant de l'indemnité¹⁷⁶.

89. L'article 99 al. 2 CO offre également la possibilité au tribunal d'exprimer un jugement de valeur sur le comportement de l'auteur du préjudice. Selon cette disposition, la responsabilité (extracontractuelle et contractuelle ; cf. art. 99 al. 3 CO) « *s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur* ». En effet, le Tribunal fédéral voit dans le caractère altruiste d'un comportement aussi un motif pour réduire le niveau de la diligence (objectivement) requis¹⁷⁷.

D. Détermination par le contrat

90. Dans les limites de la loi (notamment les art. 100, 101 et 199 CO), les parties peuvent librement convenir des exigences en matière de diligence de la débitrice.
91. Toutefois, les accords explicites sur l'étendue de l'obligation de diligence constituent l'exception. Il existe généralement un accord tacite qui, en cas de litige, sera clarifié à l'aide du principe de la confiance (cf. N 54). Ce dernier est lui-même concrétisé par des obligations de diligence type (cf. N 92-95).

E. Typologie de niveaux de diligence

92. La protection de la bonne foi (cf. N 50-52) en droit des contrats repose sur l'idée que le créancier est en droit d'attendre de la

¹⁷⁵ Cf. ATF 99 II 176, consid. 2a ; TF 4A_467/2010 du 5 janvier 2011, consid. 3.4.

¹⁷⁶ ATF 127 III 73, consid. 5e ; ATF 111 Ib 192, consid. 5a.

¹⁷⁷ Cf. ATF 137 III 539, consid. 5.2 concernant l'acte de complaisance (*Gefälligkeit*) auquel l'art. 99 al. 2 CO s'applique également : en matière de services rendus à titre gracieux, il convient de partir du principe que l'obligation de diligence est réduite. En règle générale, il suffit que la personne qui rend la faveur fasse preuve de la même diligence qu'il mettrait dans ses propres affaires (*diligentia quam in suis*). En effet, la personne qui sollicite une faveur en dehors d'un contrat ne peut exiger de l'autre qu'il fasse preuve d'une diligence supérieure à celle qu'il mettrait dans ses propres affaires.

débitrice qu'elle fournisse la prestation due. Cette attente trouve son expression concrète dans le fait que l'appréciation d'un comportement fautif de la débitrice doit se fonder sur un standard de diligence objectif et typique¹⁷⁸. Dans une relation contractuelle, le créancier peut ainsi partir de l'idée que la débitrice, dont le comportement est évalué par rapport à celui d'autres personnes se trouvant dans la même situation, présente les caractéristiques nécessaires à la réalisation de l'objet du contrat, garantit l'exécution de la prestation et s'efforce, dans le cadre d'une exécution selon le programme contractuel, d'éviter toute perturbation dans l'exécution de la prestation. Si la débitrice ne fait pas preuve de la diligence requise par le contrat ou prescrite par la loi (cf. N 66) et que son comportement fautif cause un préjudice, elle agit de manière négligente.

93. Lorsque le débiteur conclut un contrat dans le cadre de son activité professionnelle, il doit faire preuve de la diligence requise par les autres membres de ce même cercle professionnel. Le niveau de diligence requis peut donc varier en fonction du cercle concerné¹⁷⁹.
94. Le principe de la confiance implique toutefois aussi un tempérament en matière de typologie : la personne qui engage sciemment un artisan non qualifié pour effectuer un travail exigeant sur le plan technique doit se contenter du niveau de diligence habituel pour ce niveau de formation. Quiconque fait appel à un spécialiste peut en revanche s'attendre à un niveau de diligence accru (cf. N 69).
95. La typologie selon les milieux professionnels implique l'absence d'un standard de diligence uniforme pour tous les débiteurs et l'absence de concordance entre les exigences de diligence à respecter selon les circonstances données¹⁸⁰. Ainsi, l'affectation à un groupe peut se faire par exemple en fonction de l'âge, du niveau de

¹⁷⁸ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 92.

¹⁷⁹ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 94 ; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, art. 99 N 9.

¹⁸⁰ Cf. ATF 148 IV 39, consid. 2.3 ; TF 4A_276/2024 du 31 mars 2025, consid. 5.1.1 ; TF 4A_556/2019 du 29 septembre 2020, consid. 4.3.1 ;

formation, de l'expérience, du sexe, de la classe sociale, des caractéristiques physiques ou encore d'autres facteurs¹⁸¹.

96. Plus le nombre de critères utilisés pour la typologie est élevé, plus il est possible de former des groupes, ce qui augmente le degré d'individualisation de la diligence. Le degré d'individualisation entraîne inévitablement une gradation au sein du critère objectif de diligence (cf. N 69). Néanmoins, l'attribution à un cercle professionnel reste objective. Des facteurs purement subjectifs, tels que la peur, la dépression, la colère, la fatigue excessive, le surmenage, le manque de concentration, l'irritabilité, la stupidité ou l'ignorance personnelle n'ont aucune pertinence pour la formation des groupes et l'évaluation du respect de la diligence¹⁸².
97. Pour déterminer si le débiteur a fait preuve de la diligence requise dans les circonstances concrètes, il convient de tenir compte des facteurs suivants¹⁸³ : lieu et moment ; âge et sexe¹⁸⁴ ; catégorie professionnelle (cf. N 83 : exemple de l'avocat) ; type de contrat et prestation contractuelle exigée en particulier¹⁸⁵ ; dangerosité de

¹⁸¹ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 96.

¹⁸² ATF 112 II 172, consid. I.2c (manque de connaissances ou expérience), ATF 88 II 448, consid. 2c (soucis familiaux ou professionnels) ; ATF 72 II 311, consid. 4 (ignorance personnelle) ; ATF 58 II 29, consid. 1 (fatigue excessive).

¹⁸³ Cf. ATF 148 IV 39, consid. 2.3.4 ; ATF 148 I 1, consid. 10.2 ; ATF 134 IV 175, consid. 3.2 ; ATF 133 III 121, consid. 3.1 : « *L'étendue du devoir de diligence qui incombe au médecin se détermine selon des critères objectifs. Les exigences qui doivent être posées à cet égard ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes ; elles dépendent des particularités de chaque cas, telles que la nature de l'intervention ou du traitement et les risques qu'ils comportent, la marge d'appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin* ».

¹⁸⁴ ATF 111 II 89, consid. 1a et 2c ; ATF 104 II 184, consid. 3a et 3b ; ATF 90 II 9, consid. 4 ; ATF 82 II 25, consid. 2 ; TF 4C.286/2003 du 18 février 2004, consid. 4.4, selon lequel toute personne exerçant une activité exigeant des compétences particulières, mais dont les capacités sont réduites en raison de son âge, le sait et doit en tenir compte, si nécessaire en s'abstenant de l'acte concerné. Dans le cas contraire, elle est responsable de négligence ; cf. toutefois TF 6B_867/2009 du 3 décembre 2009, consid. 5.4, selon lequel un automobiliste ne peut invoquer le fait que sa vue est limitée en raison de son âge.

¹⁸⁵ Il convient par ex. de distinguer selon le type de mandat (cf. ATF 115 II 62, consid. 3a ; TF 4A_556/2019 du 29 septembre 2020, consid. 4.3.1 ; TF 4C.158/2006 du 10 novembre 2006, consid. 3.1).

l'activité¹⁸⁶ et caractère raisonnable des mesures de protection à prendre¹⁸⁷ ; difficulté de l'activité¹⁸⁸, notamment une activité particulièrement qualifiée qui ne doit être exercée que par des spécialistes¹⁸⁹ ; et danger soudain ou situation d'urgence¹⁹⁰. En matière contractuelle également (cf. N 65), hormis les situations liées au jeune âge ou à la vieillesse, d'autres formes de vulnérabilité particulière demeurent, à notre connaissance, absentes de l'appréciation juridique.

F. Prévisibilité de l'atteinte respectivement de la violation contractuelle

98. Dans la responsabilité extracontractuelle, la négligence (et partant la faute) présuppose qu'il était prévisible pour l'auteur que son comportement puisse porter atteinte aux droits d'autrui¹⁹¹. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut reprocher à l'auteur d'avoir négligé de prendre les mesures de précaution commandées par les circonstances pour éviter que d'autres personnes subissent un préjudice (cf. N 63). En revanche, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait effectivement prévu que son comportement puisse porter atteinte aux droits d'autrui.
99. Dans la responsabilité contractuelle, la négligence (et partant la faute) présuppose également qu'il était prévisible pour le débiteur

¹⁸⁶ ATF 110 II 456, consid. 2 ; TF 4A_230/2021 du 7 mars 2022, consid. 3.2.

¹⁸⁷ ATF 130 III 571, consid. 4.2 s. ; ATF 130 III 193, consid. 2.3 ; ATF 97 II 123, consid. 3 ; ATF 89 II 222, consid. 3a ; ATF 79 II 66, consid. 2 ; TF 4A_377/2016 du 1^{er} octobre 2016, consid. 2.3.2 ; TF 4A_206/2014 du 18 septembre 2014, consid. 3.2.

¹⁸⁸ ATF 111 Ib 192, consid. 4a ; ATF 96 II 27, consid. 4 ; ATF 56 II 371, consid. 2.

¹⁸⁹ ATF 92 II 234, consid. 3e ; ATF 67 II 22 ; ATF 62 II 274, consid. 1 ; TF 4C.186/1999 du 18 juillet 2000, consid. 2a s.

¹⁹⁰ ATF 102 II 232, consid. 3a ; ATF 68 II 116, consid. 6.

¹⁹¹ ATF 120 Ib 411, consid. 4c (imprévisibilité du risque de suicide et partant négligence niée) ; ATF 90 II 9, consid. 4 (prévisibilité du danger et partant négligence admise) ; TF 4A_606/2017 du 30 avril 2018, consid. 3.5 (imprévisibilité et partant négligence niée) ; TF 4A_68/2017 et 4A_70/2017 du 14 juillet 2017, consid. 2.3 (imprévisibilité et partant négligence niée) ; TF 6B_403/2016 du 28 novembre 2017, consid. 3.6 (prévisibilité du danger d'avalanche et partant négligence admise) ; TF 4C.257/2002 du 28 août 2003, consid. 4 (imprévisibilité du danger d'avalanche et partant négligence niées).

qu'il pouvait violer son obligation contractuelle¹⁹². Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut reprocher au débiteur de ne pas avoir fait preuve de la diligence nécessaire afin d'éviter la violation contractuelle. En revanche, il n'est pas nécessaire que le débiteur ait effectivement prévu qu'il pouvait violer son obligation contractuelle. Toutefois, cette prévisibilité a une importance moindre dans la responsabilité contractuelle. Un débiteur consciencieux doit connaître ses obligations contractuelles, de sorte qu'une violation de ses obligations est en règle générale prévisible pour lui¹⁹³.

XI. Conclusion

100. La fiction juridique de la personne raisonnable est omniprésente, aussi en droit des obligations suisse. Elle a ses origines dans la philosophie grecque et provient, dans le domaine juridique en particulier, du *bonus pater familias* du droit romain. Tout comme le droit suisse, les droits français, allemand et anglais connaissent cette figure depuis fort longtemps.
101. En droit des obligations, le critère de la personne raisonnable sert avant tout à identifier une attitude de mauvaise foi, à dégager le sens objectif d'une clause contractuelle et à déterminer le comportement négligent d'une personne potentiellement responsable.
102. La détermination du comportement objectivement exigé de la personne raisonnable est une question de droit. Toutefois, le tribunal doit déterminer le degré de diligence requis de manière aussi objective que possible (et aussi subjective que nécessaire). Il doit en outre le fixer de manière aussi concrète que possible.
103. Cette détermination implique inévitablement un jugement de valeur (*Werturteil*) de la part du tribunal. La diligence requise n'est ainsi jamais celle que la personne raisonnable aurait effectivement appliquée, mais celle dont la personne raisonnable aurait dû faire preuve selon les valeurs morales actuelles du tribunal. Cette manière

¹⁹² BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 99 ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 22.12.

¹⁹³ BK OR-WEBER/EMMENEGGER, art. 99 N 101.

subjective et personnelle de déterminer la diligence requise comporte inévitablement un certain risque d'arbitraire (cf. N 81). Ce risque est d'autant plus grand que les juges ne sont, comme tout être humain, pas à l'abri de biais cognitifs.

104. Il est dès lors souhaitable que la doctrine juridique s'intéresse de plus près à cette fiction de la personne raisonnable en adoptant une approche interdisciplinaire. Cette démarche devrait intégrer, d'une part, les apports de la psychologie sur les biais cognitifs limitant la rationalité humaine et, d'autre part, les enseignements de la sociologie sur les variations de la rationalité selon les contextes sociaux et économiques. Elle devrait également anticiper les évolutions liées à la technologie, notamment l'émergence du numérique et de l'intelligence artificielle qui impacteront le standard de diligence et partant les exigences vis-à-vis de la personne raisonnable. Dans cette perspective, des lignes directrices générales déclinant différents niveaux de personnes raisonnables selon les contextes sociaux, économiques et technologiques pourraient constituer un outil utile pour guider les tribunaux dans l'application concrète de la fiction de la personne raisonnable.
105. En droit des obligations, la personne raisonnable n'apparaît pas comme (systématiquement) vulnérable. Ceci est d'autant plus vrai que ce standard s'applique à la fois pour apprécier le comportement de l'auteur d'un préjudice qu'à la faute concomitante de la victime. À ce jour, le droit des obligations suisse ne reconnaît ainsi que rarement les situations de vulnérabilité. Si le grand ou jeune âge peut parfois être pris en compte, d'autres formes de vulnérabilité découlant du contexte social, économique ou technologique restent ignorées dans une large mesure.
106. Toutefois, le droit de la responsabilité extracontractuelle protège spécifiquement certaines personnes vulnérables en rendant d'autres personnes responsables du préjudice causé par la personne vulnérable. Tel est par exemple le cas de l'auxiliaire pour le comportement duquel répond aussi son employeur (arts. 55 et 101 CO). La même chose vaut pour les mineurs, les personnes sous curatelle de portée générale ou les personnes atteintes d'une déficience mentale ou de troubles psychiques pour le comportement desquels répond aussi le chef de famille (art. 333 al. 1^{er} CC).

Bibliographie

BERGER ADOLF, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, in : Transactions of the American Philosophical Society, vol. 43, n° 2 (1953), Philadelphie 1953, 333 ss

BISANG RAYMOND *et al.*, art. 257f CO, in : Burkhalter/Martinez-Favre (édit.), Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire, Genève/Zurich/Bâle 2011

BRÉGI JEAN-FRANCOIS, Droit romain : les obligations, Paris 2006

COVERT LAURENT, Feu le « bon père de famille » et l'avènement du standard « raisonnable » : un pas vers la « reasonable person » de common law ? in : Tribonion, n° 1/2018, 166 ss

DOMAT JEAN, Les loix civiles dans leur ordre naturel, Paris 1689

DUNAND JEAN-PHILIPPE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit romain de A à Z, Genève 2018

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997

GALUSKINA KSENIA, Le standard juridique de bon père de famille et la symétrie entre les expressions bon père de famille et bonne mère de famille en droit français, in : Roczniki humanistyczne, tome LXV, cahier 8, Sosnowiec 2017, 75 ss

GARDNER JOHN, The Many Faces of the Reasonable Person, in : Torts and Other Wrongs, Oxford 2019

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, 11^e éd., Zurich 2020

GIANNOZZI ELENA, L'emploi des standards en droit romain, in : Fundamina, A journal of legal history 2016, vol. 22, n° 2, Pretoria 2016, 205 ss

GOFFRAUX BORIS/MONTERO ETIENNE, La référence au paradigme du « bon père de famille » en responsabilité extracontractuelle, in : Le Forum de l'Assurance, n° 140, 2014, 1 ss

HANDSLEY ELIZABETH, The Reasonable Man : Two Case Studies, in : Sister in Law, Volume 1 (1996), 53 ss

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA (édit.), Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Berner Kommentar, Berne 2012 (cité : BK ZGB-AUTEUR)

HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (édit.), UWG – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2^e éd., Zurich/St. Gall 2025 (cité : UWG Kommentar-AUTEUR)

HERBERT ALAN PATRICK, Uncommon Law : Being Sixty-Six Misleading Cases Revised and Collected in One Volume, Londres 1935

HUG DARIO, Le consommateur moyen et le consommateur vulnérable : de la fiction à la réalité ?, in : Hug/Carron/Müller (édit.), La figure du consommateur vulnérable, 5^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Neuchâtel 2025, 23 ss

HONSELL HEINRICH, Willenstheorie oder Erklärungstheorie ?, in : Forstmoser/Honsell/Wiegand (édit.), Richterlicher Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Berne 2005, 335 ss

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge ; Simulation, Art. 18 OR, Zürcher Kommentar, 4^e éd., Zurich 2015 (cité : ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN)

JOACHIM WILLI E., The « Reasonable Man », in : United States and German Commercial Law, 1 Comparative Law Yearbook of International Business, vol. 15, Alphen aan den Rijn 1992, 341 ss

KRAMER ERNST A., Willenstheorie versus Erklärungstheorie bei der Vertragsinterpretation – die fragwürdige Renaissance eines epischen Theorienstreits, ZSR 2022, 393 ss

KOLLER ALFRED, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4^e éd., Berne 2017

LE BRUN DENIS, Essai sur la prestation des fautes, où l'on examine combien les lois romaines en distinguent d'espèces, Paris 1764

MALAURIE PHILIPPE/AYNÈS LAURENT/STOFFEL-MUNCK PHILIPPE, Droit des obligations, 13^e éd., Paris 2024

MARTIN ROBYN, A Feminist View of the Reasonable Man : An Alternative Approach to Liability, in : Negligence for Personal Injury, Anglo-American Law Review 23, 1994, 334 ss

MORÉTEAU OLIVIER, Basic Questions of Tort Law from a French Perspective, in : Koziol (édit.), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Vienne 2015, 3 ss (cité : Tort Law)

MORÉTEAU OLIVIER, Le standard de la diversité, in : Bussani/Graziadei (édit.), Human Diversity and the Law – La diversité humaine et le droit, Berne 2005, 71 ss (cité : Le standard)

MÜLLER CHRISTOPH, Art. 18 OR, in : Müller (édit.), Berner Kommentar, Art. 1-18 OR. Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berne 2018 (cité : BK OR-MÜLLER)

MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse – Présentation systématique des contrats les plus importants en pratique, Berne 2021 (cité : Contrats)

MÜLLER CHRISTOPH, La responsabilité civile extracontractuelle, 2^e éd., Bâle 2023 (cité : Responsabilité civile)

MÜLLER CHRISTOPH, Vertragsauslegung und Künstliche Intelligenz – Können Maschinen Verträge auslegen ?, AJP/PJA 12/2024, 1306 (cité : Künstliche Intelligenz)

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I : Allgemeiner Teil, 5^e éd., Zurich 1995

PAPAUX ALAIN, Enquête sur les fondements du droit pragmatique – Mythologie et Ontologie, Genève/Zurich 2023

POTHIER ROBERT-JOSEPH, Traité des fiefs, Traité des fiefs, des cens, relevoisons & champarts, de la garde-noble & bourgeoise, Œuvres posthumes, Tome I, Paris 1777

REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 6^e éd., Zurich 2024

SCHIPANI SANDRO, Responsabilità “ex lege Aquilia”: criteri di imputazione e problema della “culpa”, Turin 1969

SCHLANGER MARGO, Gender Matters : Teaching a Reasonable Woman Standard in Personal Injury Law, in : Saint Louis University Law Journal, 45/3, Saint Louis 2001, 769 ss

SCHMID JÖRG, Vertragshaftung und Vorausssehbarkeit des Schadens – Schweizerisches Obligationenrecht und Rechtsvergleichung, in : Wiegand/Koller/Walter (édit.), Tradition mit Weitsicht, FS für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Berne 2009, 663 ss

SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8^e éd., Berne 2020

SENN MISCHA CHARLES, Der “gedankenlose” Durchschnittsleser als normative Figur ?, *mediaLEX* 3/98, 150 ss

STEHLE BERNHARD, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, *recht* 06/2014, 257 ss

TAPPY DENIS, La différence entre fait et droit : principe et conséquences procédurales, in : Bohnet (édit.), Les faits en procédures civile, pénale et administrative, Bâle/Neuchâtel 2023, 93 ss

VOGENAUER STEFAN, Interpretation of Contracts : Concluding Comparative Observations, in : Burrows/Peel (édit.), *Contract Terms*, Oxford 2007

WEBER ROLF H./EMMENEGGER SUSAN, Art. 99 OR, in : Weber/Emmenegger (édit.), *Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR*, 2^e éd., Berne 2020 (cité : BK OR-WEBER/EMMENEGGER)

WEISZBERG GUILLAUME, le « Raisonnable » en droit du Commerce International, thèse Paris 2004

WESSNER PIERRE-ANDRÉ, La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux, thèse Neuchâtel 1981

WIDMER PIERRE/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Privatrechtliche Haftung, in : Weber/Münch (édit.), *Haftung und Versicherung*, 2^e éd., Bâle 2015

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/WIEGAND WOLFGANG, Art. 99 OR, in : Widmer Lüchinger/Oser (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, art. 99)

WIEDERKEHR RENÉ/PLÜSS KASPAR, *Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Berne 2020

WIEGAND WOLFGANG, Art. 18 OR, in : Widmer Lüchinger/Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-WIEGAND, art. 18)

WINIGER BÉNÉDICT, La responsabilité aquilienne romaine : *damnum iniuria datum*, Bâle 1997

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Einleitung vor Art. 1 ff., in : Widmer Lüchinger/Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Einl. vor Art. 1 ff.)

Alimentation sous influence : l'étiquetage comme outil de transparence ou d'illusion ?

par

Mélanie Levy

Professeure à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	115
II. Cadre normatif : la LDal et ses ordonnances.....	116
A. Généralités	116
B. Interdiction de la tromperie.....	118
C. Eléments constitutifs de l'information	119
1. Dénomination spécifique.....	120
2. Mentions obligatoires	121
3. Informations facultatives	122
4. Allégations nutritionnelles et de santé	126
D. Au-delà de l'information : les restrictions publicitaires	128
1. Principe.....	128
2. Boissons alcooliques	129
3. Préparations pour nourrissons	129
4. Asymétrie normative problématique.....	130
E. Mécanismes de contrôle	132
III. Cas d'application.....	134
A. Produits véganes : l'apparition du consommateur confus ?.....	134
1. Lait d'origine végétale.....	135
2. Viande d'origine végétale	137
3. Arrêt du TF 2C_26/2023 du 2 mai 2025	138

4. Confusion ou protection du marché ?	140
B. Affaire Nestlé Waters : quelle authenticité de l'eau minérale naturelle ?.....	141
C. Quid des alicaments ? Entre aliments et médicaments	144
1. Principe.....	144
2. Composition et effet.....	145
3. Présentation	147
V. Conclusion.....	149
Bibliographie	151

I. Introduction

1. Pourquoi peut-on librement vendre un « Fleischkäse », un produit qui ne contient pourtant jamais de fromage ? Pourquoi un « lapin au chocolat » est-il toléré sans susciter d'indignation, alors qu'il ne contient évidemment pas la moindre trace de chair animale ? Et pourquoi, à l'inverse, ne peut-on pas désigner un produit 100% végétal sous le nom de « planted.chicken », même lorsqu'il est clairement étiqueté comme « végane » ? Ces exemples, empruntés à la pratique alimentaire suisse, révèlent les contradictions et lignes de fracture dans la réglementation de l'étiquetage alimentaire. Le droit s'autorise parfois des souplesses lexicales profondément ancrées dans la tradition culinaire (comme pour le « Fleischkäse » ou les lapins de Pâques en chocolat), tout en imposant une rigueur extrême lorsqu'il s'agit d'alternatives végétales aux produits animaux.
2. Derrière ces incohérences apparentes se trouve une notion juridique centrale mais problématique : celle du « consommateur moyen ». Ce standard, censé représenter une personne raisonnablement attentive et informée, sert de boussole pour évaluer si une dénomination ou une allégation est trompeuse¹. Pourtant, son application semble fluctuante, au point de susciter des doutes sur les intérêts réellement protégés par le droit alimentaire : vise-t-il à éclairer le consommateur, à garantir l'équité du marché, ou à préserver certaines industries traditionnelles de la concurrence émergente ?
3. Par ailleurs, le devoir d'information des entreprises, qui constitue l'un des piliers de la protection du consommateur², peut paradoxalement devenir un vecteur de manipulation. Ce qui est présenté comme une information neutre, factuelle et objective – qu'il s'agisse de la dénomination d'un produit, de son étiquetage, de ses allégations nutritionnelles ou de santé – est bien souvent orienté par des stratégies commerciales³. L'information devient

¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE ET DES AFFAIRES VÉTÉRINAIRES (OSAV), Alternatives végétaliennes et végétariennes aux produits d'origine animale, Lettre d'information 2020/3.1, 3. Pour la notion du « consommateur moyen » plus généralement, cf. la contribution de HUG dans cet ouvrage.

² HUG, N 869 et 972 ss.

³ GALMICHE / DELERM / LEVY, 23 ss.

ainsi une mise en scène du produit, destinée à susciter des associations mentales positives, à encourager certaines représentations ou comportements alimentaires, et à orienter les choix de consommation dans une direction déterminée. Le consommateur moyen, supposé être rationnel et bien informé, devient alors vulnérable face à ces procédés subtils d'influence.

4. La figure du consommateur moyen elle-même mérite un regard critique. Il s'agit d'une fiction juridique, construite par la jurisprudence et la doctrine, censée refléter un standard comportemental. Mais cette fiction est à géométrie variable : ce qui est jugé compréhensible ou trompeur varie selon les produits concernés, les traditions culturelles ou les attentes du marché. Ainsi, un terme comme « Fleischkäse » ne serait pas trompeur car intégré dans la culture culinaire suisse, tandis que « planted.chicken » le serait, malgré des indications explicites sur la composition végétale. Cette variabilité fragilise la cohérence du droit et montre les limites d'un modèle normatif fondé sur une abstraction parfois déconnectée des réalités sociales et cognitives des consommateurs.
5. L'étiquetage, outil central d'information et de régulation, se trouve ainsi au cœur de tensions croissantes entre transparence, marketing, santé publique et durabilité. Il reflète les enjeux d'un système alimentaire en mutation et soulève des questions fondamentales sur la normativité, la protection des personnes vulnérables, et le rôle du droit dans la construction des choix alimentaires. Cette contribution propose d'explorer les promesses et les limites de l'étiquetage comme instrument juridique, à partir d'une lecture critique du droit suisse des denrées alimentaires et d'une série de cas concrets récents.

II. Cadre normatif : la LDal et ses ordonnances

A. Généralités

6. La Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAl)⁴ constitue la base du cadre réglementaire applicable aux

⁴ Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (Loi sur les denrées alimentaires, LDAl), du 20 juin 2014 (RS 817.0).

denrées alimentaires en Suisse⁵. La définition légale, à l'article 4 al. 1 LDAI, repose sur quatre éléments cumulatifs : il s'agit (i) de substances ou de produits (ii) transformés, partiellement transformés ou non transformés, (iii) destinés à être ingérés ou dont on peut raisonnablement attendre qu'ils le soient, (iv) par l'être humain. Cette définition permet d'inclure un large éventail de produits alimentaires, indépendamment de leur niveau de transformation.

7. Le troisième alinéa de l'article 4 LDAI énumère une série de produits expressément exclus de cette définition – tels que les médicaments, les produits cosmétiques ou les stupéfiants – afin d'éviter tout chevauchement avec d'autres régimes juridiques spécialisés⁶. Cette délimitation est déterminante, dès lors qu'elle conditionne le régime applicable en matière d'autorisation de mise sur le marché, d'exigences d'information, de restrictions publicitaires et de surveillance.
8. L'article 1^{er} LDAI énonce les quatre objectifs fondamentaux poursuivis par le législateur, lesquels structurent l'ensemble du dispositif normatif. La loi vise ainsi : (a) la protection de la santé du consommateur contre les risques sanitaires liés aux denrées alimentaires ; (b) la garantie de conditions d'hygiène adéquates tout au long de la chaîne alimentaire, traduisant une logique de prévention ; (c) la protection contre les tromperies, par une exigence d'information fidèle, véridique et non équivoque ; et (d) le respect du droit du consommateur à disposer des informations nécessaires pour effectuer ses choix de manière éclairée. Ces objectifs doivent guider l'interprétation et l'application des normes relatives à l'étiquetage, aux allégations et à la publicité.
9. Le cadre juridique imposé par la LDAI repose sur une double exigence : d'une part, la sécurité des denrées alimentaires (art. 7 LDAI) ; d'autre part, l'absence de tromperie (art. 18 LDAI). Contrairement aux médicaments, les denrées alimentaires ne font

⁵ REICHMUTH, 10 ; DONAUER, 32 ss.

⁶ Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh) du 15 décembre 2000 (RS 812.21) ; Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup) du 3 octobre 1951 (RS 812.121).

en principe pas l'objet d'une autorisation préalable de mise sur le marché. Ce choix réglementaire confère un rôle central à l'information fournie au consommateur et repose sur une hypothèse implicite : celle d'un consommateur « raisonnablement informé », apte à évoluer de manière autonome dans un environnement alimentaire à la fois dense et complexe.

10. L'application concrète de la LDAI repose sur un ensemble d'ordonnances d'exécution, au premier rang desquelles figure l'Ordonnance sur l'information concernant les denrées alimentaires (OIDAI)⁷. Celle-ci précise les exigences formelles d'étiquetage, les règles de dénomination des produits, ainsi que les conditions de licéité des allégations nutritionnelles et de santé. Ce cadre réglementaire repose à la fois sur une logique de standardisation normative (format, contenu, lisibilité de l'information) et sur un mécanisme de positivité, fondé notamment sur des listes limitatives d'allégations autorisées.
11. Enfin, le système suisse repose sur un mécanisme d'autocontrôle des entreprises (art. 26 LDAI), assorti d'un encadrement institutionnel exercé principalement par les autorités cantonales de surveillance, en particulier les chimistes cantonaux et les laboratoires d'analyse officiels⁸. Ces autorités sont responsables de la mise en œuvre effective des exigences prévues par la LDAI et ses ordonnances.

B. Interdiction de la tromperie

12. Le principe d'interdiction de la tromperie, consacré aux articles 18 LDAI et 12 de l'Ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAIUs)⁹, constitue l'un des piliers du droit alimentaire suisse¹⁰. Il impose que l'ensemble des informations relatives aux denrées alimentaires – qu'il s'agisse de leur

⁷ Ordonnance du DFI concernant l'information sur les denrées alimentaires (OIDAI) du 16 décembre 2016 (RS 817.022.16).

⁸ Pour l'exécution de la LDAI, cf. les articles 38 ss.

⁹ Ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels (ODAIUs) du 16 décembre 2016 (RS 817.02).

¹⁰ DONAUER/RASAJ/ÜLRICH.

dénomination, de leur étiquetage, des allégations ou de la publicité – soient conformes à la réalité (art. 18 al. 1 LDAI), qu'elles ne puissent induire le consommateur en erreur (art. 18 al. 2 LDAI), et qu'elles permettent une identification claire de la nature, de la composition et de l'origine du produit.

13. L'article 18 al. 3 LDAI précise les cas typiques de pratiques réputées trompeuses. Sont ainsi visés les présentations, étiquetages, emballages et publicités qui sont susceptibles d'induire le consommateur en erreur sur des éléments essentiels tels que la fabrication, la composition, la nature, le mode de production, la durée de conservation, le pays de production, l'origine des matières premières ou des composants, les effets annoncés ou encore la valeur particulière du produit.
14. L'objectif poursuivi par cette interdiction de la tromperie est de garantir que le consommateur ne soit pas abusé quant aux caractéristiques substantielles du produit. Cela implique une information intelligible, exacte et non équivoque. Toutefois, la norme juridique repose ici sur une construction abstraite : celle du consommateur « moyen », supposé être raisonnablement attentif, informé et critique¹¹. Cette fiction juridique soulève d'importantes limites pratiques, dès lors que la capacité réelle à décoder l'information alimentaire varie considérablement selon le niveau de littératie nutritionnelle, les contraintes temporelles du quotidien, ou encore la vulnérabilité sociale, économique ou cognitive de certains groupes de consommateurs¹².

C. Eléments constitutifs de l'information

15. Pour appréhender de manière systématique le régime juridique applicable à l'information des consommateurs dans le domaine alimentaire, il convient de distinguer quatre catégories principales, qui structurent la réglementation en la matière :

¹¹ OSAV, Alternatives végétaliennes et végétariennes aux produits d'origine animale, Lettre d'information 2020/3.1, 3.

¹² MENZEL BAKER/GENTRY/RITTENBURG, 128 ss.

- la **dénomination** du produit (art. 12 LDAI ; art. 12 ODAIOUs ; OIDA),
 - son **étiquetage** (art. 12, 13, 18 et 19 LDAI ; art. 12 et 36 ODAIOUs ; OIDA),
 - les **allégations nutritionnelles et de santé** (art. 13 LDAI ; art. 12 et 38 ODAIOUs ; art. 29 ss OIDA et annexes 13 et 14),
 - la publicité (art. 14, 18 et 19 LDAI ; art. 12, 41 et 43 ODAIOUs).
16. Chacune de ces dimensions mobilise un corpus normatif spécifique, principalement issu de la LDAI, de l’OIDA et de l’ODAIOS.
17. Ce dispositif est complété par plusieurs ordonnances thématiques, qui énoncent des règles particulières pour des catégories spécifiques de produits. Ainsi, l’Ordonnance du Département fédéral de l’intérieur (DFI) sur les denrées alimentaires destinées aux personnes ayant des besoins nutritionnels particuliers (OBNP)¹³ contient des dispositions détaillées concernant notamment les préparations pour nourrissons ou les substituts de repas. De même, l’Ordonnance sur les boissons¹⁴ encadre la dénomination, l’étiquetage et les exigences spécifiques applicables aux jus, sirops, eaux minérales et autres boissons. Ces textes, qui participent à la fragmentation du droit alimentaire, ne seront pas analysés en détail dans la présente contribution, laquelle se concentre sur les principes généraux gouvernant l’information du consommateur.

1. Dénomination spécifique

18. En vertu de l’article 6 al. 1 de l’OIDA, toute denrée alimentaire doit être désignée par sa dénomination spécifique, laquelle constitue l’un des éléments centraux de l’information à fournir au consommateur. L’annexe 1 chiffre 4 OIDA distingue trois formes possibles de dénomination spécifique :

¹³ Ordonnance du DFI sur les denrées alimentaires destinées aux personnes ayant des besoins nutritionnels particuliers (OBNP) du 16 décembre 2016 (RS 817.022.104).

¹⁴ Ordonnance du DFI sur les boissons du 16 décembre 2016 (RS 817.022.12).

- La dénomination légale (ch. 4.1), lorsqu'elle est expressément prévue par les dispositions législatives ou réglementaires applicables à la denrée concernée ;
 - Le nom usuel (ch. 4.2), c'est-à-dire l'appellation communément utilisée par les consommateurs pour désigner une denrée donnée, sans qu'une explication supplémentaire soit requise ;
 - Le nom descriptif (ch. 4.3), qui décrit la denrée alimentaire – et, le cas échéant, son usage – de manière suffisamment claire pour permettre au consommateur d'en comprendre la nature réelle et de la distinguer d'autres produits similaires avec lesquels elle pourrait être confondue.
19. La dénomination spécifique peut, en vertu de l'article 12 al. 3 LDAI, être complétée par d'autres désignations, à condition que celles-ci ne soient pas de nature à induire le consommateur en erreur. Cette articulation entre désignation principale et compléments d'appellation reflète la tension constante entre souplesse commerciale et exigence de transparence dans le droit alimentaire.

2. Mentions obligatoires

20. Les exigences minimales en matière d'étiquetage sont définies principalement aux articles 12 et 13 de la LDAI, ainsi que dans l'OIDAI. Elles visent à assurer que les consommateurs disposent, au moment de l'achat, d'une information standardisée, transparente et accessible sur les produits alimentaires commercialisés en Suisse¹⁵.
21. Conformément à l'article 12 al. 1 LDAI, toute denrée alimentaire préemballée doit porter, de manière lisible, sa dénomination spécifique, l'indication du pays de production ainsi que la liste de ses ingrédients. Ces mentions constituent le socle de l'information obligatoire. Par ailleurs, selon l'article 12 al. 5 LDAI, les mêmes informations doivent pouvoir être fournies, sur demande, pour les denrées alimentaires vendues en vrac.

¹⁵ WEBER, 125-149 ss ; cf. aussi, OSAV, Etiquetage des aliments, 2025.

22. L'article 13 al. 1 LDAI autorise le Conseil fédéral à prescrire d'autres indications obligatoires, notamment concernant : la durée et les conditions de conservation ; la provenance des matières premières ; les modes de production et de préparation ; les effets ou dangers particuliers liés à la consommation ; ou encore la valeur nutritive du produit. Ces exigences sont précisées dans les articles 3 à 5 OIDA, qui énumèrent les éléments devant impérativement figurer sur l'étiquetage.
23. L'article 3 al. 1 lettre n OIDA impose ainsi la déclaration nutritionnelle comme mention obligatoire. Celle-ci doit inclure, en vertu de l'article 22 OIDA, les informations suivantes : valeur énergétique, teneur en matières grasses, acides gras saturés, glucides, sucres, protéines et sel. Il est à noter que l'obligation de mentionner spécifiquement la teneur en sucres a été introduite récemment, en 2024, marquant une évolution significative du droit alimentaire dans une perspective de santé publique¹⁶. D'autres mentions peuvent être ajoutées sur une base volontaire, conformément à l'article 23 OIDA.
24. Toutefois, la seule exigence des mentions obligatoires ne garantit ni leur lisibilité ni leur intelligibilité. En pratique, de nombreux obstacles subsistent pour les consommateurs, en particulier les personnes à faible littératie nutritionnelle. Dans un contexte de surcharge informationnelle, la densité du contenu, la technicité du vocabulaire, l'agencement graphique ou la taille des caractères peuvent altérer la fonction informative de l'étiquetage, créant ainsi un écart entre accès à l'information et compréhension effective, notamment pour les groupes vulnérables.

3. Informations facultatives

25. Outre les mentions obligatoires, les producteurs disposent de la possibilité d'ajouter sur l'étiquetage de leurs produits diverses informations facultatives, telles que des labels environnementaux, des mentions éthiques ou des caractéristiques particulières de composition ou de fabrication. Cette faculté, bien qu'offrant un

¹⁶ RO 2024 7 ; SPIESS.

potentiel de valorisation commerciale, contribue à une forme d'inflation énonciative, dans laquelle la frontière entre communication publicitaire et information objective devient incertaine. Ce phénomène peut entraîner des effets de halo ou générer des illusions cognitives chez les consommateurs, compromettant la clarté du message¹⁷.

26. Le recours à des indications volontaires ne relève pas pour autant d'une zone de non-droit. L'article 39 OIDA en pose les deux principes structurants : d'une part, les mentions facultatives ne doivent pas nuire à la lisibilité ni à la visibilité des informations obligatoires ; d'autre part, lorsqu'elles relèvent d'une catégorie réglementée, elles doivent satisfaire aux exigences juridiques qui leur sont propres.
27. Le législateur a ainsi encadré plusieurs catégories d'informations volontaires, en particulier celles relatives aux préférences alimentaires, aux régimes particuliers ou à la reformulation des produits. L'article 40 OIDA précise les conditions d'usage des dénominations telles que « végétarien », « végétalien » ou « vegan ». Ces indications ne peuvent être utilisées que si la denrée alimentaire ne contient aucun ingrédient, ni auxiliaire technologique d'origine animale, sous réserve d'exceptions strictement encadrées (par ex. la présence de produits apicoles dans certaines variantes). Cette typologie vise à assurer la cohérence terminologique et à garantir la fiabilité de l'information délivrée aux consommateurs suivant un régime spécifique.
28. De manière similaire, l'article 41 OIDA encadre les mentions relatives à l'absence ou à la faible teneur en gluten. Seuls les produits respectant les seuils fixés (20 mg/kg pour « sans gluten », 100 mg/kg pour « très faible teneur en gluten ») peuvent porter ces indications. Des mentions complémentaires, telles que « convient aux personnes atteintes de la maladie cœliaque », sont également autorisées à certaines conditions.
29. L'article 42 OIDA fixe les conditions d'utilisation des termes « pauvre en lactose » et « sans lactose », en tenant compte à la fois des seuils nutritionnels et du type de produit concerné, y compris

¹⁷ GALMICHE/DELERM/LEVY, 23 ss.

les compléments alimentaires. L'article 42a OIDA1 introduit, quant à lui, une mention facultative signalant une réduction de teneur en sucre ou en sel, à condition que la diminution soit réelle, non compensée par d'autres substances, et que cette mention ne soit utilisée que durant une période limitée à douze mois.

30. Ces dispositions illustrent la volonté du législateur de concilier la liberté commerciale avec l'exigence de fiabilité de l'information. Même lorsqu'elle est volontaire, toute indication apposée sur un produit constitue un acte de communication juridiquement encadré, susceptible d'induire en erreur si elle est imprécise, ambiguë ou disproportionnée.
31. Au-delà de ces catégories réglementées, de nombreuses autres informations facultatives – souvent à visée marketing – continuent de fleurir : labels environnementaux, promesses de bien-être animal, allégations locales. Ces mentions demeurent soumises à l'exigence générale de véracité et de non-tromperie (art. 18 LDAI ; art. 12 ODAIOUs)¹⁸.
32. Le Nutri-Score en constitue un exemple emblématique. Ce système graphique d'étiquetage nutritionnel repose sur une échelle de A (vert) à E (rouge), destinée à simplifier l'information nutritionnelle grâce à un code couleur intuitif¹⁹. Conçu pour favoriser des choix plus sains, il offre une synthèse visuelle rapide de la qualité nutritionnelle globale du produit.
33. En Suisse, le Nutri-Score est utilisé de manière strictement facultative. Plusieurs grands groupes agroalimentaires (Emmi, Nestlé, Migros) l'ont adopté dans un premier temps, avant d'annoncer en 2024–2025 leur retrait progressif, invoquant des stratégies globales harmonisées ou une préférence pour d'autres systèmes d'évaluation²⁰.
34. Parallèlement, des démarches parlementaires ont été entreprises en Suisse pour encadrer l'usage volontaire du Nutri-Score. Une motion

¹⁸ Les appellations protégées (AOP, etc.) ne seront pas abordées ici, leur analyse juridique excédant le cadre de la présente contribution. Cf. par ex. PEONIDES, 460 ss.

¹⁹ JULIA/HERCBERG/WORLD HEALTH ORGANIZATION *et al.*, 712 ss ; ANDREEVA *et al.*, 76 ss.

²⁰ LE TEMPS, Nestlé retire le Nutri-Score de ses produits suisses, 16 mai 2025.

(23.3018, *Mettre un terme à l'emploi problématique du Nutri-score*)²¹ a ainsi été transmise au Conseil fédéral, demandant que le caractère strictement facultatif de ce système d'étiquetage nutritionnel soit confirmé et que son utilisation soit subordonnée à des conditions claires, notamment pour éviter les risques de tromperie ou de confusion. Cette évolution s'inscrit dans un contexte plus large de réticence politique : au niveau de l'Union européenne également, l'idée initiale d'introduire un étiquetage nutritionnel obligatoire harmonisé (comme le Nutri-Score) a été progressivement abandonnée, face aux divergences entre Etats membres et aux pressions exercées par certaines industries agroalimentaires²².

35. Le Nutri-Score reste donc pour l'instant un outil d'information nutritionnelle facultatif, dont l'usage soulève des tensions croissantes entre objectifs de santé publique, impératifs de clarté pour le consommateur et intérêts économiques.
36. En réaction, le canton de Genève a exprimé son intention de rendre le Nutri-Score obligatoire à l'échelle cantonale²³. Selon les informations communiquées, il s'agirait d'apposer le Nutri-Score non pas sur les emballages mais au niveau des étagères dans les magasins. Cette initiative soulève des questions importantes concernant la répartition des compétences entre Confédération et cantons en matière de droit alimentaire, en combinaison notamment avec le principe d'harmonisation du marché intérieur.
37. D'un point de vue normatif, cette dynamique illustre les limites d'un dispositif purement volontaire dans un marché où les intérêts économiques l'emportent souvent sur les considérations de santé publique. L'initiative genevoise peut être lue comme un acte politique de résistance ou une innovation en matière de protection des consommateurs, visant à maintenir un outil perçu comme efficace pour l'information nutritionnelle des consommateurs. Elle

²¹ CSEC, Motion 23.3018, Mettre un terme à l'emploi problématique du Nutri-score, déposée le 21 février 2023.

²² JULIA/GOKANI/HERCBERG/GARDE, 239 ss.

²³ RTS, Genève veut rendre l'affichage du Nutri-Score obligatoire, publié le 21 mars 2025. Le 10 septembre 2025, le Conseil d'Etat a pris position sur cette démarche. Il recommande au Grand Conseil de rejeter la motion visant à rendre le Nutri-Score obligatoire au niveau cantonal. Cf. Swissinfo, GE : le Conseil d'Etat ne veut pas d'un Nutri-Score obligatoire, publié le 10 septembre 2025.

pose aussi la question du rôle des cantons comme acteurs de la régulation alimentaire.

4. Allégations nutritionnelles et de santé

38. L'encadrement juridique des allégations nutritionnelles et de santé (souvent désignées sous le terme de « health claims »)²⁴ est particulièrement dense, en raison de leur fort pouvoir d'influence sur les comportements de consommation.
39. A l'intersection du droit de la santé et du droit de la consommation, ces allégations visent à mettre en valeur certaines qualités d'un produit tout en évitant de créer une confusion avec les médicaments ou d'induire le public en erreur. Elles incluent par exemple des allégations nutritionnelles telles que « riche en fibres », « pauvre en sel », « source d'oméga-3 » ou « à teneur réduite en sucres », ainsi que des allégations de santé telles que « le calcium est nécessaire au maintien d'une ossature normale » ou « les stérols végétaux contribuent au maintien d'un taux normal de cholestérol sanguin ». Apposés de manière visible sur les emballages ou relayés dans la publicité, ces messages jouent un rôle décisif dans la perception qu'ont les consommateurs des bénéfices nutritionnels ou sanitaires d'un aliment.
40. La base légale de ce régime se trouve à l'article 13 al. 4 let. a LDAI, qui confère au Conseil fédéral la compétence de réglementer l'admissibilité de telles allégations. L'article 12 al. 2 let. c et d ODAIOUs interdit explicitement toute mention prêtant à une denrée alimentaire des propriétés de prévention, de traitement ou de guérison d'une maladie humaine, ou suggérant qu'il s'agirait d'un produit thérapeutique²⁵.
41. Toutefois, des exceptions sont prévues. Sont notamment autorisées, en vertu de l'article 12 al. 2 let. c ODAIOUs, les mentions relatives aux effets nutritionnels ou physiologiques de certaines substances, telles que les vitamines et les sels minéraux ajoutés dans

²⁴ PUGATSCH, 93 ss.

²⁵ Cf. par ex. ATF 127 II 91 pour un cas impliquant la vache suisse « Lovely » et le slogan « Le lait donne des os solides ».

une optique de santé publique (article 12 al. 2 let. c ch. 1 ; voir aussi art. 25 ODAIOUs). Les allégations nutritionnelles ou de santé (article 12 al. 2 let. c ch. 2 ; voir aussi art. 38 ODAIOUs) sont également admises.

42. Les 12 al. 3 et 38 al. 1 ODAIOUs précisent que c'est le DFI qui détermine les allégations nutritionnelles et de santé qui peuvent être employées. De plus, l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (OSAV) peut autoriser des allégations de santé non listées, à condition que des preuves scientifiques généralement reconnues démontrent l'effet allégué et que le consommateur ne soit pas induit en erreur (art. 38 al. 2 let. a et b ODAIOUs).
43. La distinction entre allégations nutritionnelles (art. 29 ss OIDA) et allégations de santé (art. 31 ss OIDA) est centrale. Les premières se rapportent aux propriétés nutritionnelles bénéfiques particulières et positives d'un produit, comme une faible teneur en sucre ou une richesse en fibres. L'article 29 al. 1 OIDA prévoit une définition large des allégations nutritionnelles, en y incluant « des allégations sous forme de message ou de représentation, y compris des éléments graphiques ou des symboles, quelle qu'en soit la forme, qui affirment, suggèrent ou impliquent qu'une denrée alimentaire possède des propriétés nutritionnelles bénéfiques particulières et positives ». Les allégations nutritionnelles ne sont autorisées que si elles figurent à l'annexe 13 OIDA contenant une liste détaillée.
44. Au sens de l'article 31 al. 1 OIDA, les allégations de santé sont « des allégations sous forme de message ou de représentation, y compris des éléments graphiques ou des symboles quelle qu'en soit la forme, qui affirment, suggèrent ou impliquent l'existence d'une relation entre, d'une part, une catégorie de denrées alimentaires, une denrée alimentaire ou l'un de ses composants et, d'autre part, la santé ».
45. L'article 31 al. 4 OIDA précise que les allégations de santé « doivent faire référence au rôle joué par le nutriment ou la substance dans la croissance, le développement et les fonctions de l'organisme, ou à ses fonctions psychologiques et comportementales ou à l'amaigrissement ou au contrôle du poids, à la réduction de la sensation de faim, à l'accentuation de la sensation de satiété ou à la réduction de la valeur énergétique du régime alimentaire ».

46. Les allégations de santé sont encadrées par des conditions strictes (art. 34 OIDA) et ne sont admises que si elles apparaissent à l'annexe 14 OIDA, contenant une liste détaillée, ou font l'objet d'une autorisation spéciale de l'OSAV.
47. Le processus d'autorisation d'une nouvelle allégation de santé repose sur un dossier scientifique rigoureux, comprenant notamment une revue des études probantes, une formulation trilingue de l'allégation proposée, et des indications claires sur les conditions d'usage (art. 32 OIDA). L'OSAV ne délivre l'autorisation que si l'ensemble des critères fixés à l'article 38 al. 2 ODAIOUs sont remplis (article 33 OIDA).
48. Des dispositions supplémentaires visent à garantir la compréhensibilité, la vérifiabilité et la pertinence des allégations nutritionnelles et de santé (art. 35 OIDA). Elles doivent notamment être justifiées scientifiquement, formulées de manière claire et ne pas induire une consommation excessive ou des craintes injustifiées.
49. Ce modèle de régulation par listes, et, dans certains cas d'autorisations, vise à protéger les consommateurs tout en permettant aux acteurs économiques de promouvoir des qualités nutritionnelles et sanitaires objectivement vérifiables.

D. Au-delà de l'information : les restrictions publicitaires

1. Principe

50. Si le droit des denrées alimentaires consacre un principe de transparence à travers l'exigence d'information loyale (dénomination, étiquetage, allégations), le domaine de la publicité reste en comparaison largement libéralisé. Le législateur suisse applique ici une logique fondée sur la liberté économique, et la notion de consommateur vulnérable s'y trouve notablement affaiblie. En dehors de l'interdiction générale de la tromperie, très peu de restrictions spécifiques viennent encadrer la publicité alimentaire, même pour des produits dont l'impact sur la santé publique est bien documenté.

51. Conformément aux articles 18 et 19 LDAI ainsi qu'à l'article 12 ODAIOUs, toute publicité doit être conforme à la réalité et ne pas induire en erreur. Elle ne doit ni attribuer à une denrée des effets ou propriétés qu'elle ne possède pas, ni suggérer qu'une alimentation équilibrée ne suffit pas à couvrir les besoins nutritionnels. Cette norme générale, fondée sur la loyauté commerciale, reste cependant relativement ouverte à interprétation et à des pratiques de marketing suggestives.
52. Le législateur a toutefois prévu deux domaines spécifiques dans lesquels des restrictions publicitaires s'appliquent : les boissons alcooliques et les préparations pour nourrissons.

2. Boissons alcooliques

53. L'article 14 LDAI ainsi que l'article 43 ODAIOUs interdisent toute publicité pour des boissons alcooliques s'adressant spécialement aux jeunes de moins de 18 ans. Cette interdiction s'étend aux lieux, publications, objets et supports principalement destinés aux jeunes, ainsi qu'à toute présentation visuelle ou message susceptible de viser spécifiquement ce public. Il s'agit là d'une mesure de protection ciblée, fondée sur la vulnérabilité des jeunes face aux risques de consommation d'alcool²⁶.

3. Préparations pour nourrissons

54. L'article 41 ODAIOUs encadre strictement la publicité pour les préparations pour nourrissons (stade I). Celle-ci est limitée aux publications scientifiques ou spécialisées en puériculture et ne peut contenir que des informations factuelles et scientifiques. Toute suggestion selon laquelle le biberon serait équivalent ou supérieur à l'allaitement est expressément interdite. De plus, les pratiques promotionnelles directes (échantillons gratuits, bons de réduction, offres spéciales) sont prohibées, y compris via les institutions de santé. L'interdiction reflète ici une logique de santé publique visant

²⁶ OFDF, Guide de la publicité pour les boissons spiritueuses : Limitation de la publicité pour les boissons spiritueuses, 2024, 45 ss.

à protéger l'allaitement maternel comme norme nutritionnelle prioritaire.

55. Toutefois, cette réglementation ne s'applique pas aux préparations de suite (stade II), qui s'adressent aux nourrissons à partir de 6 mois ou aux enfants en bas âge. L'OBNP, notamment à ses articles 5 et 12, distingue ces deux types de produits. En pratique, ils sont souvent présentés côte à côte dans les rayons des magasins, avec des emballages similaires, rendant la distinction peu visible pour les consommateurs.
56. Ce régime différencié fait l'objet de critiques, notamment sur le plan politique. Ainsi, la motion parlementaire 23.4273 intitulée « Aliments commerciaux pour nourrissons. Contournement de l'interdiction de la publicité »²⁷ a attiré l'attention sur les pratiques commerciales consistant à promouvoir les préparations de suite comme un substitut indirect aux préparations pour nourrissons. Le texte dénonce un contournement de l'esprit de la loi et appelle à un renforcement de l'encadrement publicitaire pour l'ensemble des produits destinés à l'alimentation infantile.

4. Asymétrie normative problématique

57. La comparaison entre l'encadrement rigoureux de l'information obligatoire (dénomination, étiquetage, allégations) et la relative liberté laissée à la publicité met en lumière une asymétrie normative préoccupante. Alors que le droit exige l'absence de tromperie, il tolère, dans le domaine publicitaire, des pratiques discursives plus suggestives, émotionnelles, voire manipulatrices, qui échappent largement au contrôle juridique (pour les mécanismes de contrôle, N 60 ss). La figure du consommateur moyen, si centrale dans l'analyse de la tromperie semble ici reléguée au second plan. Or, c'est précisément dans le champ de la publicité que les mécanismes d'influence sont les plus puissants, notamment sur les publics vulnérables comme les enfants, les jeunes ou les parents nouvellement exposés aux messages nutritionnels.

²⁷ CSEC, Motion 23.4273, Aliments commerciaux pour nourrissons. Contournement de l'interdiction de la publicité, déposée le 29 septembre 2023

58. L'absence d'un cadre protecteur cohérent renforce le risque de confusion et d'inégalité entre consommateurs, d'autant plus que les frontières entre information et publicité sont de plus en plus floues dans la pratique commerciale contemporaine (packaging, storytelling de marque, réseaux sociaux, placements de produits, etc.). L'exception introduite en faveur des préparations pour nourrissons montre qu'un encadrement plus strict est juridiquement possible lorsqu'un impératif de santé publique est reconnu. Elle soulève dès lors la question de savoir pourquoi des produits comme les aliments ultra-transformés, les snacks et boissons sucrés ou les boissons énergétiques, dont l'impact sur la santé est documenté²⁸, échappent à des restrictions comparables.
59. A cet égard, une révision de la LDAI est annoncée depuis plusieurs années, avec l'objectif de restreindre la publicité visant les enfants et les jeunes pour les produits alimentaires dits malsains – trop sucrés, trop gras, trop salés²⁹. Cette réforme s'inscrit dans une tendance internationale, plusieurs pays ayant déjà adopté des limitations ciblées du marketing destiné aux publics vulnérables³⁰. En Suisse, cependant, ce projet de révision, initialement attendu pour l'automne 2024, tarde à se concrétiser. Certains observateurs redoutent qu'il ait été discrètement relégué dans un tiroir, en raison de démarches de lobbying actives de la part de l'industrie agroalimentaire³¹. Ce blocage politique illustre les tensions persistantes entre objectifs de santé publique et intérêts économiques, et renforce l'urgence d'une réflexion normative plus cohérente et volontariste sur la publicité alimentaire.
60. Cette asymétrie révèle les limites d'un modèle fondé sur la seule interdiction de la tromperie, sans prise en compte du pouvoir persuasif des messages ni des inégalités structurelles entre les producteurs et les consommateurs. Elle invite à repenser le rôle du droit dans l'encadrement de la publicité alimentaire, non seulement pour prévenir la désinformation, mais aussi pour promouvoir un

²⁸ UNICEF, *Alimenter les profits : comment les environnements alimentaires compromettent l'avenir des enfants*, Rapport sur la nutrition des enfants, 2025.

²⁹ OSAV, *Marketing et publicité*, 2023.

³⁰ CURY/CAMPARIM, 88 ss.

³¹ JULIA/GOKANI/HERCBERG/GARDE, 239 ss.

environnement alimentaire plus juste, transparent et propice à des choix éclairés.

E. Mécanismes de contrôle

61. Le système suisse de contrôle des denrées alimentaires repose sur une articulation entre responsabilité privée et surveillance publique³². En premier lieu, l'article 26 LDAI impose aux entreprises une obligation d'autocontrôle. Chaque exploitant du secteur alimentaire est ainsi tenu de garantir la conformité de ses produits avec la législation applicable, notamment en matière d'hygiène, d'étiquetage et de sécurité. Cette responsabilité implique également un devoir de traçabilité et de documentation interne. L'article 29 LDAI renforce cette logique en consacrant un devoir général d'assistance et d'information à l'égard des autorités : les exploitants doivent fournir, sur demande, toutes les informations pertinentes et faciliter l'accès aux locaux ou installations. Ces obligations sont précisées et complétées aux articles 73 et suivants de l'ODAIUOs, qui détaillent les modalités pratiques de l'autocontrôle, de l'échantillonnage et de la communication des résultats.
62. En parallèle, le législateur a mis en place une structure de surveillance à deux niveaux. La Confédération, à travers l'OSAV, assume une fonction de coordination et d'harmonisation à l'échelle nationale (art. 38 ss LDAI). Elle édicte les prescriptions d'exécution, soutient les laboratoires officiels, et supervise les activités de contrôle des cantons. Ces derniers sont les premiers responsables de l'exécution de la LDAI sur le terrain (art. 47 ss LDAI). Ils assurent le contrôle effectif des denrées alimentaires et des objets usuels à l'intérieur de leur territoire, en particulier par l'intermédiaire des chimistes cantonaux³³. Ces autorités disposent d'un pouvoir d'inspection, de prélèvement d'échantillons et de sanction, afin de

³² OSAV, Responsabilité en matière de sécurité des aliments et des objets usuels, 2024.

³³ Pour le canton de Neuchâtel, cf. la Loi d'application de la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 5 décembre 2018 (LA-LDAI ; RSN 806.0). Pour le canton de Genève, cf. la Loi d'application de la législation fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 13 septembre 2019 (LaLDAI ; RSGE K 5 02). Pour tous les cantons suisses, cf. www.kantonschemiker.ch (consulté le 06.10.2025).

garantir le respect des normes légales et de réagir en cas de non-conformité ou de tromperie. Cette double structure, articulante autocontrôle entrepreneurial et contrôle public, vise à assurer un haut niveau de protection de la santé et de la loyauté commerciale sur l'ensemble du territoire.

63. En marge de ces mécanismes étatiques, il convient de mentionner le rôle de la Commission Suisse pour la Loyauté (CSL)³⁴. Cette instance d'autorégulation, issue de la branche de la communication, se présente comme neutre et indépendante. Elle a pour mission de veiller au respect des principes de loyauté dans la publicité, y compris dans le secteur alimentaire. Composée de manière paritaire, la CSL ne dispose pas d'un pouvoir décisionnel contraignant³⁵. Elle adopte des recommandations, dans un objectif de régulation préventive et persuasive, visant à influencer les pratiques publicitaires futures.
64. L'idée centrale est que les acteurs concernés – agences, entreprises, distributeurs – s'y conforment volontairement, afin d'éviter des plaintes formelles ou des poursuites devant les autorités judiciaires ou administratives compétentes. A ce titre, la CSL a récemment développé une jurisprudence émergente en matière de « greenwashing » dans la publicité³⁶, en particulier pour les produits d'origine animale ou les produits prétendument durables³⁷. Elle a également été saisie de plaintes concernant la publicité pour la viande et les mentions liées au bien-être animal³⁸, illustrant son rôle croissant dans les débats normatifs sur les formes contemporaines de communication commerciale.

³⁴ Commission Suisse pour la Loyauté, cf. <https://www.faire-werbung.ch/fr/> (consulté le 06.10.2025).

³⁵ En ce sens, par ex. TF 1P.443/2004 du 5 novembre 2004, consid. 2.2.

³⁶ De plus, la CSL a publié une Directive concernant la communication commerciale en relation avec l'environnement / avec des arguments environnementaux du 22 novembre 2023. Cette Directive précise les obligations de clarté et de véracité en matière de publicité.

³⁷ Cf. les décisions de la CSL : <https://www.faire-werbung.ch/fr/decisions/>.

³⁸ Eg., CSL, Recours n° 217/23 (Légitimation passive – Article sponsorisé « Les trois plus grands mythes autour de la viande ») ; CSL, Recours n° 145/25 (Tierwohl – Plakat « Bisch parat für BIG TIME ? »).

III. Cas d'application

65. Avant d'aborder les cas concrets d'application, il convient de souligner que les règles concernant l'information, aussi précises soient-elles dans leur formulation, ne prennent tout leur sens qu'à l'épreuve des produits et des stratégies de communication développées sur le marché. C'est dans la confrontation entre normes abstraites et pratiques commerciales spécifiques que se révèlent les tensions et les contournements qui peuvent se produire dans ce domaine. A cet égard, l'analyse de situations emblématiques permet de mettre en lumière les subtilités d'interprétation des règles juridiques en vigueur, ainsi que les limites du cadre normatif face à l'évolution des techniques de marketing, des préférences de consommation et des attentes sociétales.
66. Trois cas seront ici examinés : les produits véganes et les risques de confusion pour le consommateur, l'affaire Nestlé Waters et la notion d'authenticité dans l'étiquetage de l'eau minérale, ainsi que les alicaments, à l'interface entre denrée alimentaire et produit thérapeutique.

A. Produits véganes : l'apparition du consommateur confus ?

67. Les produits d'origine végétale connaissent une croissance soutenue sur les marchés alimentaires mondiaux, répondant à des préoccupations croissantes en matière de santé, d'environnement et de bien-être animal³⁹. En Suisse, cette dynamique se reflète également par l'émergence de nombreuses startups innovantes, qui développent des alternatives végétales aux aliments traditionnels d'origine animale (laits végétaux, substituts de viande, fauxmages, etc.). Toutefois, la dénomination commerciale et l'étiquetage de ces produits suscitent des controverses juridiques croissantes, en raison du risque de confusion qu'ils peuvent entretenir avec les produits d'origine animale auxquels ils se substituent⁴⁰.
68. Dans ce contexte, la protection contre la tromperie (art. 18 LDAI ; art. 12 ODAIOU) joue un rôle central. Le respect de la vérité de

³⁹ McCLEMENTS/GROSSMANN.

⁴⁰ PISANELLO/FERRARIS, 170 ss ; SEEHAFFER/BARTELS, 323 ss.

L'information, l'intelligibilité et l'absence d'ambiguïté constituent des exigences fondamentales de l'information délivrée au consommateur. L'article 19 LDAI, spécifiquement consacré à l'imitation et à la confusion, impose que l'étiquetage et la publicité des produits succédanés ou d'imitation soient conçus de manière à permettre au consommateur de reconnaître le type de denrée alimentaire concerné et de ne pas la confondre avec un produit d'origine différente. Cette disposition vise expressément les cas dans lesquels un produit végétal reprend la forme, le nom ou la présentation d'un produit animal traditionnel, par exemple un steak végétal, un lait d'avoine ou un fromage à base de noix.

69. Le cadre juridique suisse se distingue également par une réglementation plus stricte de certaines dénominations. L'article 14 al. 1 de l'ODAIUOs confère au DFI la compétence de définir des dénominations spécifiques pour certaines catégories de denrées alimentaires et de fixer les exigences contraignantes relatives à leur usage. Conformément à l'article 14 al. 2 ODAIUOs, une denrée alimentaire ne peut utiliser une dénomination protégée que si elle satisfait pleinement aux spécifications légales afférentes. Cette règle est appliquée avec une rigueur particulière pour les produits d'origine animale, avec quelques rares exceptions.

1. Lait d'origine végétale

70. Conformément à l'Ordonnance du DFI sur les denrées alimentaires d'origine animale (ODAIAn)⁴¹, le terme « lait » désigne exclusivement le produit de la sécrétion mammaire normale d'un ou de plusieurs animaux appartenant à la classe des mammifères, obtenu par une ou plusieurs traites (art. 32 al. 1 ODAIAn). De même, le « fromage » est défini à l'article 50 al. 1 ODAIAn comme un produit dérivé du lait, obtenu par séparation du petit-lait au moyen de présure, d'autres agents coagulants ou de procédés équivalents, et susceptible d'être soumis à un traitement ou à un affinage, selon le type de fromage concerné.

⁴¹ Ordonnance ODAIAn du 16 décembre 2016.

71. Sur la base de ces définitions, les dénominations telles que « lait d'avoine » ou « fromage végétalien » ne sont pas autorisées⁴². Le droit suisse impose l'utilisation de termes alternatifs, comme « boisson à base de soja », « boisson d'avoine » ou « rice drink », précisément pour éviter toute confusion avec les produits laitiers d'origine animale et assurer la clarté de l'information pour les consommateurs.
72. Toutefois, certaines exceptions existent, fondées sur des usages traditionnels ou culturels bien établis, en vertu de l'article 14 al. 2 ODAIOUs. Ces exceptions s'appuient notamment sur la liste d'exemptions reconnues au niveau de l'Union européenne (art. 14 al. 2 let. a ODAIOUs), à laquelle la Suisse s'aligne dans une logique d'harmonisation⁴³. Depuis le 1^{er} juillet 2020, des dénominations historiquement ancrées ou clairement comprises par le public peuvent être admises, même si elles contreviennent, en principe, à la règle d'exclusivité des termes réservés.
73. À titre d'exemple, « lait d'amande » est autorisé dans l'espace francophone, en raison de son usage ancien et largement compris, tout comme « latte di mandorla » en italien. En revanche, son équivalent allemand « Mandelmilch » ne figure pas sur la liste autorisée. Une tendance similaire se dessine avec « Erdnussbutter » en allemand et « beurre de cacahuète » en français, tous deux autorisés, alors qu'il n'existe pas d'équivalent en italien.
74. Cette situation illustre de manière frappante les tensions linguistiques et normatives propres au contexte suisse, marqué par la coexistence de quatre langues officielles (allemand, français, italien, romanche). L'exemple du « lait d'amande » met en lumière une disparité d'interprétation fondée sur la langue : comment justifier juridiquement que les consommateurs francophones ou italophones sont présumés capables de comprendre qu'un produit n'est pas d'origine animale, tandis que les germanophones ne le seraient pas ? Cette asymétrie interroge non seulement la cohérence du régime d'étiquetage, mais également le principe d'égalité de

⁴² OSAV, Lettre d'information 2020/3.1.

⁴³ Règlement (UE) n° 1169/2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires.

traitement linguistique, dans un pays où le droit alimentaire est censé s'appliquer uniformément à l'ensemble du marché intérieur.

2. Viande d'origine végétale

75. Des questions juridiques similaires se posent pour des produits de substitution à la viande. L'ODAIAn définit la viande comme toutes les parties comestibles des animaux appartenant aux espèces énumérées à l'art. 2, let. a à f.
76. Pour les substituts de viande d'origine végétale, il est interdit de faire référence à une espèce animale dans le nom du produit, même avec un qualificatif explicite tel que « végétalien » ou « végétalien » (par ex. « filet de bœuf végétalien » ou « saucisse de veau au soja »)⁴⁴. Cependant, certains termes génériques non spécifiques à un animal, tels que filet, steak, escalope, brochette, viande hachée, hamburger ou saucisse, peuvent être utilisés pour des alternatives végétariennes ou végétaliennes, à condition que l'origine végétale soit indiquée (par exemple, « escalope au soja »)⁴⁵.
77. Les appellations réservées à certaines préparations de viande sont énumérées de manière exhaustive à l'article 9 al. 4 de l'ODAIAn (par ex. « cervelas », « mortadelle », « jambon cru »). Elles ne peuvent être utilisées pour les produits d'origine végétale. En revanche, des termes similaires, mais phonétiquement ou orthographiquement distincts, tels que « Velami » ou « Veganaise », sont admissibles, à condition que le consommateur moyen puisse les distinguer de leurs équivalents d'origine animale⁴⁶.
78. Finalement, au-delà des exceptions mentionnées ci-dessus (N 72 ss), le DFI peut lui-même désigner des exceptions (art. 14 al. 2 let b ODAIOUs et annexe 5a OIDA). Actuellement, seul le terme « Fleischkäse » est répertorié. Cette appellation est d'un paradoxe frappant : signifiant littéralement « fromage de viande », elle désigne un produit composé exclusivement de viande, malgré la référence au fromage dans son nom. Cela illustre le caractère historiquement

⁴⁴ OSAV, Lettre d'information 2020/3.1, Alternatives végétaliennes et végétariennes aux produits d'origine animale, 2021.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

contingent de certains termes acceptés et souligne les contradictions réglementaires qui persistent dans le cadre des appellations protégées.

3. Arrêt du TF 2C_26/2023 du 2 mai 2025

79. L'affaire dite « planted.chicken » illustre les difficultés juridiques soulevées par l'utilisation, pour des produits d'origine végétale, de dénominations traditionnellement réservées à la viande⁴⁷.
80. « Planted Foods », aujourd'hui la plus grande start-up suisse dans le domaine des substituts végétaux de viande, commercialise depuis 2019 des produits tels que « planted.kebab », « planted.steak » ou « planted.chicken ». Cette entreprise zurichoise vise une reproduction gustative et texturale de la viande à base de protéines végétales.
81. Dès 2019, le Laboratoire cantonal de Zurich – en charge de la sécurité des aliments et de l'eau – s'est opposé à cette stratégie d'étiquetage, considérant que l'emploi de termes comme « chicken » ou « Guggeli » (poulet, en suisse allemand) pouvait être trompeur. Il a exigé de l'entreprise qu'elle cesse d'utiliser ces appellations. « Planted Foods » a contesté cette décision devant le Tribunal administratif du canton de Zurich, qui lui a donné raison en novembre 2022⁴⁸.
82. Dans son jugement, le Tribunal administratif zurichois a estimé que l'usage de noms associés à la viande animale pour désigner des substituts d'origine végétale n'était pas de nature à induire le consommateur en erreur, dès lors que les produits étaient clairement identifiés comme étant véganes⁴⁹.
83. Cette décision cantonale a été contestée au niveau fédéral. Le DFI a interjeté recours devant le Tribunal fédéral en janvier 2023. Il soutenait que l'étiquetage des substituts végétaux devait permettre

⁴⁷ Pour une analyse approfondie de cette décision, cf. BRYK/LEVY. Une affaire similaire décidée par la CJUE : CJUE, 4 octobre 2024, *Protéines France C-438/23* (ECLI:EU:C:2024:826).

⁴⁸ VG ZH, Décision VB.2022.00270, 10 novembre 2022.

⁴⁹ *Ibid.*

aux consommateurs de reconnaître sans équivoque le type de denrée concernée et d'éviter toute confusion avec les produits animaux.

84. Dans son arrêt du 2 mai 2025 (2C_26/2023), le Tribunal fédéral a admis le recours du DFI. Il a jugé que l'emploi de désignations renvoyant à une espèce animale pour des produits de substitution d'origine végétale constituait une infraction à l'article 18 LDAL relatif à l'interdiction de la tromperie⁵⁰.
85. Le Tribunal a rappelé que toute information relative à une denrée alimentaire devait être conforme à la réalité. En l'occurrence, le terme « poulet » renvoie sans ambiguïté à une volaille – c'est-à-dire à un animal. Utilisé pour désigner un produit exclusivement végétal, il induit le consommateur en erreur, même en présence d'une indication complémentaire du type « planted.chicken ».
86. Selon cette jurisprudence, les substituts végétaux de la viande ne peuvent donc pas être étiquetés à l'aide de noms d'espèces animales, même si ceux-ci sont accompagnés d'une mention signalant leur origine végétale.
87. Cette position, fondée sur une interprétation stricte de la protection contre la tromperie, suscite néanmoins des interrogations. En particulier, elle invite à s'interroger sur le type de consommateur que le droit cherche à protéger : s'agit-il du consommateur raisonnablement attentif, pleinement informé du contexte de l'offre, ou d'un consommateur vulnérable, potentiellement désorienté face à un marché en pleine mutation sémantique et alimentaire ?

⁵⁰ Au moment de la rédaction de la présente contribution, seuls le prononcé oral et le résumé de la décision du TF, rendus en audience publique en mai 2025, sont disponibles. L'arrêt écrit, avec sa motivation complète et ses justifications détaillées, n'ayant pas encore été publié, la présente analyse s'appuie sur les arguments et indications donnés oralement par les juges lors de l'audience publique et dans le communiqué de presse du TF. Cf. TRIBUNAL FÉDÉRAL, Communiqué de presse du TF 2C_26/2023 du 2 mai 2025.

4. Confusion ou protection du marché ?

88. La décision du Tribunal fédéral révèle une tension structurelle au cœur du droit alimentaire contemporain. Elle illustre d'abord un conflit latent entre deux objectifs réglementaires : d'un côté, la volonté de garantir une information claire au consommateur pour éviter toute tromperie ou confusion ; de l'autre, l'application rigide de définitions techniques des termes « viande » ou « lait », souvent marquées par des logiques de protection sectorielle. L'interdiction d'utiliser des dénominations comme « planted.chicken » tranche de manière peu convaincante avec la tolérance générale accordée à des termes tels que « lapin en chocolat », que nul ne songerait à interpréter littéralement⁵¹. Ce paradoxe met en lumière l'élasticité du standard du « consommateur moyen », dont la compréhension semble dépendre du contexte culturel et des intérêts économiques en jeu, davantage que d'un risque réel de confusion⁵².
89. La décision soulève ensuite des interrogations plus larges sur la compatibilité du droit alimentaire avec les objectifs de durabilité. Les recommandations alimentaires suisses reconnaissent que les produits d'origine animale ont un impact environnemental plus élevé et encouragent une consommation modérée de viande, de poisson et de produits laitiers⁵³. A l'échelle européenne, la stratégie « De la ferme à la table » vise à rendre les systèmes alimentaires plus sains et durables, en appelant explicitement à un changement des habitudes de consommation pour des raisons sanitaires et écologiques⁵⁴. Dans ce contexte de crise climatique et de transition alimentaire promue par les politiques publiques, refuser aux produits végétaux des dénominations culinaires familières constitue un frein juridique à la promotion des régimes à base végétale. Loin d'encourager l'innovation et les choix favorables à l'environnement,

⁵¹ Cette critique a d'ailleurs été exprimée par un juge dissident lors des délibérations publiques du TF concernant l'affaire « planted.chicken » le 2 mai 2025.

⁵² GLECKEL, 2021 (12/2).

⁵³ OSAV, Recommandations nutritionnelles suisses, 2024.

⁵⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité Des Régions, Une stratégie « De la ferme à la table » pour un système alimentaire équitable, sain et respectueux de l'environnement, 2020.

une telle jurisprudence reconduit des catégories traditionnelles et compromet la lisibilité de l'information, en empêchant les produits véganes de se positionner de manière équitable sur le marché.

90. Les interdictions faites aux produits végétaux d'utiliser des dénominations issues du lexique des produits animaux – comme « lait » ou « poulet » – sont justifiées juridiquement par le principe de protection contre la tromperie. Pourtant, une lecture critique invite à s'interroger : s'agit-il véritablement de protéger le consommateur, ou plutôt de préserver les parts de marché des filières traditionnelles (produits laitiers, viande) face à l'émergence de produits alternatifs plus durables ?
91. Cette approche normative technique et rigide, fondée sur une interprétation littérale des termes et sur une conception fragile du consommateur « moyen », tend à freiner la visibilité des alternatives végétales. Elle pose également un problème au regard des objectifs de durabilité environnementale. Empêcher l'usage de termes parlants ou familiers pour désigner des produits d'origine végétale peut nuire à leur acceptabilité sociale et culturelle, et donc ralentir la transition écologique du système alimentaire.
92. Dans cette perspective, le droit de l'étiquetage gagnerait à intégrer une approche plus fonctionnelle et contextuelle, tenant compte des attentes des consommateurs, de l'évolution des pratiques alimentaires, et des impératifs de durabilité en vue d'une transition écologique dans le domaine des denrées alimentaires⁵⁵.

B. Affaire Nestlé Waters : quelle authenticité de l'eau minérale naturelle ?

93. Si les produits véganes illustrent les défis que pose l'innovation alimentaire à la classification juridique et à l'information loyale, d'autres produits plus traditionnels peuvent également soulever des controverses d'étiquetages, comme en témoigne un récent litige

⁵⁵ Cf. à ce sujet les recommandations nutritionnelles suisses publiées par l'OSAV, qui « se fondent sur une approche globale : la consommation d'aliments frais et variés, la promotion de la santé et la durabilité » : <https://www.blv.admin.ch/blv/fr/home/lebensmittel-und-ernaehrung/ernaehrung/empfehlungen-informationen/schweizer-ernaehrungsempfehlungen.html> (consulté le 06.10.2025).

concernant la dénomination « eau minérale naturelle » utilisée par Nestlé Waters. Ce second cas permet de souligner que la question de la tromperie potentielle ne concerne pas uniquement les nouveaux aliments, mais traverse l'ensemble du droit alimentaire, quel que soit le type de denrée.

94. En juin 2020, lors d'un contrôle effectué par le chimiste cantonal vaudois, il a été constaté que l'entreprise Nestlé Waters avait recours à un traitement au charbon actif pour filtrer l'eau minérale commercialisée sous la marque « Henniez ». Or, conformément à l'Ordonnance du DFI sur les boissons, ce type de traitement est interdit pour les eaux minérales naturelles, qui ne peuvent être soumises qu'à des procédés très limités, précisément définis afin de garantir l'authenticité, la composition originelle et la stabilité microbiologique de l'eau. Le filtre en question n'a été retiré qu'à la fin de l'année 2022.
95. Ce n'est qu'en janvier 2024 que l'affaire a été rendue publique⁵⁶, révélant que, pendant une période significative, les consommateurs ont acquis un produit étiqueté comme « eau minérale naturelle » alors qu'il ne répondait pas aux exigences légales liées à cette appellation. Aucune information transparente n'a été communiquée au public pendant cette période.
96. Le 2 avril 2024, le chimiste cantonal a dénoncé l'affaire au Ministère public, reprochant à Nestlé Waters deux manquements principaux : d'une part, une violation de l'article 29 LDAI pour avoir omis de signaler aux autorités l'utilisation du filtre à charbon, et, d'autre part, une possible infraction à l'article 18 LDAI pour avoir potentiellement induit les consommateurs en erreur sur les caractéristiques réelles du produit⁵⁷.
97. A l'issue de l'instruction, le Procureur général du canton de Vaud a retenu que l'entreprise avait effectivement maintenu indûment l'étiquetage « eau minérale naturelle » sur ses bouteilles entre 2008 et 2022, alors que les traitements appliqués ne permettaient plus de

⁵⁶ RTS, Nestlé a utilisé des traitements interdits sur certaines de ses eaux minérales, publié le 29 janvier 2024.

⁵⁷ MINISTERE PUBLIC, Nestlé Waters (Suisse) SA : le Ministère public prononce une créance compensatrice de CHF 500'000.-, Communiqué de presse, 25 juin 2025.

répondre à cette définition légale⁵⁸. Il a conclu à une tromperie au sens de l'article 18 LDAL, l'entreprise ayant obtenu un avantage économique indu en tirant profit d'un positionnement de qualité protégé par le droit sans en respecter les conditions. En conséquence, sur la base des articles 70 et 71 du Code pénal, une créance compensatrice d'un montant de CHF 500'000.- a été prononcée à l'encontre de Nestlé Waters.

98. Dans la fixation de ce montant, le Ministère public a tenu compte de plusieurs éléments atténuants : l'absence de danger pour la santé des consommateurs (le traitement n'ayant pas altéré la potabilité de l'eau), et la coopération entière de la direction de l'entreprise tout au long de la procédure. Il n'en demeure pas moins que cette affaire illustre de manière exemplaire les enjeux juridiques liés à la véracité de l'étiquetage et à la confiance du public dans des appellations réglementées. Elle met en lumière le rôle essentiel des autorités cantonales de surveillance dans la détection des écarts, et la nécessité d'un encadrement effectif pour garantir que les règles en matière d'information ne soient pas vidées de leur portée au profit de logiques commerciales.
99. Ce cas souligne une fois encore la fonction ambivalente de l'information fournie sur les produits alimentaires. Sous couvert d'informer, certaines dénominations peuvent servir d'outils de positionnement marketing, destinés à évoquer qualité, naturalité, authenticité et santé, alors même que les caractéristiques du produit ne justifient pas de telles associations⁵⁹. Il montre aussi que la vigilance des autorités cantonales et le contrôle officiel sont essentiels pour garantir l'effectivité des règles en matière d'étiquetage, en particulier dans un contexte où les frontières entre information et persuasion commerciale tendent à s'estomper.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ GALMICHE/DELERM/LEVY, 23 ss.

C. Quid des alicaments ? Entre aliments et médicaments

1. Principe

100. Après les controverses liées à la dénomination de produits comme les laits végétaux ou l'eau minérale (cf. N 67 ss et N 93 ss), la question des alicaments met en lumière une autre zone grise du droit alimentaire. Il s'agit ici de produits qui, bien que commercialisés comme denrées alimentaires, revendiquent des bénéfices nutritionnels ou physiologiques proches de ceux associés aux médicaments. Cette hybridité rend leur qualification juridique particulièrement complexe⁶⁰.
101. Le terme « alicament », contraction d'aliment et de médicament, désigne des produits situés à l'interface entre nutrition et thérapie⁶¹. Leur encadrement juridique dépend d'une délimitation fine entre deux régimes normatifs distincts : celui du droit alimentaire et celui du droit pharmaceutique. La qualification du produit détermine le régime applicable en matière de mise sur le marché, de publicité, de surveillance et de responsabilité.
102. En droit suisse, la définition des denrées alimentaires est posée à l'article 4 al. 1 de la LDAI. Elle englobe toute substance destinée à être ingérée par l'être humain, transformée ou non, sans effet médical attendu. En revanche, les médicaments sont définis à l'article 4 al. 1 let. a de la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques (LPTh) comme : « les produits d'origine chimique ou biologique destinés à agir médicalement sur l'organisme humain ou animal, ou présentés comme tels, et servant notamment à diagnostiquer, à prévenir ou à traiter des maladies, des blessures et des handicaps ».
103. Cette définition repose sur trois critères cumulatifs : une origine chimique ou biologique, un effet médical sur l'organisme humain ou animal (réel ou simplement allégué), une finalité thérapeutique, diagnostique ou préventive.

⁶⁰ Cf. par ex. TF 2A.565/2000 du 8 mai 2001.

⁶¹ OSAV/OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE/SWISSMEDIC, Critères de délimitation entre produits thérapeutiques et denrées alimentaires pour les produits pris par voie orale, 2021 (3^e version) ; FUCHS, 4 ss ; WILDI/REGENFUSS, 103 ss.

104. L'élément central réside dans le mode d'action du produit, qui doit reposer, pour être qualifié de médicament, sur un effet pharmacologique, immunologique ou métabolique, en interaction directe avec les fonctions de l'organisme.
105. Pour déterminer si un produit doit être qualifié de denrée alimentaire ou de médicament, la pratique administrative et jurisprudentielle retient trois critères principaux⁶² :
 - la composition du produit (présence d'ingrédients actifs ou de doses thérapeutiques),
 - ses effets attendus sur le corps humain,
 - et surtout, l'usage prévu tel que perçu par le consommateur moyen.
106. Ce dernier critère inclut des éléments d'apparence et de communication : présentation visuelle, forme galénique (gélules, ampoules, comprimés), emballage, langage utilisé sur l'étiquetage ou dans la publicité, ainsi que canaux de distribution (grandes surfaces, pharmacies, vente en ligne, etc.)⁶³.

2. Composition et effet

107. Un exemple emblématique de produits à la frontière entre denrée alimentaire et médicament est celui des compléments alimentaires⁶⁴. Ces produits sont régis par l'Ordonnance du DFI sur les compléments alimentaires (OCAI)⁶⁵.
108. Selon l'article 1 OCAI, les compléments alimentaires sont définis comme des denrées alimentaires dont le but est de compléter le régime alimentaire normal. Ils constituent une source concentrée de vitamines, de sels minéraux ou d'autres substances ayant un effet nutritionnel ou physiologique, seuls ou combinés, et sont commercialisés sous forme de doses.

⁶² TF 2A.565/2000 du 8 mai 2001 ; 6B_979/2009 du 20 août 2009.

⁶³ TF 2A.565/2000 du 8 mai 2001 ; 6B_979/2009 du 20 août 2009.

⁶⁴ OSAV, Compléments alimentaires 2025.

⁶⁵ OCAI, du 16 décembre 2016.

109. Conformément à cette définition, les compléments alimentaires doivent être préemballés et proposés à l'absorption en petites quantités mesurées, sous formes galéniques variées (comprimés, capsules, poudres, solutions liquides, etc.) (art. 1 et 2 OCAI).
110. L'encadrement juridique repose sur une logique de listes positives. L'article 2 al. 3 let. a OCAI autorise uniquement les vitamines et sels minéraux figurant à l'annexe 1, partie A, aux conditions qui y sont définies (notamment les valeurs maximales admissibles). Pour d'autres substances actives, des conditions spécifiques d'utilisation sont prévues à l'annexe 1, partie B. Enfin, les formes autorisées de complexes nutritifs sont énumérées à l'annexe 2 OCAI.
111. Ainsi, tant que la composition du produit reste dans les limites fixées par l'OCAI, et que ses effets demeurent nutritionnels ou physiologiques, le produit peut être qualifié de denrée alimentaire et relève du régime juridique de la LDAI.
112. En revanche, dès lors que les seuils fixés sont dépassés ou que le produit contient une substance déployant un effet pharmacologique, immunologique ou métabolique, il bascule dans le champ des médicaments. Il est alors soumis à la LPTh et au régime strict d'autorisation prévu pour la mise sur le marché des médicaments (art. 9 ss LPTh) ainsi que des restrictions publicitaires dans ce contexte (art. 31 s LPTh).
113. En résumé, la qualification du produit repose sur deux critères cumulatifs :
 - la nature et la concentration des substances actives,
 - l'effet produit sur l'organisme humain, évalué à l'aune des critères du droit pharmaceutique.
114. Lorsque le produit se limite à des substances nutritionnelles ou physiologiques dans les valeurs prescrites, il est régi par la LDAI. Dès qu'un effet thérapeutique est en jeu, au sens de la LPTh, il est assimilé à un médicament, indépendamment de sa présentation commerciale.

3. Présentation

115. Une question centrale dans la qualification juridique des alicaments concerne non pas leur composition, mais leur présentation. En effet, indépendamment des substances qu'ils contiennent, certains produits peuvent être qualifiés de médicaments du seul fait de la manière dont ils sont présentés au public. La perception du consommateur moyen joue ici un rôle déterminant.
116. Comme les compléments alimentaires, tous les alicaments commercialisés comme denrées alimentaires sont en principe soumis aux règles de la LDAI en matière d'allégations nutritionnelles et de santé, présentées plus haut. En vertu de l'article 12 al. 2 let. c et d ODAIOUs, toute allégation évoquant un effet thérapeutique ou une action curative est interdite dans le cadre du droit alimentaire. Les produits ne doivent ni prétendre prévenir, diagnostiquer ou guérir des maladies, ni suggérer qu'ils sont des médicaments.
117. En pratique, cette ligne de démarcation est souvent franchie, notamment dans le marketing de produits positionnés comme alicaments ou compléments alimentaires plus spécifiquement. Le Tribunal fédéral a donc été amené à préciser la portée de la notion de médicament par présentation, développant une jurisprudence abondante à ce sujet⁶⁶. Selon l'article 4 al. 1 let. a LPTh, sont considérés comme médicaments non seulement les produits ayant une action médicale avérée, mais également ceux qui sont « présentés comme tels », c'est-à-dire susceptibles d'être perçus comme des médicaments par le consommateur moyen⁶⁷.

⁶⁶ Cf. par ex. ATF 138 IV 57 ; TF 2C_162/2019 du 26 février 2020.

⁶⁷ La doctrine utilise les terminologies de « médicament par fonction » et « médicament par présentation ». Selon HIRSIG-VOUILLOZ, l'on parle de médicament par fonction lorsqu'un produit contient une substance active qui agit objectivement sur l'organisme humain avec un effet pharmacologique ou thérapeutique. A l'inverse, un médicament par présentation est un produit présenté comme ayant des propriétés curatives ou préventives, indépendamment de sa composition réelle. Cette qualification vise à lutter contre la tromperie et à protéger les consommateurs : seul compte le message transmis par l'emballage, le mode d'emploi ou la publicité, et non l'effet réel du produit. Cf. HIRSIG-VOUILLOZ.

118. Dans l'arrêt de principe ATF 138 IV 57, le Tribunal fédéral affirme que :
- « Tout produit présenté à la vente comme médicament, mais qui, objectivement, n'en est pas un, relève néanmoins de la loi sur les produits thérapeutiques ».
119. Cette règle vise à éviter qu'un produit soit commercialisé comme médicament sans passer par la procédure d'autorisation de mise sur le marché requise auprès de Swissmedic (art. 9 ss LPTh)⁶⁸, simplement parce qu'il ne contiendrait pas de substances actives au sens strict. Le Tribunal précise que la présentation inclut notamment l'étiquetage, le conditionnement, la forme galénique et la publicité du produit⁶⁹.
120. Il en résulte que des produits qui ne remplissent pas objectivement les critères d'un médicament peuvent néanmoins être soumis à la LPTh, dès lors qu'ils sont présentés comme ayant un effet thérapeutique. Par conséquent, un aliment dont la présentation évoque ou suggère un bénéfice médical (par ex. : « stimule le système immunitaire », « soulage les douleurs articulaires », « réduit le taux de cholestérol ») doit être qualifié de médicament, soumis au régime d'autorisation préalable de Swissmedic (art. 9 ss LPTh), avec toutes les exigences que cela implique (notamment études cliniques, sécurité, traçabilité, surveillance post-commercialisation, etc.)⁷⁰. Les restrictions publicitaires s'imposant aux médicaments s'appliquent également dans ce contexte (art. 31 s LPTh).
121. Cette rigueur s'explique par la vulnérabilité particulière des consommateurs dans le domaine des produits à visée thérapeutique. Pour garantir un haut niveau de protection de la santé publique et des patients, c'est bien la logique de précaution propre au droit pharmaceutique qui prévaut. La présentation commerciale d'un produit ne saurait contourner les exigences fondamentales de la LPTh.

⁶⁸ Cf. <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/fr/home/medicaments-a-usage-humain/authorisations.html> (consulté le 06.10.2025).

⁶⁹ Cf. ég. TF 2C_162/2019 du 26 février 2020 (sujet : étiquetage et publicité pour un complément alimentaire). FUCHS, 219 ss.

⁷⁰ Cf. les articles 8 ss LPTh.

V. Conclusion

122. L'étiquetage alimentaire occupe une place stratégique à l'interface entre protection de la santé publique, loyauté commerciale et réalisation des droits des consommateurs. Loin d'être une simple opération technique, il cristallise des enjeux juridiques complexes, allant de la véracité des mentions à la qualification même des produits mis sur le marché. Qu'il s'agisse de désignations trompeuses, d'allégations nutritionnelles ambiguës ou d'étiquetage volontaire à forte portée marketing, l'encadrement juridique vise à prévenir les dérives informationnelles susceptibles d'induire les consommateurs en erreur – intentionnellement ou non.
123. A travers les exemples analysés – la dénomination des produits véganes, l'affaire Nestlé Waters ou encore la réglementation des alicaments – se dessine une tension constante entre innovation économique, communication commerciale et protection juridique. Cette tension est accentuée dans un contexte de surcharge informationnelle, où la multiplication des labels, promesses et signaux visuels rend difficile la lecture critique des produits par le consommateur moyen.
124. Si le droit suisse prévoit un encadrement normatif relativement rigoureux, il repose néanmoins sur des fictions juridiques qui ne tiennent pas toujours compte des inégalités structurelles d'accès à l'information. Pour les consommateurs vulnérables, en raison de leur âge, de leur situation économique, de leur origine ou de leur niveau d'éducation, l'étiquetage peut accroître la confusion plutôt que favoriser l'autonomie.
125. Il convient de rappeler que, lorsqu'un doute subsiste quant au risque de tromperie ou à la conformité de l'information, une appréciation d'ensemble s'impose. Celle-ci ne saurait se limiter à la seule dénomination du produit, mais doit intégrer l'ensemble des éléments de présentation, y compris la publicité, les visuels, les signes graphiques ainsi que le positionnement du produit sur le lieu de vente.
126. Dans cette tension entre transparence et illusion, la prise en compte de la vulnérabilité des consommateurs doit être centrale. Un cadre juridique efficace ne saurait se contenter d'éviter la tromperie

Mélanie Levy

manifeste : il devrait viser à améliorer l'accessibilité, la compréhension et la pertinence de l'information pour tous. L'enjeu est d'autant plus crucial que les choix alimentaires influencent directement la santé des individus.

Bibliographie

ANDREEVA VALENTINA A. *et al.*, International evidence for the effectiveness of the front-of-package nutrition label called nutri-score, *European journal of public health* 2021 29(1), 76 ss

BRYK SILVEIRA ALICE/LEVY MÉLANIE, From chocolate bunnies to planted chicken : the empowered consumer in the crossfire of labeling requirements, *European Food and Feed Law Review*, 2025

CURY GOMES CARNEIRO BRIGIDA/CAMPARIM BRANDÃO FERRAZ ISABELLY, Food Marketing Regulations and Childhood Obesity Across America : An Analysis on the Effects of Food Marketing on Childhood Obesity and the (In)effectiveness of Laws & Regulatory Measures on Food Marketing in The United States and Brazil, in comparison with Chile, *Challenges of the Future* 2024 9(2), 88 ss

DONAUER DANIEL, Grundlagen des Lebensmittelrechts, in : Donauer/Reeves/Weber (édit.), Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht, Zurich 2020, 32 ss

DONAUER DANIEL/RASAJ PRANVERA/ULRICH NOËLLE, Das Täuschungsverbot im schweizerischen Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht, *Jusletter*, 26 août 2024

FUCHS PHILIPPE, Nutraceuticals – Nahrungsergänzungsmittel oder Arzneimittel ? Ein Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen unter besonderer Berücksichtigung der Heilanpreisungen, *Life Science Recht* 2024 (1), 4 ss

FUCHS PHILIPPE, Unzulässige Heilanpreisungen im Zusammenhang mit Nahrungsergänzungsmitteln ; Urteil des Bundesgerichts 2C_162/2019 vom 26. Februar 2020, *Life Science Recht* 2020 (4), 219 ss

GALMICHE ANNA/DELERM FÉLIX/LEVY MÉLANIE, Healthwashing : corporate communication strategies in a legal gray zone, *Loyola Consumer Law Review* 2023 (36/1), 23 ss

GLECKEL JAREB A., Are Consumers Really Confused by Plant-Based Food Labels ? An Empirical Study, *Journal of Animal and Environmental Law* 2021 (12/2), 1 ss

HIRSIG-VUILLOZ MADELEINE, La responsabilité civile du fait du médicament en droit suisse – Étude en particulier de l'entreprise pharmaceutique, du médecin, du pharmacien et de l'État, Berne 2022

HUG DARIO, La formation du contrat de consommation : entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse, thèse Neuchâtel/Bâle 2020

JULIA CHANTAL/GOKANI NIKHIL/HERCBERG SERGE/GARDE AMANDINE, Ten years of Nutri-Score front-of-pack nutrition labelling in Europe, *Nature Food* 2025 6, 239 ss

JULIA CHANTAL/HERCBERG SERGE/WORLD HEALTH ORGANIZATION *et al.*, Development of a new front-of-pack nutrition label in France : the five-colour Nutri-Score, *Public health panorama* 2017 3(4), 712 ss

MENZEL BAKER STACEY/GENTRY JAMES W./RITTENBURG TERRI L., Building Understanding of the Domain of Consumer Vulnerability, *Journal of Macromarketing* 25 (2), 2005, 128 ss

MCCLEMENTS DAVID JULIAN/GROSSMAN LUTZ, The Rise of Plant-Based Foods, *Next-Generation Plant-based Foods : Design, Production, and Properties*, Springer International Publishing, 2022

PEONIDES MARGARITA *et al.*, Food labeling in the European Union : a review of existing approaches, *International Journal of Health Governance* 2022 2(4), 460 ss

PISANELLO DANIELE/FERRARIS LUCHINO, Ban on Designating Plant Products as Dairy : Between Market Regulation and Over-Protection of the Consumer, *European Journal of Risk Regulation* 2018 (9), 170 ss

PUGATSCH DOMINIC, Health Claims : Die gesundheitsbezogene Anpreisung von Lebensmitteln in der Schweiz, *Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft*, 2012, 93 ss

REICHMUTH ALICE, Overview of Swiss Food Law, *European Food and Feed Law Review* 2008 (3), 155 ss

SEEHAFER ASTRID/BARTELS MARVIN, Meat 2.0 – The Regulatory Environment of Plant-Based and Cultured Meat, *European Food and Feed Law Review* 2019 (14), 323 ss

SPIESS MARIE-HÉLÈNE, Food regulation and public health : the case of sugar, Zurich/Genève 2024

Alimentation sous influence : l'étiquetage comme outil de transparence ou d'illusion ?

WEBER CÉLINE, Die Kennzeichnung und Anpreisung von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, in : Donauer/Reeves/Weber (édit.), Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht, Zurich 2020, 125 ss

WILDI ANDREAS/REGENFUSS SOPHIE, Die Abgrenzung von Lebensmitteln und Heilmitteln, in : Donauer/Reeves/Weber (édit.), Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerecht, Zurich 2020, 103 ss



La vulnérabilité du consommateur sur les réseaux sociaux à l'ère de l'intelligence artificielle : droit international privé et clauses abusives

par

Florence Guillaume

Professeure à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	157
II. La vulnérabilité de l'utilisateur des réseaux sociaux.....	158
A. La vulnérabilité appréhendée par le droit.....	158
1. Un concept hérité des droits de l'homme.....	158
2. La prise en compte de la vulnérabilité du consommateur.....	159
3. La reconnaissance de la vulnérabilité dans l'écosystème numérique.....	161
B. La vulnérabilité propre aux réseaux sociaux.....	162
1. Une vulnérabilité plurielle.....	162
2. Une vulnérabilité structurelle.....	164
3. Une vulnérabilité contextuelle.....	166
C. L'effet amplificateur de l'intelligence artificielle.....	167
III. La vulnérabilité de l'utilisateur et les règles protectrices de droit international privé.....	168
A. La protection offerte par le droit international privé.....	168
1. Une position de faiblesse caractéristique du contrat conclu avec un consommateur.....	168
2. Les règles protectrices de compétence internationale.....	169
3. Les règles protectrices de conflit de lois.....	172

B. La notion de contrat avec un consommateur en droit international privé	172
1. Des services destinés à un usage privé	172
2. La qualité de consommateur comme notion contextuelle	174
3. La condition du lien qualifié avec l'Etat de résidence du consommateur	175
C. Une protection fondée sur la fiction juridique du consommateur moyen.....	177
IV. La vulnérabilité de l'utilisateur face aux conditions générales.....	179
A. Les conditions générales comme facteur de vulnérabilité.....	180
1. L'effet de la surcharge informationnelle	180
2. Le caractère incertain du consentement libre et éclairé	181
B. La protection du consommateur contre les clauses abusives	182
1. La notion de clause abusive	182
2. La détermination de la qualité de consommateur.....	183
3. La protection renforcée du consommateur vulnérable.....	184
C. Les clauses d'élection de droit, de for et d'arbitrage	187
1. L'élection de droit.....	188
a) Quelle protection lorsque le droit suisse est normalement applicable.....	188
b) Quelle protection lorsqu'un droit étranger est normalement applicable.....	190
2. L'élection de for.....	193
3. L'arbitrage	195
V. Conclusion.....	196
Bibliographie	199

I. Introduction

1. L'intelligence artificielle est devenue le moteur invisible des plateformes numériques. Elle organise les flux d'information, présente des contenus sur mesure et optimise la publicité ciblée. En façonnant ce que les utilisateurs voient, la manière dont ils interagissent et la façon dont ils consomment, l'intelligence artificielle occupe une place centrale dans l'économie numérique.
2. Ce rôle est encore plus marqué pour les réseaux sociaux tels que Facebook, Instagram, TikTok, YouTube, X, où les algorithmes de recommandation constituent l'architecture même de l'expérience utilisateur, captant et orientant l'attention, influençant les comportements et conditionnant en grande partie les interactions sociales.
3. Parallèlement, les capacités d'analyse offertes par l'intelligence artificielle permettent un microciblage publicitaire toujours plus précis : les plateformes exploitent d'immenses volumes de données personnelles et comportementales afin de profiler les utilisateurs et de leur adresser du contenu et des messages ciblés, parfois avec une granularité extrême.
4. Plus récemment, l'essor de l'intelligence artificielle générative a marqué une nouvelle étape dans l'évolution des réseaux sociaux. L'intégration progressive de chatbots, d'assistants virtuels et d'outils de création de contenus automatisés a accentué l'asymétrie d'information entre les plateformes et les utilisateurs.
5. L'intelligence artificielle exacerbe la vulnérabilité des utilisateurs, en captant leur attention, en augmentant leurs biais et en recourant à des techniques de persuasion sophistiquées. Elle accroît aussi leur exposition à la désinformation, à la manipulation des comportements et à des contenus nocifs. Ces risques se répercutent plus fortement sur les groupes vulnérables, tels que les mineurs, les personnes âgées ou les individus disposant d'une faible littératie numérique.
6. Au cœur de l'usage des réseaux sociaux se trouve une question essentielle : la protection juridique de l'utilisateur vulnérable face à des mécanismes techniques et économiques d'une puissance et d'une opacité inédites.

7. Cette contribution s'attelle à examiner cette question sous deux angles particuliers : le droit international privé et la protection contre les clauses abusives. Nous commencerons par l'examen de la portée juridique du concept de vulnérabilité et des raisons pour lesquelles il se manifeste avec une intensité particulière dans l'expérience des utilisateurs de réseaux sociaux (II). Nous étudierons ensuite la protection que le droit international privé accorde aux utilisateurs dans leurs relations contractuelles avec les fournisseurs de réseaux sociaux, afin d'évaluer dans quelle mesure la vulnérabilité est prise en considération par les règles de conflit (III). Cette réflexion conduira à une analyse de la validité des clauses d'élection de droit, de for et d'arbitrage intégrées dans les conditions générales des plateformes, afin de mettre en lumière l'articulation entre les règles de droit international privé et celles du droit de la consommation (IV). Nous concluons avec quelques observations sur la vulnérabilité juridique des utilisateurs des réseaux sociaux (V).

II. La vulnérabilité de l'utilisateur des réseaux sociaux

8. Ce chapitre commence par introduire le concept juridique de vulnérabilité (A). Nous analyserons ensuite les différentes formes sous lesquelles la vulnérabilité se manifeste chez les utilisateurs de réseaux sociaux (B), avant de montrer comment l'intervention de l'intelligence artificielle agit comme un facteur amplificateur de cette vulnérabilité (C).

A. La vulnérabilité appréhendée par le droit

1. Un concept hérité des droits de l'homme

9. La vulnérabilité est un concept issu des sciences humaines qui a investi le champ juridique de façon transversale¹. Une de ses premières apparitions s'est produite dans le domaine de la

¹ Cf. CARLIER, 175-187.

protection des droits fondamentaux, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1981².

10. La vulnérabilité, qui est au cœur de la protection conférée à tout être humain par les droits de l'homme, imprègne l'ensemble de ce domaine. Cette notion se distingue néanmoins par son caractère implicite, n'étant jamais définie de manière expresse³.
11. Dans ce domaine, la vulnérabilité n'a pas seulement une portée générale, mais aussi une portée spéciale lorsqu'elle est appréhendée par renvoi à certaines catégories ou groupes de personnes considérées comme vulnérables en raison soit de circonstances particulières (causes extrinsèques ou circonstancielles, telles que la migration), soit de leurs caractéristiques personnelles (causes intrinsèques ou naturelles, telles que l'âge), ou d'une combinaison des deux (par ex. un migrant mineur non accompagné)⁴. Les besoins propres aux personnes vulnérables amènent à une application différenciée des droits de l'homme, voire à la création de droits spécifiques⁵.

2. La prise en compte de la vulnérabilité du consommateur

12. En droit de la consommation, on reconnaît l'existence de consommateurs vulnérables – à savoir les personnes défavorisées qui sont dans tous les cas vulnérables à un préjudice en raison de certaines qualités ou circonstances – et les consommateurs en situation de vulnérabilité – qui sont « vulnérables à un préjudice à un moment particulier, du fait des caractéristiques du marché d'un

² CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981 (requête n° 7525/76). Cf. BESSON ; CARLIER, 180-184. Plus généralement, sur le concept de vulnérabilité dans la jurisprudence de la CourEDH, cf. ZIMMERMANN, Thèse ; HARDY/BOITEUX-PICHERAL.

³ BESSON ; BOURDAIRE-MIGNOT/GRUNDLER, 144.

⁴ BESSON, 70, qui relève que cette catégorisation a un effet stigmatisant potentiellement discriminatoire. Cf. aussi BOITEUX-PICHERAL, 13-15.

⁵ BOURDAIRE-MIGNOT/GRUNDLER, 146-148 ; PASTRE-BELDA.

produit donné, des propriétés du produit, de la nature de la transaction ou de l'état ou de la situation du consommateur »⁶.

13. Cette double définition permet de prendre en compte le fait que « tous les consommateurs, quels que soient leur niveau d'instruction ou leur expérience, peuvent occasionnellement se trouver en situation de vulnérabilité »⁷. Elle constitue un prisme d'analyse adapté à l'examen des enjeux de la protection du consommateur dans le contexte des réseaux sociaux (cf. N 31-34)⁸. Dans cette contribution, nous retenons une acception large du terme « consommateur vulnérable », englobant ces deux formes de vulnérabilité.
14. La protection du consommateur vulnérable résulte de l'articulation entre la protection générale des consommateurs et les exigences découlant du respect des droits fondamentaux, notamment les principes d'égalité, de dignité et de non-discrimination⁹. La protection des droits fondamentaux des consommateurs vulnérables se justifie avec une acuité particulière dans les domaines où le risque de violation est élevé¹⁰.
15. Cette protection est cruciale sur les réseaux sociaux, où l'architecture algorithmique et les mécanismes de dataturveillance ne se contentent pas d'exploiter les données personnelles, mais font peser des risques accrus sur des droits fondamentaux tels que la vie privée et la liberté d'expression, exacerbant ainsi la vulnérabilité des utilisateurs.

⁶ OCDE, Recommandation du Conseil sur le processus d'élaboration des politiques publiques en matière de consommation du 12 mars 2014 (OECD/LEGAL/0403). A noter que cette Recommandation utilise la terminologie « consommateur défavorisé » et « consommateur vulnérable ».

⁷ *Ibid.*

⁸ Cf. OCDE, 29.

⁹ Cf. ZIMMERMANN, Vulnérabilité.

¹⁰ Cf. ILIEVA, 358-374.

3. La reconnaissance de la vulnérabilité dans l'écosystème numérique

16. La préoccupation de protéger les personnes vulnérables peut être décelée en toile de fond dans le cadre de la protection des données personnelles. Ainsi, la Convention 108+ du Conseil de l'Europe reflète une volonté d'offrir une protection renforcée aux personnes vulnérables en insistant sur le droit au respect de la vie privée et de la dignité humaine¹¹. En droit européen, le Règlement général sur la protection des données (RGPD) met l'accent en particulier sur la protection des données personnelles des enfants¹².
17. La Convention du Conseil de l'Europe sur l'intelligence artificielle souligne la nécessité de protéger les personnes vulnérables dans l'environnement numérique, en particulier sur les plateformes impliquant des systèmes d'intelligence artificielle¹³. Le Règlement européen sur les services numériques (RSN)¹⁴ impose aux fournisseurs de plateformes de mettre en place des « mesures appropriées et proportionnées » pour garantir un niveau élevé de protection de la vie privée, de sûreté et de sécurité des mineurs¹⁵. Ce Règlement prévoit des mesures renforcées pour protéger les

¹¹ Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 10 octobre 2018 (Convention 108+). Ce texte a été ratifié par la Suisse, mais n'est pas encore entré en vigueur.

¹² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (Règlement général sur la protection des données ; RGPD ; JO L 119 du 4 mai 2016, 1), consid. 38 et 75.

¹³ Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur l'intelligence artificielle et les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit du 5 novembre 2024. Ce texte a été signé par la Suisse, mais n'est pas encore entré en vigueur.

¹⁴ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques (Règlement sur les services numériques ; RSN ; JO L 277 du 27 octobre 2022, 1).

¹⁵ Art. 28 par. 1 RSN. Cf. à ce sujet les Lignes directrices adoptées par la Commission européenne sur les mesures visant à garantir un niveau élevé de protection de la vie privée, de sûreté et de sécurité pour les mineurs dans le cadre des services numériques, conformément à l'art. 28 par. 4 RSN (C(2025) 4764 final, du 14 juillet 2025).

mineurs contre les publicités ciblées basées sur le profilage¹⁶. En outre, il reconnaît l'importance de protéger les utilisateurs des plateformes contre toute technique de ciblage visant à exploiter leurs vulnérabilités en interdisant notamment la publicité ciblée au moyen de données sensibles (par ex. les données concernant la santé, l'orientation sexuelle ou l'origine raciale ou ethnique)¹⁷.

18. La vulnérabilité est dès lors l'une des dimensions de la dignité humaine qui semble s'imposer progressivement comme l'un des principes fondateurs de la réglementation de l'intelligence artificielle¹⁸. Cette grille de lecture prend une résonance particulière dans le contexte des réseaux sociaux où la vulnérabilité des utilisateurs se manifeste de façon aiguë¹⁹.

B. La vulnérabilité propre aux réseaux sociaux

1. Une vulnérabilité plurielle

19. Sur les réseaux sociaux, l'utilisateur est placé dans une situation de vulnérabilité plurielle qui est étroitement liée aux dynamiques propres à ce type de plateforme numérique. Sans prétention à l'exhaustivité, il est possible d'identifier les formes de vulnérabilité suivantes.
20. La vulnérabilité cognitive trouve son origine dans la captation de l'attention et dans l'usage de techniques de persuasion qui exploitent les biais cognitifs et comportementaux des utilisateurs, afin d'exacerber l'addiction aux réseaux sociaux tout en influençant subtilement le comportement de consommation. Ainsi, les mécanismes de notifications et de récompenses aléatoires – tels que les alertes signalant un nouveau message, un contenu ou un like – incitent les utilisateurs à prolonger leur temps de connexion et à demeurer captifs de l'écosystème numérique, en jouant sur leur besoin de gratification immédiate.

¹⁶ Art. 28 par. 2 RSN.

¹⁷ Art. 26 par. 3 RSN *cum*, art. 9 par. 1 RGPD.

¹⁸ Cf. RÜEGGER/SCHÖBI. Cf. aussi NDIOR/NETTER, 167-190.

¹⁹ Cf. HUG, Intelligence artificielle.

21. La vulnérabilité informationnelle se manifeste par l'opacité du fonctionnement des algorithmes de recommandation, de classement ou de ciblage, d'une part, et par l'asymétrie d'information entre le fournisseur de réseau social et ses utilisateurs, d'autre part. L'utilisateur ignore pour quelles raisons les contenus sont montrés, comment ils sont classés ou pourquoi une publicité spécifique est affichée. Le manque d'information le prive de sa liberté d'exercer un choix éclairé, ce qui fausse la concurrence et perturbe l'équilibre du marché²⁰. En outre, si le fournisseur sait énormément de choses sur l'utilisateur (par le profilage, le traçage, l'analyse de données croisées), celui-ci ne sait presque rien sur la manière dont ses données sont exploitées ni sur l'impact concret de son comportement en ligne. L'utilisateur évolue ainsi dans un environnement numérique dont les règles réelles de gouvernance lui échappent.
22. A ces deux principales formes de vulnérabilité peut être ajoutée la vulnérabilité économique résultant du microciblage publicitaire et de l'incitation à des comportements impulsifs. Les consommateurs sont particulièrement vulnérables aux techniques de vente agressives exploitant des traces numériques apparemment anodines (par ex. clics, temps de lecture, vitesse de scroll, pauses sur une image) qui sont transformées à leur insu en données exploitables commercialement.
23. Sont également importantes sur les réseaux sociaux les vulnérabilités sociales et émotionnelles, liées à la pression des pairs, aux modèles de comportement et aux standards de consommation promus par les influenceurs, ou encore à l'exploitation de la peur de rater quelque chose (*fear of missing out*)²¹ et du besoin de reconnaissance. Par exemple, un jeune utilisateur suivant un influenceur peut être exposé à des publicités ciblées pour des produits de beauté ou de mode présentés comme indispensables.

²⁰ Cf. CARTWRIGHT, 121 s.

²¹ La *fear of missing out* (FOMO) est un phénomène psychologique caractérisé par l'anxiété que l'on ressent à l'idée de passer à côté d'une information, d'une expérience ou d'une opportunité dont d'autres bénéficient. Cette peur pousse à des décisions rapides, souvent impulsives (par ex. achat non planifié, diffusion irréfléchie de données personnelles).

Sous l'effet conjugué de la recommandation algorithmique et de la dynamique de comparaison sociale véhiculée par les réseaux sociaux, il peut être conduit à des achats impulsifs et coûteux, parfois inadaptés à sa situation financière. A nouveau, l'accès aux données comportementales permet au fournisseur de réseau social d'exploiter la fragilité émotionnelle des utilisateurs.

24. Une vulnérabilité technologique peut être observée lorsque l'utilisateur n'est pas en mesure de maîtriser pleinement les outils techniques mis à sa disposition, notamment en ce qui concerne la configuration et la portée réelle des paramètres de confidentialité et de recommandation. Elle se manifeste également lorsque l'utilisateur n'a pas la capacité technique d'utiliser correctement l'outil, par exemple pour configurer ses préférences, gérer les cookies, paramétrer son flux d'actualité ou bloquer certains contenus.
25. Les différentes formes de vulnérabilité peuvent bien entendu se combiner et exacerber la fragilité de l'utilisateur. Par exemple, l'exposition permanente aux contenus recommandés par les algorithmes des réseaux sociaux peut créer ou accentuer les vulnérabilités informationnelle, cognitive et sociale, en isolant l'utilisateur dans des communautés homogènes. C'est ce qui se produit lorsqu'il se retrouve enfermé dans des bulles informationnelles (*filter bubbles*) qui réduisent sa capacité à accéder à une information diversifiée, ou confiné dans des chambres d'écho (*echo chambers*) qui renforcent ses convictions en le mettant en lien uniquement avec d'autres utilisateurs exprimant les mêmes opinions.

2. Une vulnérabilité structurelle

26. Les réseaux sociaux ont la particularité d'utiliser des mécanismes algorithmiques exploitant les faiblesses humaines universelles. Les algorithmes des réseaux sociaux, grâce à l'analyse des données et aux outils de profilage, sont capables de détecter les situations de vulnérabilité et d'en tirer parti, par exemple en ciblant une personne

souffrant de troubles alimentaires avec des publicités pour des régimes extrêmes²².

27. Tout utilisateur est exposé à ce type de vulnérabilité, dès lors que toute personne peut se trouver, à un moment ou un autre, en situation de vulnérabilité en raison de circonstances particulières, telles que des difficultés financières, des problèmes de santé ou encore la perte d'un proche²³.
28. Il faut en déduire que, sur les réseaux sociaux, la vulnérabilité ne se laisse pas réduire à un groupe particulier et statique de personnes qualifiées une fois pour toutes de « vulnérables », mais s'étend à l'ensemble des utilisateurs, quel que soit leur profil²⁴. La vulnérabilité n'est pas l'exception mais la règle sur les réseaux sociaux.
29. Ce constat va au-delà de l'admission d'une vulnérabilité de portée spéciale, reconnue notamment dans le domaine des droits de l'homme (cf. N 11), appelant à la protection de certaines catégories ou groupes de personnes considérées comme vulnérables en raison de causes circonstanciées ou naturelles. La vulnérabilité ne doit dès lors plus seulement être appréhendée comme une caractéristique intrinsèque de certains individus, mais comme une conséquence de l'environnement dans lequel ils évoluent²⁵.
30. La vulnérabilité sur les réseaux sociaux apparaît ainsi comme structurelle, car inscrite dans l'architecture même des réseaux sociaux²⁶.

²² Cf. HADY, 169 s.

²³ OCDE, 12-14 ; EUROPEAN COMMISSION, 2-3.

²⁴ OCDE, 28 (« *A key insight is that vulnerability is not necessarily experienced only by certain subsets of consumers. Rather, it may increasingly be experienced by the vast majority of, if not all, consumers, at different times and depending on the role of various market factors – even if some consumers may continue to experience it disproportionately.* »).

²⁵ En lien avec la notion de vulnérabilité appréhendée par les droits de l'homme dans le contexte d'un milieu spécifique, cf. BOURDAIRE-MIGNOT/GRUNDLER, 149 s.

²⁶ On trouve dans l'architecture des réseaux sociaux notamment des *dark patterns* (interfaces trompeuses), dont l'objectif est d'influencer ou de manipuler les choix des utilisateurs. Cf. par ex. HUG, Dark patterns.

3. Une vulnérabilité contextuelle

31. Il est néanmoins reconnu que certains groupes de personnes présentent des fragilités particulières, tels que les enfants²⁷ ou les personnes âgées²⁸. Les droits fondamentaux de ces utilisateurs méritent dès lors une protection renforcée sur les réseaux sociaux.
32. La vulnérabilité ne varie pas seulement en fonction des caractéristiques propres d'un individu (par ex. l'âge, la littératie numérique) ou d'une situation donnée (par ex. le deuil, l'endettement), mais aussi selon le contexte. Une même personne peut en effet se révéler vulnérable dans certaines situations et non dans d'autres.
33. Ainsi, sur les réseaux sociaux, les personnes âgées sont particulièrement exposées aux risques d'hameçonnage (*phishing*), notamment lorsque l'intelligence artificielle est utilisée pour imiter les caractéristiques d'un proche (*deepfakes*), alors qu'elles peuvent être parfaitement à l'aise dans le cadre du commerce électronique²⁹. De même, les adolescents peuvent être sensibles à l'influence des contenus sponsorisés et des techniques de microciblage, tout en disposant de compétences supérieures à celles de leurs parents pour détecter certaines pratiques frauduleuses³⁰.
34. La vulnérabilité sur les réseaux sociaux peut dès lors être appréhendée comme un concept à la fois contextuel et évolutif.

²⁷ Les enfants et les jeunes sont notamment particulièrement exposés à la cybercriminalité. Cf. CONSEIL DE L'EUROPE, Guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'internet, Recommandation CM/Rec(2014)6 et exposé des motifs, adopté par le Conseil des Ministres le 16 avril 2014, 6. Cf. aussi NAIM ; BATAT.

²⁸ Les personnes âgées sont notamment particulièrement exposées à la cybercriminalité. Cf. par ex. CANEPPELE ; BEAUDET-LABRECQUE ; CLOUGH. Elles sont également perçues comme présentant un déficit de littéracie numérique.

²⁹ OCDE, 18.

³⁰ OCDE, 21.

C. L'effet amplificateur de l'intelligence artificielle

35. L'intervention de l'intelligence artificielle sur les réseaux sociaux accentue l'exploitation de la vulnérabilité des utilisateurs, comme le montrent les éléments suivants.
36. Par le recours au moissonnage de données³¹, les plateformes sont en mesure de collecter et d'agréger un volume massif d'informations relatives aux utilisateurs. Soumises à des traitements d'intelligence artificielle mobilisant des techniques algorithmiques et statistiques avancées, ces données permettent d'élaborer des profils précis, susceptibles de révéler certaines vulnérabilités.
37. Un tel processus s'opère, le plus souvent, à l'insu des utilisateurs et sans qu'un véritable consentement éclairé n'ait été recueilli, ce qui soulève d'importants enjeux en matière de protection des données personnelles. Par exemple, une personne dont le profil laisse apparaître des difficultés financières, non pas parce qu'elle a fourni cette information mais en raison de corrélations établies par l'intelligence artificielle, pourra être exposée à des publicités pour des crédits à la consommation à taux élevé. La répétition de telles offres a pour effet d'augmenter sa dépendance et de fragiliser sa capacité de décision autonome, autrement dit sa vulnérabilité³².
38. En outre, le recours à des systèmes d'intelligence artificielle prédictive confère aux plateformes la capacité d'anticiper les circonstances et caractéristiques personnelles susceptibles de fragiliser un individu, y compris lorsqu'elles ne se sont pas encore concrétisées, sur la base d'une analyse de leur comportement en ligne. Cette forme d'« exploitation préventive » de la vulnérabilité soulève des enjeux éthiques majeurs : elle permet de cibler les consommateurs sur la base de faiblesses potentielles, transformant la simple probabilité d'une fragilité future en opportunité commerciale.

³¹ Le moissonnage de données (*data harvesting*) est une technique qui consiste à collecter automatiquement et massivement des informations disponibles en ligne (par ex. sur les réseaux sociaux), souvent au moyen de logiciels ou de robots, afin de les réutiliser à diverses fins, comme la publicité ciblée ou l'entraînement de systèmes d'intelligence artificielle.

³² Cf. CARTWRIGHT, 124.

39. La vulnérabilité économique est ainsi exacerbée par le profilage et le microciblage publicitaire facilités par l'intelligence artificielle, laquelle permet d'exploiter d'immenses volumes de données personnelles et comportementales pour adapter l'offre avec une granularité extrême.

III. La vulnérabilité de l'utilisateur et les règles protectrices de droit international privé

40. Après avoir montré les différents aspects de la vulnérabilité des utilisateurs des réseaux sociaux, nous examinons dans ce chapitre comment est prise en compte cette vulnérabilité dans les relations contractuelles entre l'utilisateur et le fournisseur de réseau social. Notre analyse se concentrera sur les aspects de droit international privé et portera d'abord sur les règles protectrices (A), puis sur la notion de contrat conclu avec un consommateur propre à cette matière (B). Nous examinerons ensuite la différence conceptuelle entre la protection objective du consommateur, adoptée en droit international privé, et la protection subjective du consommateur vulnérable (C).

A. La protection offerte par le droit international privé

41. Les réseaux sociaux opèrent par nature de manière transnationale, en mettant en relation des utilisateurs et des fournisseurs établis dans différents Etats, ce qui confère une dimension internationale à leurs relations juridiques. Le point de départ de toute réflexion de droit privé sur ce type de relation contractuelle est donc nécessairement une analyse de droit international privé.

1. Une position de faiblesse caractéristique du contrat conclu avec un consommateur

42. La relation contractuelle entre un fournisseur de réseau social et un utilisateur s'analyse comme un contrat de fourniture de services.
43. Cette relation se caractérise notamment par une asymétrie d'information marquée entre le fournisseur et l'utilisateur, par l'absence de réel pouvoir de négociation de ce dernier – le contrat

ayant la nature d'un contrat d'adhésion³³ –, ainsi qu'un net déséquilibre économique³⁴.

44. Il en résulte que l'utilisateur se trouve dans une position de faiblesse, à la fois informationnelle, juridique et économique, par rapport au réseau social.
45. Au niveau des règles de droit international privé, cette situation de déséquilibre entre les parties à un contrat de fourniture de services est caractéristique du contrat conclu avec un consommateur (cf. N 56-72). Le consommateur est en effet réputé se trouver en situation d'infériorité en raison du fait qu'il est « moins informé, économiquement plus faible et juridiquement moins expérimenté que son cocontractant »³⁵.
46. En droit suisse, comme en droit européen, des règles de conflit spéciales sont appliquées pour compenser la position de faiblesse dans laquelle le consommateur se trouve face au fournisseur professionnel de biens et de services³⁶. Ces règles visent à rétablir l'équilibre contractuel en protégeant le consommateur contre le risque d'être attiré devant des juridictions étrangères ou de voir sa relation contractuelle soumise à un droit étranger.

2. Les règles protectrices de compétence internationale

47. Par rapport aux contrats de services « standards », les règles protectrices de la LDIP³⁷ favorisent le consommateur en lui permettant d'intenter une action en justice à son propre domicile

³³ Les conditions générales sont qualifiées de contrat d'adhésion en raison de l'absence de négociation individuelle des termes de l'accord qui sont définis de façon unilatérale et standard. Cf. HUG, Thèse, N 1424 s. Cf. aussi CELLINA, 288 ss, et réf. cit.

³⁴ Sur le déséquilibre structurel et informationnel général entre les parties en droit de la consommation, cf. HUG, Thèse, N 202-210.

³⁵ Cf. par ex. CJUE, 4 octobre 2018, *Kamenova*, C-105/17 (ECLI:EU:C:2018:808), consid. 34.

³⁶ Cf. CR DIP-GUILLAUME, art. 120 LDIP N 1 ss. En matière procédurale, on retrouve des règles protectrices dans le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272), à son art. 32 al. 2. A ce sujet, cf. HUG, Procédure civile, 26 ss.

³⁷ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP ; RS 291).

afin de faciliter son accès à la justice³⁸, d'une part, et en restreignant les possibilités de prorogation de compétence³⁹, d'autre part.

48. Lorsqu'une affaire entre dans le champ d'application d'une convention internationale, les règles de conflit de la LDIP s'effacent au profit des règles conventionnelles⁴⁰.
49. La Convention de Lugano⁴¹ offre la même protection au consommateur-demandeur que la LDIP en lui permettant aussi d'agir devant les tribunaux de son propre domicile⁴². En outre, cet instrument assure la protection du consommateur lorsqu'il est défendeur, en restreignant la compétence au for de son Etat de domicile⁴³.
50. Cette Convention autorise les prorogations de compétence, mais limite sensiblement leur portée de façon à éviter de réduire à néant la protection offerte au consommateur en lui imposant un accord dérogeant aux règles protectrices⁴⁴. Les accords d'élection de for conclus en violation de ces règles sont nuls et sans effet⁴⁵. A noter

³⁸ L'art. 114 al. 1 lit. a LDIP permet au consommateur d'agir au for de son domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse. En outre, le for au domicile du fournisseur de services ou, à défaut de domicile en Suisse, celui de sa résidence habituelle, est également ouvert (art. 114 al. 1 lit. b LDIP). Cf. CR DIP-GUILLAUME, art. 114 LDIP N 4. En revanche, lorsque le consommateur est défendeur, les fors ordinaires en matière contractuelle sont applicables à l'action du fournisseur (art. 112 et 113 LDIP).

³⁹ Le consommateur ne peut pas renoncer d'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse (art. 114 al. 2 LDIP ; cf. N 121 s).

⁴⁰ Art. 1 al. 2 LDIP.

⁴¹ Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (CL ; RS 0.275.12).

⁴² Art. 16 par. 1 CL. Le for au domicile du consommateur désigne, dans ce cas, à la fois la compétence internationale et la compétence interne, rendant inutile l'application d'une règle de conflit de juridictions de la LDIP. CR DIP-GUILLAUME, art. 16 CL N 13. Le consommateur peut également agir dans l'Etat de domicile du fournisseur de services (art. 16 par. 1 CL) ; le juge suisse déterminera la compétence interne en appliquant l'art. 114 al. 1 LDIP. CR DIP-GUILLAUME, art. 16 CL N 11.

⁴³ Art. 16 par. 2 CL. Le juge suisse déterminera la compétence interne en appliquant l'art. 112 al. 1 ou l'art. 113 LDIP. CR DIP-GUILLAUME, art. 16 CL N 20.

⁴⁴ Art. 17 CL (cf. N 123-126).

⁴⁵ Art. 23 par. 5 CL.

que la Convention de La Haye sur les élections de for n'est pas applicable aux contrats conclus avec un consommateur⁴⁶.

51. On relèvera que les règles protectrices de la Convention de Lugano ne sont en principe applicables que si le contrat a été effectivement conclu⁴⁷. En outre, le défendeur à l'action doit être domicilié dans un Etat contractant⁴⁸.
52. Les règles de cet instrument correspondent à celles du Règlement Bruxelles Ibis qui sont appliquées par les Etats membres de l'Union européenne⁴⁹. Les tribunaux suisses doivent reprendre les principes définis par la Cour de justice dans le cadre de l'interprétation de cet instrument, de manière à assurer une interprétation uniforme de ces textes, en tout cas lorsque ses dispositions sont équivalentes à celles de la Convention de Lugano⁵⁰. Il convient cependant de réserver les

⁴⁶ Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for (RS 0.275.21). L'art. 2 par. 1 lit. a exclut l'application de cet instrument aux accords exclusifs d'élection de for « auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie ».

⁴⁷ Cf. not. CJCE, 11 juillet 2002, *Gabriel*, C-96/00 (ECLI:EU:C:2002:436) ; CJUE, 25 janvier 2018, *Schrems*, C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37).

⁴⁸ Art. 3 par. 1 CL. Le domicile du fournisseur (par ex. un fournisseur de réseau social) correspond à son siège (tel que défini à l'art. 60 CL). Toutefois, si le fournisseur n'a pas son domicile dans un Etat contractant de la Convention de Lugano, mais a un établissement dans un Etat partie, il est considéré comme ayant son domicile dans cet Etat pour les contestations relatives à l'exploitation de cet établissement (art. 15 par. 2 CL). Il en résulte que la Convention de Lugano trouve application aussi dans ce cas particulier. CR DIP-GULLAUME, art. 15 CL N 10. Le domicile d'une personne physique (par ex. l'utilisateur d'un réseau social) se détermine en vertu des règles de conflit nationales (art. 59 CL), soit l'art. 20 LDIP en Suisse.

⁴⁹ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 351 du 20 décembre 2012, 1). A noter cependant que les art. 17 à 19 sont appliqués par les tribunaux des Etats membres de l'Union européenne même si le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat membre (art. 17 par. 1).

⁵⁰ Art. 1 du Protocole n° 2 de la Convention de Lugano. CJCE, 16 juillet 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08 (ECLI:EU:C:2009:475), consid. 18.

cas où cette interprétation est clairement influencée par des objectifs de l'Union européenne qui ne concernent pas la Suisse⁵¹.

53. Enfin, la protection du consommateur se retrouve en matière de reconnaissance et d'exequatur des décisions étrangères⁵².

3. Les règles protectrices de conflit de lois

54. Pour ce qui est du droit régissant la relation contractuelle entre un consommateur et un fournisseur de services, lorsque les tribunaux suisses sont compétents, c'est impérativement celui de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur qui s'applique, sans possibilité d'élection de droit (cf. N 107)⁵³.
55. Il convient cependant de réserver l'application de dispositions impératives relevant de l'ordre public, lesquelles interviennent quel que soit le droit désigné⁵⁴.

B. La notion de contrat avec un consommateur en droit international privé

56. Pour que ces règles protectrices s'appliquent, encore faut-il que le contrat entre un utilisateur et un fournisseur de réseau social puisse être qualifié de contrat conclu avec un consommateur au sens de ces règles. Ce contrat spécial est un concept spécifique à la LDIP, qui est semblable mais pas identique à celui retenu dans la Convention de Lugano.

1. Des services destinés à un usage privé

57. Selon la LDIP, le contrat conclu avec un consommateur est un contrat « portant sur une prestation de consommation courante

⁵¹ ATF 131 III 227, consid. 3.1.

⁵² Cf. art. 149 al. 2 lit. b LDIP ; CR DIP-GUILLAUME, art. 149 LDIP N 15. Dans la Convention de Lugano, cf. art. 35 par. 1 CL ; CR DIP-BUCHER, art. 35 CL N 11.

⁵³ Art. 120 LDIP.

⁵⁴ Cf. les art. 18 et 19 LDIP. Cf. CR DIP-GUILLAUME, art. 120 LDIP N 28 ss.

destinée à un usage personnel ou familial du consommateur »⁵⁵ qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale de ce dernier (art. 120 al. 1 LDIP)⁵⁶. La Convention de Lugano propose presque la même formulation en se référant à un contrat conclu par une personne « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle » (art. 15 par. 1 CL).

58. Peu importe l'objet du contrat. C'est la finalité du contrat qui conditionne l'application des règles protectrices : les biens ou services doivent être destinés à un usage privé du consommateur⁵⁷. On peut en déduire que le consommateur doit être une personne physique⁵⁸, alors que le fournisseur peut être indifféremment une personne physique ou une entreprise.
59. La mise en œuvre des règles protectrices se justifie uniquement en présence d'un déséquilibre significatif entre les parties, résultant d'une inégalité de force contractuelle, l'objectif visé étant précisément de rétablir l'équilibre dans la relation contractuelle. Il en découle que ces règles ne trouvent à s'appliquer que lorsque le

⁵⁵ A notre avis, la condition de la « prestation de consommation courante » ne doit pas être considérée comme impérative. Mais cette question est controversée. Du même avis, en lien avec l'art. 8 LCD : CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 131 (avec indication des auteurs de l'avis contraire) ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 794 ; FORNAGE, Plateformes, 191 ; HUG, Art. 8 LCD. HUG, Thèse, N 811, relève que le critère de la prestation courante est une particularité helvétique.

⁵⁶ Cette notion de consommateur correspond à celle retenue en droit interne, sans être pour autant identique. La notion de consommateur est définie de différentes manières en droit suisse. Cf. not. art. 3 LCC (RS 221.214.1 ; crédit à la consommation) ; art. 40a CO (RS 220 ; démarchage à domicile) ; art. 2 al. 3 lit. c LVF (RS 944.3 ; voyage à forfait).

⁵⁷ Cf. not. CJCE, 20 janvier 2005, *Gruber*, C-464/01 (ECLI:EU:C:2005:32) ; CJUE, 25 janvier 2018, *Schrems*, C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37). Pour des approfondissements sur le critère de la finalité, cf. HUG, Thèse, N 570-664.

⁵⁸ CR DIP-GUILLAUME, art. 120 LDIP N 2. Il a été proposé d'étendre le champ des règles protectrices aux petites et moyennes entreprises (PME) dont la situation en tant qu'utilisatrices des réseaux sociaux présente certaines similarités avec celle des individus : BAUMANN. Dans le contexte européen, cf. KAMPHORST, 180, et réf. cit. En droit suisse, cf. aussi nbp 99.

cocontractant du consommateur est un professionnel, autrement dit dans le cadre des relations B2C (*business to consumer*)⁵⁹.

60. Pour les contrats de fourniture de réseau social, il est manifeste que le fournisseur agit à titre professionnel⁶⁰.

2. La qualité de consommateur comme notion contextuelle

61. Comme la qualité de consommateur se détermine en fonction de la finalité du contrat, un même individu peut être qualifié de consommateur dans un cas et de professionnel dans un autre⁶¹. La Cour de justice a ainsi reconnu que la qualification de consommateur ne s'applique pas seulement au consommateur lambda, mais peut aussi concerner une personne au bénéfice d'une expertise considérable dans le domaine sur lequel porte le contrat, soit un consommateur-expert⁶². La qualification d'une même personne de consommateur devient ainsi à géométrie variable, en fonction du contexte précis de la relation contractuelle.
62. Lorsqu'une même personne cumule la qualité de consommateur et de professionnel, les dispositions protectrices ne s'appliquent que si le contrat litigieux ne présente qu'un lien marginal avec l'activité professionnelle⁶³. Par exemple, sur les réseaux sociaux, il n'est pas rare qu'un utilisateur agisse aussi bien à titre privé qu'à titre professionnel, en utilisant un compte privé sur Facebook pour

⁵⁹ CR DIP-GUILLAUME, art. 120 LDIP N 4. Dans l'économie de partage (*sharing economy*), certains auteurs proposent d'étendre l'application de l'art. 8 LCD au cas où le cocontractant est un *prosumer* : CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 LCD N 136 ; FORNAGE, Plateformes, 183 ; *contra* : KRAMER/PROBST/PERRIG, N 796. Sur la notion de *prosumer*, cf. HELBERGER *et al.*

⁶⁰ Du même avis : CELLINA, 298 s.

⁶¹ CJUE, 3 septembre 2015, *Costea*, C-110/14 (ECLI:EU:C:2015:538), consid. 20. Les considérants de cet arrêt, bien que rendus dans le cadre de l'interprétation de la notion de consommateur en droit de la consommation, sont aussi valables pour interpréter cette notion en droit international privé. Cf. CJUE, 25 janvier 2018, *Schrems*, C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37), consid. 39.

⁶² CJUE, 25 janvier 2018, *Schrems*, C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37). Par ex., un avocat spécialisé en droit de la consommation peut être un consommateur lorsqu'il est dans une relation contractuelle portant sur une prestation destinée à un usage privé. Cf. WAUTELET.

⁶³ CJCE, 20 janvier 2005, *Gruber*, C-464/01 (ECLI:EU:C:2005:32).

promouvoir ses activités professionnelles. L'usage privé ou professionnel du compte dépend alors d'une évaluation des circonstances objectives qui ont accompagné sa conclusion⁶⁴. Cette analyse aura une incidence directe sur la qualité de consommateur⁶⁵.

63. On relèvera aussi que l'utilisation des réseaux sociaux peut évoluer dans le temps, passant d'un usage privé à un usage professionnel, ce qui a pour effet de modifier la finalité du contrat et de faire perdre à l'utilisateur sa qualité de consommateur⁶⁶.
64. La Cour de justice a constaté que les consommateurs peuvent avoir un comportement assimilable à celui d'un professionnel lorsqu'ils agissent sur les plateformes numériques⁶⁷. Toutefois, elle a précisé que le simple fait qu'une personne physique publie sur une plateforme plusieurs annonces offrant des biens à la vente ne suffit pas en soi pour qualifier cette personne de professionnel. Tel serait le cas uniquement si pareille activité entrait dans le cadre de son activité professionnelle⁶⁸. Si le fournisseur ne sait pas et n'est pas censé savoir que son cocontractant agit dans un cadre étranger à son activité professionnelle, les dispositions protectrices ne sont pas applicables⁶⁹.

3. La condition du lien qualifié avec l'Etat de résidence du consommateur

65. L'application des règles protectrices est soumise à la condition supplémentaire que le contrat ait un lien qualifié avec l'Etat de la résidence du consommateur. C'est principalement en lien avec cette

⁶⁴ CJCE, 20 janvier 2005, *Gruber*, C-464/01 (ECLI:EU:C:2005:32), consid. 47.

⁶⁵ CJUE, 25 janvier 2018, *Schrems*, C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37), consid. 41.

⁶⁶ CJUE, 25 janvier 2018, *Schrems*, C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37), consid. 38.

⁶⁷ CJUE, 4 octobre 2018, *Kamenova*, C-105/17 (ECLI:EU:C:2018:808).

⁶⁸ CJUE, 4 octobre 2018, *Kamenova*, C-105/17 (ECLI:EU:C:2018:808), consid. 40 et 45.

⁶⁹ CJCE, 20 janvier 2005, *Gruber*, C-464/01 (ECLI:EU:C:2005:32), consid. 51 ; CJUE, 9 mars 2023, *Wurth Automotive*, C-177/22 (ECLI:EU:C:2023:185), consid. 35 (« l'impression créée par le comportement de la personne qui revendique la qualité de 'consommateur' [...], dans le chef de son cocontractant, peut être prise en compte afin qu'il soit établi si cette personne doit bénéficier de la protection procédurale »).

condition que la notion de contrat avec un consommateur diffère entre la LDIP et la Convention de Lugano.

66. Au sens de la LDIP, le fournisseur doit avoir reçu la commande dans l'Etat de la résidence habituelle du consommateur, alors que la Convention de Lugano requiert que le fournisseur exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat du domicile du consommateur et que le contrat entre dans le cadre de ces activités⁷⁰.
67. Alternativement, la LDIP admet l'application des règles protectrices lorsque la conclusion du contrat a été précédée d'une offre ou d'une publicité dans l'Etat de la résidence habituelle du consommateur et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat⁷¹. Si cette définition de lien qualifié est adaptée aux relations contractuelles traditionnelles, elle soulève des difficultés dans le cadre de relations contractuelles avec un fournisseur de services numériques.
68. A notre avis, cette condition devrait être réévaluée pour les produits et services proposés en ligne, en considérant que l'exigence de démarchage est remplie dès lors qu'un consommateur peut accéder à des services en ligne depuis l'Etat de sa résidence habituelle⁷². Ainsi, lorsqu'un fournisseur de services en ligne, comme un réseau social, propose ses services dans un Etat, il faut admettre qu'il y a une offre de services dans cet Etat et que tout consommateur y résidant est protégé par les règles de conflit spéciales.
69. Cette interprétation correspondrait au texte de la Convention de Lugano qui a été adapté aux relations contractuelles conclues dans l'environnement numérique lors de sa révision. Les règles protectrices de cette Convention s'appliquent lorsque le fournisseur de biens ou de services dirige ses activités commerciales ou professionnelles « par tout moyen » en particulier vers l'Etat de domicile du consommateur et que le contrat entre dans le cadre de ces activités⁷³.

⁷⁰ Art. 120 al. 1 lit. a LDIP ; art. 15 par. 1 lit. c CL.

⁷¹ Art. 120 al. 1 lit. b LDIP. Cf. CR DIP-GUILLAUME, art. 120 LDIP N 12 ss.

⁷² CR DIP-GUILLAUME, art. 120 LDIP N 17, et réf. cit.

⁷³ Art. 15 par. 1 lit. c CL. Cf. CR DIP-GUILLAUME, art. 15 CL N 53 ss.

70. Il est suffisant que le fournisseur manifeste sa volonté d'entrer en relations commerciales avec des consommateurs domiciliés dans l'Etat ciblé⁷⁴, sans qu'il soit nécessaire que le contrat ait été conclu à distance⁷⁵. Toutefois, la protection spéciale du consommateur n'intervient que si le contrat entre dans le cadre des activités commerciales ou professionnelles que le fournisseur dirige vers l'Etat du domicile du consommateur. Le simple fait que le fournisseur y ait des activités commerciales ne justifie pas l'application des règles protectrices⁷⁶.
71. Il ressort de ce qui précède que la notion de lien qualifié est appréhendée différemment par la Convention de Lugano et par la LDIP⁷⁷. Cette divergence peut conduire à ce qu'un même contrat soit qualifié de contrat conclu avec un consommateur dans le cadre de l'un de ces textes, mais pas lorsque l'autre est appliqué. Une telle situation engendre une insécurité juridique, tant pour les consommateurs que pour les fournisseurs, en raison du risque de solutions divergentes quant à la compétence et au droit applicable.
72. La LDIP et la Convention de Lugano prévoient d'autres hypothèses d'application des règles protectrices que nous ne développerons pas ici, celles-ci ne présentant pas d'intérêt pour notre propos⁷⁸.

C. Une protection fondée sur la fiction juridique du consommateur moyen

73. Les règles spéciales de droit international privé régissant les contrats conclus avec des consommateurs pourraient laisser penser que la protection est motivée par le fait que le consommateur se trouve

⁷⁴ CJUE, 7 décembre 2010, *Pammer/Hotel Alpenhof*, C-585/08 et C-144/09 (ECLI:EU:C:2010:740). La Cour de justice a ainsi clairement donné la préférence au critère du ciblage sur celui de l'accessibilité. Cf. aussi CJUE, 17 octobre 2013, *Emrek*, C-218/12 (ECLI:EU:C:2013:666).

⁷⁵ CJUE, 6 septembre 2012, *Mühlleitner*, C-190/11 (ECLI:EU:C:2012:542).

⁷⁶ Pour une atténuation de ce principe, dans des circonstances particulières, cf. CJUE, 23 décembre 2015, *Hobohm*, C-297/14 (ECLI:EU:C:2015:844).

⁷⁷ Le TF a reconnu que la notion de contrat conclu avec un consommateur de l'art. 120 LDIP est plus étroite que celle de l'art. 15 par. 1 lit. c CL : TF 4A_563/2023 du 17 octobre 2024, consid. 6.

⁷⁸ Cf. art. 120 al. 1 lit. c LDIP et art. 15 par. 1 lit. a et b CL.

dans une situation de vulnérabilité. Ce terme n'est cependant pas employé par la jurisprudence ni la doctrine en droit international privé suisse et européen⁷⁹.

74. L'absence de référence à la vulnérabilité du consommateur dans le contexte de ses relations contractuelles avec un fournisseur s'explique par une différence conceptuelle importante.
75. Dans le régime de protection du consommateur en droit international privé, les règles protectrices ont une portée uniforme et générale, en ce sens qu'elles s'appliquent à l'ensemble des consommateurs, composant un groupe homogène de personnes acquérant des biens ou services pour un usage privé auprès de fournisseurs agissant dans le cadre de leurs activités professionnelles ou commerciales.
76. La Cour de justice a reconnu que la notion de consommateur a « un caractère objectif et est indépendante des connaissances concrètes que la personne concernée peut avoir, ou des informations dont cette personne dispose réellement »⁸⁰. L'approche retenue est objective et abstraite : l'attention n'est pas portée sur la vulnérabilité d'une personne, mais sur sa position de faiblesse dans ses relations contractuelles avec un fournisseur professionnel de biens ou services.
77. Le modèle de référence est donc celui d'un consommateur moyen qui est un individu raisonnablement informé, attentif et avisé⁸¹, autrement dit doté d'un degré ordinaire de connaissances⁸².
78. Le modèle abstrait du consommateur moyen est considéré, en vertu d'une fiction juridique, comme se trouvant en situation d'infériorité par rapport au fournisseur professionnel de biens ou services, lequel

⁷⁹ A noter qu'un auteur utilise le terme « vulnérabilité » pour souligner la transversalité de ce concept, en émettant l'avis que la justification de certaines règles de conflit résiderait dans la volonté de protéger la vulnérabilité. CARLIER, 178-180. A notre avis, cette appréciation méconnaît la finalité des règles protectrices de droit international privé qui est d'assurer une protection uniforme de la partie réputée faible, indépendamment de ses caractéristiques individuelles.

⁸⁰ CJUE, 3 septembre 2015, *Costea*, C-110/14 (ECLI:EU:C:2015:538), consid. 21.

⁸¹ CJCE, 16 juillet 1998, *Gut Springenheide et Tusky*, C-210/96 (ECLI:EU:C:1998:369).

⁸² HUG, Consommateur moyen.

est envisagé comme disposant d'une force économique supérieure et d'une expertise juridique accrue. L'équilibre contractuel est rétabli au moyen des règles spéciales régissant les contrats conclus avec des consommateurs.

79. Les règles protectrices de droit international privé ne sont dès lors pas conçues pour s'appliquer en prenant en considération une éventuelle vulnérabilité intrinsèque ou extrinsèque du consommateur. Les caractéristiques individuelles – telles que l'âge ou une situation financière précaire – demeurent sans incidence sur la qualification de consommateur dans ce contexte. Les règles de conflit spéciales assurent une protection uniforme de la partie réputée faible et bénéficient ainsi indistinctement à l'ensemble des consommateurs dans le cadre des relations B2C, sans mécanisme spécifique de protection renforcée pour les consommateurs vulnérables.
80. Les règles de droit international privé protégeant les consommateurs sont par conséquent susceptibles de s'appliquer aux relations contractuelles entre utilisateurs et fournisseurs de réseaux sociaux, pour autant que les conditions prévues soient remplies, et ce indépendamment de toute considération liée à la vulnérabilité.
81. La prise en considération d'une éventuelle vulnérabilité du consommateur ne relève pas du stade des règles de conflit, mais, le cas échéant, de l'application du droit matériel désigné.

IV. La vulnérabilité de l'utilisateur face aux conditions générales

82. Pour illustrer notre propos sur la vulnérabilité des utilisateurs des réseaux sociaux, nous prendrons pour exemple les conditions générales d'utilisation. Nous montrerons d'abord en quoi ces conditions générales contribuent à la vulnérabilité des utilisateurs (A). Nous examinerons ensuite les règles protégeant les consommateurs contre les clauses abusives (B), ce qui nous conduira à un examen successif des clauses d'élection de droit, de for et d'arbitrage intégrées dans des conditions générales (C). Cette analyse nous permettra d'étudier l'articulation entre les règles de droit international privé et celles de droit de la consommation, afin

de déterminer comment elles se coordonnent pour protéger les consommateurs contre les clauses abusives.

A. Les conditions générales comme facteur de vulnérabilité

83. Il est admis que les conditions générales d'utilisation (*terms of service*) des fournisseurs de réseaux sociaux – souvent excessivement longues, techniques, peu transparentes et fréquemment révisées – ne permettent pas à l'utilisateur d'appréhender réellement leur portée⁸³. Ce manque de transparence contribue à la vulnérabilité des utilisateurs des réseaux sociaux.

1. L'effet de la surcharge informationnelle

84. C'est avant tout la vulnérabilité comportementale des utilisateurs qui est accentuée par le caractère hermétique des conditions générales. Ils sont en effet conduits, sous l'effet de la surcharge informationnelle (*information overload*), à minimiser leur importance et à prendre des décisions contractuelles hâtives⁸⁴. Les biais cognitifs des utilisateurs peuvent aussi être exploités par la présence de *dark patterns* dans l'interface d'acceptation des conditions générales, de manière à les orienter mécaniquement vers l'acceptation. Ce phénomène se traduit par une acceptation largement mécanique et passive des conditions générales⁸⁵, sans véritable compréhension ni évaluation critique de leur contenu, en cliquant ou en cochant une case.
85. En outre, l'utilisateur est généralement également lié par son acceptation de la politique de confidentialité (*privacy policy*), ainsi que par son acceptation, expresse ou implicite, d'autres documents liés aux conditions générales, tels que la politique relative aux cookies (*cookies policy*), les conditions particulières liées aux services payants,

⁸³ VAN DER DONK, 187 (« [I]t has been empirically proven, time after time, that the terms of services as they are applied on social media platforms are unreadable and incomprehensible. »), et réf. cit. Cf. aussi FASEL/WEERTS, 598.

⁸⁴ DUROVIC/POON, 420 s.

⁸⁵ Le fait que le destinataire des conditions générales ne les lise pas est un phénomène généralisé pouvant s'expliquer notamment par la raison qu'il n'a pas le pouvoir de les modifier.

la charte d'utilisation (*code of conduct*). L'ensemble de ces documents présentent une certaine opacité à la fois technique et juridique qui contribue à la surcharge informationnelle affectant l'utilisateur.

2. Le caractère incertain du consentement libre et éclairé

86. Cette complexité juridique, associée au design trompeur de l'interface utilisateur, accentue l'asymétrie d'information et entrave la capacité de l'utilisateur à comprendre ses droits et obligations. Dans un tel contexte, on peut douter de son consentement libre et éclairé⁸⁶.
87. La vulnérabilité des utilisateurs des réseaux sociaux est par ailleurs exacerbée par le caractère contraignant du contrat d'adhésion : ils ne peuvent pas refuser les conditions générales s'ils souhaitent accéder aux services de la plateforme, ce qui accentue le déséquilibre structurel entre le fournisseur et les utilisateurs.
88. L'utilisateur est particulièrement vulnérable lorsque la plateforme occupe une position quasi-monopolistique, réduisant considérablement la possibilité de recourir à des services alternatifs.
89. En droit européen, le RGPD retient que le consentement ne doit pas être considéré comme donné librement si la personne concernée « ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice »⁸⁷. On peut en déduire que l'utilisateur d'un réseau social ne peut pas être contraint de choisir entre communiquer ses données personnelles pour pouvoir accéder aux services de la plateforme ou renoncer entièrement à l'accès aux services⁸⁸. Toutefois, le simple fait qu'un réseau social occupe une position dominante ne fait pas obstacle à ce que ses utilisateurs puissent valablement consentir au traitement de leurs données à caractère personnel effectué par cet opérateur. Mais cet élément doit être pris

⁸⁶ HUG, *Dark patterns*. Cf. aussi CARTWRIGHT, 121 s.

⁸⁷ RGPD, consid. 42.

⁸⁸ VAN DER DONK, 182 s.

en considération pour apprécier le caractère valable (et notamment libre) du consentement donné par l'utilisateur⁸⁹.

B. La protection du consommateur contre les clauses abusives

90. Le constat que les conditions générales constituent un facteur important de vulnérabilité des utilisateurs des réseaux sociaux appelle à s'interroger sur la manière dont le droit appréhende ces conditions contractuelles. Dans ce chapitre, nous nous référerons au droit suisse et au droit européen, en raison de la forte influence que ce dernier exerce sur le droit suisse de la consommation⁹⁰, pour examiner le régime des clauses abusives qui joue un rôle central dans la protection des consommateurs.

1. La notion de clause abusive

91. En droit suisse, la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)⁹¹ protège les consommateurs contre l'utilisation de conditions générales abusives. Sont définies comme abusives des conditions générales qui « en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat » (art. 8 LCD).
92. L'art. 8 LCD correspond, en droit européen, à l'art. 3 de la Directive sur les clauses abusives⁹² selon lequel « [u]ne clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif

⁸⁹ CJUE, 4 juillet 2023, *Meta Platforms*, C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537), consid. 147 s.

⁹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LCD, 5561. Cf. aussi UWG Kommentar-HEISS, art. 8 N 114 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 117. Pour une présentation détaillée de l'influence du droit européen, cf. HUG, Thèse, N 369-393.

⁹¹ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD ; RS 241).

⁹² Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive sur les clauses abusives ; JO L 95 du 21 avril 1993, 29).

entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Le législateur a précisé que l'art. 8 LCD s'inspire largement de cette disposition⁹³.

2. La détermination de la qualité de consommateur

93. En l'absence d'une définition du terme « consommateur » dans la LCD, cette notion doit être appréhendée à partir de la finalité du contrat⁹⁴, en considérant notamment le rôle assumé par la personne lors de sa conclusion⁹⁵. Est ainsi considéré comme consommateur celui qui agit à des fins étrangères à toute activité professionnelle ou commerciale.
94. Comme en droit international privé, seule une personne physique peut avoir la qualité de consommateur⁹⁶. A noter que, lors de la récente révision de l'art. 8 LCD, la question s'est posée de l'extension de son champ d'application aux petites et moyennes entreprises (PME) qui se trouvent souvent dans la position d'une partie contractante faible, similaire à celle des consommateurs personnes physiques, dans leurs relations avec un réseau social⁹⁷. Cette proposition a cependant été écartée par le Parlement qui a refusé de qualifier les PME de consommateurs au sens de l'art. 8 LCD.
95. En droit européen, un consommateur est « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »

⁹³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LCD, 5561.

⁹⁴ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 124.

⁹⁵ UWG Kommentar-HEISS, art. 8 N 105.

⁹⁶ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 794. Cf. FORNAGE, Thèse, 33, et réf. cit. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 129 s. Ces auteurs, parmi d'autres, considèrent que cette approche est trop restrictive.

⁹⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LCD, 5561, 5567 s. Dans son Message, le législateur a insisté sur le besoin de protection non seulement des consommateurs au sens étroit, mais aussi des PME contre les pratiques commerciales déloyales. En particulier, en lien avec l'utilisation de conditions générales abusives, il a précisé que « [l]e domaine de protection de la LCD s'étend à tous les clients, et pas seulement aux consommateurs » (*ibid.*, 5557).

(art. 2 lit. b de la Directive sur les clauses abusives)⁹⁸. La Cour de justice a jugé qu'une personne ayant conclu un contrat de crédit destiné à un usage en partie lié à son activité professionnelle et en partie étranger à cette activité peut être qualifiée de consommateur au sens de cette disposition si la finalité professionnelle n'est pas prédominante⁹⁹.

96. Cette condition de la prépondérance peut être reprise en droit suisse pour interpréter la notion de consommateur au sens de l'art. 8 LCD comme toute personne « qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont de manière prépondérante sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle »¹⁰⁰.

3. La protection renforcée du consommateur vulnérable

97. L'objectif initial de la Directive sur les clauses abusives est de protéger les consommateurs contre les clauses déséquilibrées contraires à la bonne foi qui pourraient figurer dans un contrat standard. La Cour de justice a ainsi relevé que le système de protection mis en œuvre « repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci »¹⁰¹.
98. La protection contre les clauses abusives vise précisément à rétablir l'équilibre entre les droits et obligations des parties au contrat en répondant au besoin reconnu de protéger la partie faible au contrat

⁹⁸ Cf. CJCE, 22 novembre 2001, *Cape et Idealservice*, C-541/99 et C-542/99 (ECLI:EU:C:2001:625).

⁹⁹ CJUE, 8 juin 2023, *YYY*, C-570/21 (ECLI:EU:C:2023:456). L'interprétation de la notion de consommateur au sens de la Directive sur les clauses abusives est dès lors moins stricte que celle faite dans le cadre des art. 15 ss CL. Cf. CJCE, 20 janvier 2005, *Gruber*, C-464/01 (ECLI:EU:C:2005:32).

¹⁰⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 137.

¹⁰¹ CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08 (ECLI:EU:C:2009:615), consid. 29 ; CJUE, 3 septembre 2015, *Costea*, C-110/14 (ECLI:EU:C:2015:538), consid. 18 ; CJUE, 3 avril 2019, *Aqua Med*, C-266/18 (ECLI:EU:C:2019:282), consid. 27.

qui n'a pas les moyens de modifier les conditions générales qui lui sont imposées¹⁰².

99. Le modèle de référence est celui d'un « consommateur moyen » qui est « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »¹⁰³. Cette même jurisprudence a été reprise par la Cour de justice¹⁰⁴ pour interpréter la notion de contrat conclu avec un consommateur en droit international privé au sens de l'art. 17 du Règlement Bruxelles Ibis, afin de promouvoir une interprétation uniforme en droit européen. Ce concept correspond d'ailleurs aussi à celui retenu en droit international privé suisse (cf. N 77 s.).
100. Mais la protection du consommateur au sein de l'Union européenne a progressivement évolué, passant d'une approche objective et abstraite, centrée sur un groupe de personnes acquérant des biens et services destinés à un usage privé, à une conception plus individualisée mettant l'accent sur la participation au marché intérieur¹⁰⁵.
101. Il est révélateur à ce titre que la Directive sur les clauses abusives précise dans ses considérants avoir été adoptée « en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services ». Les nombreux textes adoptés ces dernières années par le législateur européen protègent ainsi les droits des consommateurs européens, tout « en veillant à l'équilibre entre les intérêts du marché et ceux des consommateurs »¹⁰⁶.
102. Ce changement de paradigme a permis d'introduire dans le droit européen de la consommation le concept de consommateur

¹⁰² CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 23 s.

¹⁰³ Cf. not. CJCE, 16 juillet 1998, *Gut Springenheide et Tusky*, C-210/96 (ECLI:EU:C:1998:369) ; CJCE, 24 octobre 2002, *Linhart et Biffel*, C-99/01 (ECLI:EU:C:2002:618). Cf. aussi ILIEVA, 338-341 ; KAMPHORST, 179.

¹⁰⁴ CJUE, 25 janvier 2018, *Schrems*, C-498/16 (ECLI:EU:C:2018:37), consid. 39.

¹⁰⁵ GALLI, 182 s., et réf. cit.

¹⁰⁶ Cf. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/47/consumer-protection-measures> (consulté le 10.09.2025). Ce site recense l'ensemble des textes législatifs européens de la protection des consommateurs, ainsi que les études réalisées par ou pour le Parlement européen dans ce domaine.

vulnérable¹⁰⁷. Cette nouvelle catégorie de consommateur permet de prendre en compte le fait que tous les consommateurs n'ont pas nécessairement un niveau de connaissances « moyen » ni un comportement « normal ». Autrement dit, la notion de consommateur vulnérable permet de dépasser la fiction abstraite du consommateur moyen en tenant compte des caractéristiques personnelles de l'individu concerné.

103. Le consommateur vulnérable se trouve non seulement en position de faiblesse, comme tous les consommateurs, mais il est également désavantagé en raison de circonstances propres, qu'elles soient liées à son âge, à son état de santé, à sa situation économique ou encore au contexte particulier dans lequel il se trouve¹⁰⁸. Dans la Directive relative aux droits des consommateurs¹⁰⁹, le législateur européen a ainsi estimé que « le professionnel devrait tenir compte des besoins spécifiques des consommateurs qui sont particulièrement vulnérables »¹¹⁰.
104. Certains instruments européens offrent au consommateur vulnérable une protection spécifique renforcée prenant en compte sa fragilité. Par exemple, dans le domaine des pratiques commerciales déloyales, la vulnérabilité d'un consommateur ne lui confère pas de nouveaux droits, mais modifie le standard juridique utilisé pour qualifier une pratique commerciale de déloyale¹¹¹. Ainsi, quand bien même le modèle de référence reste celui du consommateur moyen, l'évaluation d'une pratique commerciale doit être faite en considérant les caractéristiques propres du groupe particulier de consommateurs vulnérables, afin de réaliser

¹⁰⁷ Cf. GALLI, 183 s. ; ILIEVA, 342 s.

¹⁰⁸ ILIEVA, 341 s. ; KAMPHORST, 179.

¹⁰⁹ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (JO L 304 du 22 novembre 2011, 64).

¹¹⁰ Directive relative aux droits des consommateurs, consid. 34.

¹¹¹ Cf. les consid. 18 et 19 de la Directive 2005/29 CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (Directive sur les pratiques commerciales déloyales ; JO L 149 du 11 juin 2005, 22). Dans ce texte, le législateur européen a reconnu l'existence de consommateurs ayant une fragilité intrinsèque leur conférant une capacité réduite à résister aux pratiques commerciales déloyales (voir art. 5 par. 3), justifiant un niveau de protection élevé. Cf. FRIANT-PERROT, 99 s.

l'évaluation du point de vue du membre moyen de ce groupe¹¹². Par exemple, lorsqu'une pratique commerciale s'adresse spécifiquement aux enfants, son incidence doit être évaluée non pas du point de vue d'un consommateur moyen, mais de celui d'un consommateur-enfant moyen.

105. A notre connaissance, le concept de consommateur vulnérable n'a pas encore été reconnu dans le droit suisse de la consommation¹¹³. Une telle consécration pourrait néanmoins intervenir à l'avenir, par le biais de la jurisprudence, compte tenu de l'influence croissante du droit européen de la consommation sur le droit suisse. Toutefois, son éventuelle réception devrait être nuancée par la prise en considération de l'origine du concept, qui répond à des objectifs propres à l'Union européenne, notamment liés à l'établissement du marché intérieur, et qui ne concernent pas directement la Suisse¹¹⁴. Sous cette réserve, rien n'empêcherait les tribunaux suisses d'entériner la notion de consommateur vulnérable en adaptant, selon les circonstances, le modèle de référence du consommateur moyen, afin de tenir compte des besoins spécifiques de protection d'un groupe particulier de consommateurs vulnérables. Une telle évolution permettrait de renforcer la protection des personnes les plus exposées sans pour autant rompre avec les principes généraux du droit suisse de la consommation.

C. Les clauses d'élection de droit, de for et d'arbitrage

106. Dans cette section, nous procédons à l'analyse de la portée des clauses d'élection de droit, de for et d'arbitrage figurant dans les conditions générales des fournisseurs des réseaux sociaux pour déterminer dans quelle mesure elles lient les utilisateurs. Il s'agit d'une question particulièrement sensible, car ce type de clause risque

¹¹² Cf. GALLI, 186-188.

¹¹³ HUG, Consommateur moyen, N 40 relève cependant que la protection du consommateur en Suisse, telle qu'elle était conçue traditionnellement (par ex. contre les crédits ruineux), était en réalité (déjà) une protection de la vulnérabilité économique de personnes défavorisées.

¹¹⁴ Cf. par ex. ATF 131 III 227 (f), consid. 3.1.

en pratique de neutraliser la protection offerte par les règles protectrices du droit international privé.

1. L'élection de droit

a) Quelle protection lorsque le droit suisse est normalement applicable

107. Si un tribunal suisse est saisi d'un litige de nature contractuelle¹¹⁵ entre un fournisseur de réseau social dont le siège est situé à l'étranger et un utilisateur résidant en Suisse, il devra appliquer impérativement le droit suisse (art. 120 LDIP ; cf. N 54). L'art. 8 LCD est alors sans aucun doute applicable lorsque les conditions d'application de cette disposition sont remplies (cf. N 91-96).
108. Les conditions générales du fournisseur peuvent cependant contenir des règles dérogeant au droit suisse. Il faut cependant réserver les dispositions impératives du droit suisse auxquelles il n'est pas possible de déroger par accord des parties, notamment par l'intégration de clauses contraires dans les conditions générales¹¹⁶.
109. La situation est donc relativement simple, du point de vue du droit international privé suisse, dès lors qu'une élection de droit dérogeant au droit de la résidence habituelle du consommateur n'est pas valable devant les tribunaux suisses (art. 120 al. 2 LDIP ; cf. N 54). Le juge suisse n'aurait ainsi pas à tenir compte d'une éventuelle élection de droit désignant un droit étranger figurant dans les conditions générales. L'interdiction de l'élection de droit permet

¹¹⁵ La qualification du litige aura, bien entendu, une influence sur les règles applicables. Notre propos est ici limité aux litiges de nature contractuelle survenant entre un fournisseur de réseau social et un utilisateur. Pour les questions en lien avec les litiges relatifs à la protection de la personnalité à la suite d'une atteinte commise sur un réseau social, cf. par ex. GUÉRIN ; CONSTANTIN. Cf. aussi les Conclusions de l'Avocat général CRUZ VILLALÓN, présentées le 29 mars 2011, dans les affaires *eDate Advertising*, C-509/09 et C-161/10 (ECLI:EU:C:2011:192), point 48 (« les victimes éventuelles de publications portant atteinte aux droits de la personnalité se trouvent dans une position de vulnérabilité particulière lorsque le support est fourni par Internet »).

¹¹⁶ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 68.

précisément d'éviter que le but des règles protectrices soit tenu en échec par la seule volonté des parties.

110. A titre de comparaison, le système prévu en droit international privé européen est quelque peu différent, dès lors qu'il autorise les parties à un contrat conclu avec un consommateur de déroger à la loi de sa résidence habituelle. Toutefois, il n'est pas permis de priver le consommateur de la protection offerte par les règles impératives de l'Etat de sa résidence habituelle au moyen d'une élection de droit¹¹⁷.
111. Cette protection assurée par les règles de conflit de lois est renforcée au niveau du droit matériel européen par l'art. 6 de la Directive sur les clauses abusives, en vertu de laquelle le consommateur ne doit pas être privé de la protection offerte par le droit européen par le choix du droit d'un pays tiers au moyen d'une élection de droit¹¹⁸. La Cour de justice a en outre précisé qu'une élection de droit figurant dans des conditions générales doit être considérée comme abusive si elle n'informe pas le consommateur du fait qu'il bénéficie de la protection que lui assurent les règles impératives de l'Etat de sa résidence habituelle quand bien même un autre droit a été désigné au moyen d'une élection de droit¹¹⁹. Ces règles s'appliquent notamment aux relations contractuelles entre un fournisseur de réseau social et un utilisateur résidant dans un Etat membre de l'Union européenne¹²⁰.

¹¹⁷ Art. 6 du Règlement (CE) N 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Règlement Rome I ; JO L 177 du 4 juillet 2008, 6).

¹¹⁸ Art. 6 de la Directive sur les clauses abusives : « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres ».

¹¹⁹ CJUE, 28 juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15 (ECLI:EU:C:2016:612), consid. 71.

¹²⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (2019/C 323/04) (C 323 du 27 septembre 2019, 4), 12. Cf. VAN DER DONK, 196-199.

b) Quelle protection lorsqu'un droit étranger est normalement applicable

112. Qu'en est-il lorsqu'un tribunal suisse est saisi d'un litige de nature contractuelle entre un fournisseur de réseau social et un utilisateur résidant à l'étranger ? Cette hypothèse, même si elle paraît quelque peu théorique, ne peut pas être entièrement exclue. Elle peut se produire, en particulier, lorsque l'action est dirigée contre un fournisseur ayant son siège ou, au moins, un établissement en Suisse¹²¹, ou lorsque la compétence des tribunaux suisses peut être fondée sur une élection de for valable (cf. N 47 pour la LDIP, respectivement N 50 pour la Convention de Lugano)¹²². Dans ce cas, le droit étranger de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur est applicable (art. 120 LDIP). La question du caractère éventuellement abusif des conditions générales doit alors être examinée au regard de ce même droit étranger.
113. La question se pose alors de savoir si un utilisateur résidant à l'étranger peut invoquer la protection offerte par l'art. 8 LCD contre l'utilisation de conditions générales abusives. La réponse n'est pas évidente, dès lors que toute disposition impérative du droit suisse n'a pas nécessairement vocation à s'appliquer dans une relation contractuelle internationale. A notre avis, la réponse est néanmoins positive : l'art. 8 LCD peut s'appliquer même si la relation contractuelle est régie par un droit étranger. Cette conclusion s'impose pour les raisons suivantes.
114. D'abord, la protection contre les conditions générales abusives vise à éviter que des obligations disproportionnées soient imposées au consommateur ou que ses droits soient excessivement restreints en laissant à l'autre partie la maîtrise du contenu du contrat. Comme il a été relevé, « le principe de la liberté contractuelle n'a [...] de sens que si chaque partie peut effectivement influencer le contenu du contrat ».¹²³ L'encadrement juridique des conditions générales

¹²¹ Art. 16 par. 1 et 2 CL. Cf. nbp 50.

¹²² On notera à ce sujet qu'aussi bien l'art. 5 LDIP que l'art. 23 CL ne requièrent pas un lien particulier de la cause avec le for élu pour s'appliquer. Cf. CJCE, 17 janvier 1980, *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salinitri*, C-56/79 (ECLI:EU:C:1980:15), consid. 4.

¹²³ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 90.

traduit donc la volonté de l'Etat de garantir des rapports contractuels équitables et de maintenir la confiance dans son système juridique.

115. Ensuite, ces règles ne visent pas seulement à corriger le déséquilibre structurel entre professionnel et consommateur – en protégeant la partie faible au contrat –, mais aussi à empêcher des distorsions de concurrence entre les entreprises qui respectent les règles et celles qui ne les respectent pas au détriment de leurs clients. Le contrôle du contenu des conditions générales a dès lors principalement pour but d'assurer le bon fonctionnement du marché en garantissant une concurrence loyale¹²⁴.
116. Enfin, la protection contre les clauses abusives contribue à préserver la dignité du consommateur face à des pratiques contractuelles standardisées. Dans le cadre d'une relation contractuelle avec un fournisseur de réseau social, les clauses standardisées affectent plus durement les groupes de consommateurs à faible littératie numérique. Sans intervention juridique, ces groupes risqueraient d'être progressivement exclus de certains services numériques ou de s'y engager dans des conditions manifestement désavantageuses, exacerbant ainsi des inégalités déjà existantes. Il est ainsi permis de considérer que l'art. 8 LCD a pour fonction de garantir une inclusion numérique – et, partant, de limiter les effets de la fracture numérique – et de préserver la cohésion sociale, en veillant à ce qu'aucune catégorie de consommateurs ne se retrouve systématiquement en position de désavantage contractuel.
117. On peut en déduire que l'art. 8 LCD ne protège pas seulement l'utilisateur pris isolément, mais assure la stabilité du marché, la confiance dans les transactions – notamment dans l'environnement des plateformes numériques – et la légitimité de l'ordre juridique. Autrement dit, la protection contre les clauses abusives défend autant la protection de droits individuels que la protection de l'intérêt public en sauvegardant des intérêts fondamentaux étatiques, économiques et sociopolitiques. L'art. 8 LCD a ainsi

¹²⁴ Cf. par ex. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 28.

clairement le caractère de loi d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP dans les relations internationales¹²⁵.

118. Cette conclusion rejoint celle de la Cour de justice qui a relevé « la nature et l'importance de l'intérêt public » sur lequel repose la protection accordée par la Directive sur les clauses abusives, tout en reconnaissant que son art. 6 est une « disposition impérative qui tend à substituer à l'équilibre formel que le contrat établit entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces derniers »¹²⁶. Elle en a déduit que ces éléments confèrent à l'art. 6 de la Directive sur les clauses abusives le caractère de norme d'ordre public¹²⁷, ce qui lui donne vocation à s'appliquer quelle que soit la loi régissant le contrat¹²⁸.
119. En résumé, lorsqu'un droit étranger est applicable à la relation contractuelle entre un utilisateur et un fournisseur de réseau social, les règles de ce droit étranger sont en principe applicables pour juger du caractère abusif des conditions générales (art. 120 al. 1 LDIP). Par exemple, si le consommateur réside dans un Etat membre de l'Union européenne, le juge suisse appliquera la protection offerte notamment par la Directive européenne sur les clauses abusives. Toutefois, l'art. 8 LCD peut aussi être invoqué devant un tribunal suisse au titre de loi d'application immédiate (art. 18 LDIP). Cette disposition sera surtout utile lorsque le droit étranger de l'Etat de résidence du consommateur lui offre une moins bonne protection contre les conditions générales abusives que le droit suisse.

¹²⁵ Sur la notion de loi d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP, cf. par ex. ATF 136 III 23 (admettant la qualité de loi d'application immédiate pour l'art. 10 al. 2 lit. c LCD) ; ATF 135 III 614. Cf. CR DIP-GUILLAUME, art. 120 LDIP N 28-31. Cf. aussi PICHONNAZ, 140 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 368.

¹²⁶ CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08 (ECLI:EU:C:2009:615), consid. 30.

¹²⁷ CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08 (ECLI:EU:C:2009:615), consid. 52. Sur le caractère de loi d'application immédiate des dispositions de droit national transposant les Directives européennes adoptées dans le domaine du droit de la consommation, cf. UNGERER, 401-403, qui mentionne notamment le fait que certaines dispositions figurant dans ces Directives peuvent être appliquées par les tribunaux des Etats membres directement au titre de lois d'application immédiate en vertu de l'art. 23 du Règlement Rome I.

¹²⁸ Art. 9 du Règlement Rome I.

2. L'élection de for

120. Une autre question est celle de la validité d'une élection de for figurant dans les conditions générales d'un fournisseur de réseau social, dérogeant aux dispositions protectrices du droit international privé.
121. Le droit international privé suisse protège le consommateur précisément contre ce risque en prévoyant qu'il ne peut pas renoncer d'avance au for suisse de son domicile ou de sa résidence habituelle (art. 114 al. 2 LDIP)¹²⁹. Une élection de for acceptée par le consommateur par simple adhésion aux conditions générales, prévoyant un for exclusif dans un autre Etat, est par conséquent nulle et n'aura aucun effet sur la compétence des tribunaux suisses du domicile ou de la résidence habituelle du consommateur¹³⁰.
122. L'art. 114 al. 2 LDIP s'applique lorsqu'un consommateur, dont le domicile ou la résidence habituelle se trouve en Suisse, est demandeur à une action dirigée contre un fournisseur dont le domicile ne se trouve pas dans un Etat contractant de la Convention de Lugano¹³¹.
123. Dans le cas où le domicile du défendeur à l'action est situé dans un Etat lié par la Convention de Lugano (cf. N 51), la validité d'une élection de for intégrée dans les conditions générales doit être

¹²⁹ Cf. art. 114 al. 1 LDIP (cf. N 47). CR DIP-GUILLAUME, art. 114 LDIP N 21-25.

¹³⁰ L'art. 114 al. 2 LDIP suffit à rendre inopérante une élection de for écartant le for suisse du domicile ou de la résidence habituelle du consommateur figurant dans des conditions générales. Il n'est donc pas nécessaire d'invoquer l'art. 5 al. 2 LDIP qui protège notamment la partie faible dans un contrat contre les abus en matière de prorogation de compétence. Cette disposition peut cependant être utile en cas d'élection de for convenue après la naissance d'un différend.

¹³¹ Les règles de conflit nationales (telles que celles figurant dans la LDIP) ne sont applicables que si le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat contractant de la Convention de Lugano (art. 4 par. 1 CL). Dans le cas d'une action en justice dirigée contre un défendeur – fournisseur ou consommateur – domicilié en Suisse, la validité d'une élection de for figurant dans des conditions générales sera examinée au regard des règles de cette Convention. Lorsqu'un consommateur sans domicile ni résidence habituelle en Suisse est demandeur à l'action, l'art. 114 al. 2 LDIP n'est pas applicable. Cette disposition vise en effet à protéger le consommateur dont le domicile ou la résidence habituelle se trouve en Suisse. CR DIP-GUILLAUME, art. 114 LDIP N 24.

examinée par un tribunal suisse au regard des règles conventionnelles. Peu importe que le for ainsi désigné soit en Suisse ou à l'étranger, dans un Etat partie ou non à la Convention de Lugano¹³². Cet instrument protège le consommateur contre une élection de for figurant dans des conditions générales essentiellement par deux règles.

124. Premièrement, une telle élection de for sera considérée comme nulle et sans aucun effet, sauf si elle élargit les fors à disposition du consommateur en lui permettant d'agir non seulement dans l'Etat de son propre domicile ou de celui de son fournisseur¹³³, mais aussi dans un ou plusieurs autres Etats (art. 17 ch. 2 CL).
125. Deuxièmement, lorsque le consommateur a son domicile ou sa résidence habituelle dans le même Etat que le siège du fournisseur au moment de la conclusion du contrat, une élection de for figurant dans les conditions générales de ce dernier et attribuant une compétence exclusive aux tribunaux de cet Etat est considérée comme valable (art. 17 ch. 3 CL). Il faut cependant réserver l'hypothèse où une telle élection de for serait contraire à une disposition impérative figurant dans la loi de l'Etat dont les tribunaux ont été choisis de la sorte. On peut penser à ce titre, notamment, à l'interdiction contre les clauses abusives telle que prévue à l'art. 8 LCD ou dans la Directive européenne sur les clauses abusives.
126. La Cour de justice a jugé qu'une clause conférant une compétence exclusive aux tribunaux de l'Etat du siège du fournisseur, acceptée par le consommateur simplement par adhésion, peut être considérée comme abusive au sens de l'art. 3 de cette Directive¹³⁴. Comme le prévoit cette disposition, une telle clause crée en effet, au détriment du consommateur et en dépit de l'exigence de la bonne foi, « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Ainsi, en droit européen, certaines

¹³² CJUE, 19 juillet 2012, *Mahamdia*, C-154/11 (ECLI:EU:C:2012:491), consid. 65. Cf. CR DIP-GUILLAUME, art. 17 CL N 6-8.

¹³³ Cf. art. 16 par. 1 CL. (cf. N 49).

¹³⁴ CJCE, 27 juin 2000, *Océano*, C-240/98 (ECLI:EU:C:2000:346), consid. 24 ; CJUE, 4 juin 2009, *Pannon*, C-243/08 (ECLI:EU:C:2009:350), consid. 44.

clauses contractuelles standardisées sont présumées abusives¹³⁵. Sont visées notamment les clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle, c'est-à-dire celles rédigées à l'avance et sur lesquelles le consommateur n'a, de ce fait, exercé aucune influence, notamment lorsqu'elles figurent dans un contrat d'adhésion.

127. On mentionnera enfin que le consommateur n'est pas protégé contre une élection de for convenue non pas dans les conditions générales, mais après la naissance d'un différend¹³⁶.
128. Dans tous les cas, un tribunal suisse n'appliquera une élection de for – pour accepter ou renoncer à sa compétence – que si celle-ci respecte les conditions de validité formelles applicables¹³⁷.

3. L'arbitrage

129. Lorsque les conditions générales d'un fournisseur de réseau social contiennent une clause d'arbitrage comme mode exclusif de règlement des différends, la validité de cette clause doit être examinée au regard du chapitre 12 de la LDIP si le siège du tribunal est en Suisse et qu'au moins l'une des parties n'avait ni domicile, ni résidence habituelle, ni siège en Suisse au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage¹³⁸.
130. Il n'y a pas de restriction quant à l'arbitrabilité d'un contrat conclu avec un consommateur, dès lors que « [t]oute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage » (art. 177 al. 1 LDIP)¹³⁹. Le droit international privé suisse ne prévoit donc pas de protection particulière du consommateur engagé dans une relation contractuelle internationale contre une clause d'arbitrage figurant

¹³⁵ Cf. art. 3 par. 3 de la Directive sur les clauses abusives et son Annexe.

¹³⁶ Cf. art. 114 al. 2 LDIP et art. 17 ch. 1 CL.

¹³⁷ Cf. art. 5 LDIP, respectivement art. 23 CL. Cf. aussi CJUE, 21 mai 2015, *El Majdoub*, C-322/14 (ECLI:EU:C:2015:334), consid. 40 ; ATF 139 III 345, consid. 4.4.

¹³⁸ Art. 176 al. 1 LDIP.

¹³⁹ CR DIP-TSCHANZ, art. 177 LDIP N 51.

dans des conditions générales¹⁴⁰. Toutefois, pour être prise en compte, la clause d'arbitrage doit être formellement valable¹⁴¹.

131. A l'inverse, en droit européen, une clause d'arbitrage obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage figurant dans des conditions générales est susceptible d'être considérée comme abusive, dès lors qu'une telle clause supprime ou entrave l'exercice d'actions en justice¹⁴². Cela a pour effet que les consommateurs ne sont pas liés par une clause d'arbitrage, étant précisé que la validité de ce type de clause peut être examinée d'office¹⁴³. Ces règles s'appliquent lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans un Etat membre de l'Union européenne.
132. A notre avis, ces règles devraient être reprises en droit suisse dans le cadre de l'interprétation de l'art. 8 LCD¹⁴⁴. Cela permettrait d'assurer une meilleure protection des consommateurs en évitant que les règles de conflit protectrices puissent être contournées au moyen d'une clause d'arbitrage intégrée unilatéralement dans des conditions générales. Le législateur suisse a d'ailleurs implicitement adopté cette position en proposant d'interpréter l'art. 8 LCD à l'aune de l'art. 3 par. 1 de la Directive sur les clauses abusives¹⁴⁵.

V. Conclusion

133. Cette contribution met en lumière le fait que l'environnement des plateformes numériques constitue un milieu qui, par son architecture technique et économique, exacerbe la vulnérabilité des individus en tant qu'utilisateurs¹⁴⁶. En exploitant leurs biais cognitifs

¹⁴⁰ Cf. GUILLAUME, 244-248 (s'agissant de la validité d'une clause d'arbitrage figurant dans les conditions générales d'une plateforme au regard des règles protectrices du travailleur).

¹⁴¹ Cf. art. 178 LDIP.

¹⁴² Art. 3 de la Directive sur les clauses abusives et ch. 1 lit. g de son Annexe.

¹⁴³ Art. 6 par. 1 de la Directive sur les clauses abusives ; CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08 (ECLI:EU:C:2009:615). Cf. par ex. SCHEBESTA ; VAN BOCHOVE.

¹⁴⁴ Du même avis : HUG, Procédure civile, 43 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 76.

¹⁴⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Message Chapitre 12 LDIP, 7170 s.

¹⁴⁶ Cf. GALLI, 201-203 (« *the 'digital market architecture' is what makes all consumers vulnerable* », 202).

et comportementaux, les réseaux sociaux placent les utilisateurs dans une situation de fragilité constante, où leur liberté de choix se trouve profondément affectée.

134. La vulnérabilité apparaît ainsi comme une dimension inhérente à la condition de consommateur numérique, avec une intensité particulière sur les réseaux sociaux. A cette vulnérabilité structurelle, générée par le fonctionnement algorithmique et les modèles économiques des plateformes, s'ajoute une vulnérabilité individuelle, façonnée par des caractéristiques personnelles telles que l'âge, la littératie numérique, la situation financière ou encore l'état de santé. Cette double dimension – structurelle et individuelle – révèle l'ampleur et la complexité du phénomène.
135. En outre, il est fréquent que les utilisateurs des réseaux sociaux se trouvent dans des situations de vulnérabilité juridique où ils ne parviennent pas à faire valoir leurs droits en raison de contraintes structurelles ou subjectives¹⁴⁷. Celles-ci tiennent notamment à l'asymétrie de pouvoir et de ressources entre l'utilisateur et la plateforme, à la complexité technique et juridique des conditions générales, ainsi qu'à la crainte de perdre l'accès à un service devenu essentiel dans la vie quotidienne. Ces obstacles traduisent en réalité une atteinte au droit fondamental d'accès à la justice, en privant certains utilisateurs de la possibilité effective de comprendre l'étendue de leurs droits et, surtout, de les faire valoir, que ce soit par l'intermédiaire des systèmes de modération mis en place par les plateformes¹⁴⁸ ou devant les tribunaux. Les utilisateurs vulnérables, en particulier, sont souvent moins enclins à supporter les lourdeurs et les coûts d'une procédure judiciaire ou simplement à faire valoir leurs droits de toute autre manière, ce qui contribue à affaiblir encore davantage leur protection effective.
136. En outre, les mécanismes de modération mis en place par les plateformes se révèlent souvent opaques, inconstants et

¹⁴⁷ CARTWRIGHT, 123 s., parle dans ce contexte de « *redress vulnerability* ». Cf. aussi KAMPHORST, 182, qui rappelle que l'accès à la justice est essentiel pour l'effectivité des droits des consommateurs. CARLIER, 186 s., relève les conséquences de la vulnérabilité sur l'exercice des droits de l'homme.

¹⁴⁸ Cf. CONSTANTINO FERREIRA, 108-123.

imprévisibles¹⁴⁹, ce qui compromet l'effectivité du droit à un recours¹⁵⁰ et accentue la vulnérabilité des utilisateurs. Il apparaît ainsi que les exigences posées par les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme¹⁵¹ en matière de recours effectifs sont loin d'être pleinement respectées dans l'environnement des réseaux sociaux.

137. Face à ce constat, la législation actuelle, notamment les règles de droit international privé et celles relatives à la protection contre les clauses abusives, révèle ses limites. Elle repose encore largement sur la fiction d'un consommateur moyen, susceptible d'être seulement vulnérable dans certaines circonstances, alors qu'en réalité, sur les réseaux sociaux et à l'ère de l'intelligence artificielle, tout consommateur est vulnérable.
138. Dès lors, il apparaît indispensable de repenser les instruments juridiques existants afin d'intégrer la vulnérabilité comme une donnée constante de la consommation numérique. Une telle évolution permettrait non seulement d'assurer une protection effective des consommateurs, mais aussi de préserver les conditions d'un environnement numérique plus juste, transparent et respectueux des droits fondamentaux.

¹⁴⁹ Cf. not. NDIOR/NETTER, 169-177. Ces auteurs ont relevé qu'un changement de dirigeant – aussi bien au niveau d'un régime politique que dans la gouvernance d'un réseau social – a le potentiel de modifier les conditions de protection des droits des utilisateurs, ce qui révèle la fragilité des garanties offertes (189 s).

¹⁵⁰ Cf. CONSTANTINO FERREIRA, 119-122.

¹⁵¹ Cf. les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme du 16 juin 2011, qui définissent les obligations des Etats et la responsabilité des entreprises en ce qui concerne l'influence de l'activité économique sur les droits de l'homme (spécialement les Principes 25 à 31). Cf. aussi ZIMMERMANN, Obligations positives, 222-226.

Bibliographie

BATAT WIDED, An adolescent-centric approach to consumer vulnerability, in : Hamilton/Dunnett/Piacentini (édit.), *Consumer Vulnerability – Conditions, Contexts and Characteristics*, Abingdon/New York 2016, 103 ss

BAUMANN IAGO, La relation entre une PME et un réseau social vue par le prisme de la procédure, in : Guillaume (édit.), *La technologie, l'humain et le droit*, Berne 2023, 39 ss

BEAUDET-LABRECQUE OLIVIER, Les abus financiers commis à l'encontre des personnes de 55 ans et plus, avril 2024, disponible sur le site : <https://www.prosenectute.ch/fr/espace-pro/publications/etudes/abus-financiers-2023.html> (consulté le 10.09.2025)

BESSON SAMANTHA, La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme – L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : Burgogue-Larsen (édit.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris 2014, 59 ss

BOITEUX-PICHERAL CAROLINE, Vers une protection « systématisée » des personnes vulnérables ?, in : Boiteux-Picheral (édit.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme – Conception(s) et fonction(s)*, Bruxelles 2019, 7 ss

BOURDAIRE-MIGNOT CAMILLE/GRUNDLER TATTIANA, Existe-t-il des droits et des principes fondamentaux propres aux personnes vulnérables ?, in : Boujeka/Roccati (édit.), *La vulnérabilité en droit international, européen et comparé*, Paris 2022, 143 ss

BUCHER ANDREAS/GUILLAUME FLORENCE (édit.), *Commentaire romand – Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano*, 2^e éd., Bâle 2025 (cité : CR DIP-AUTEUR)

CANEPPELE STEFANO, Internet et vulnérabilité accrue des victimes, in : Depeursinge/Métille/Vuille (édit.), *Lutter contre la cybercriminalité en Suisse*, Berne 2024, 13-26

CARLIER JEAN-YVES, Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2017, 175 ss

CARTWRIGHT PETER, Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers, *Journal of Consumer Policy* 2015, 119 ss

CELLINA EVA, La commercialisation des données personnelles, Genève 2020

CLOUGH ROGER, Older people – Citizens in a consumer society, in : Hamilton/Dunnett/Piacentini (édit.), *Consumer Vulnerability – Conditions, Contexts and Characteristics*, Abingdon/New York 2016, 130 ss

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5539 (cité : Message LCD)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12 : Arbitrage international) du 24 octobre 2018, FF 2018 7153 (cité : Message Chapitre 12 LDIP)

CONSTANTIN ARNAUD, Les élections de for sur les réseaux sociaux c. la défense de la personnalité en ligne : le choc des titans, in : Dunand/Dupont/Mahon (édit.), *Le droit face à la révolution 4.0*, Zurich 2019, 141 ss

CONSTANTINO FERREIRA LEONEL, La modération de contenu par les réseaux sociaux – Les droits procéduraux des utilisateurs à la merci du pouvoir décisionnel des plateformes numériques, in : Guillaume (édit.), *La technologie, l'humain et le droit*, Berne 2023, 95 ss

DUROVIC MATEJA/POON JOSEPH, Consumer Vulnerability, Digital Fairness, and the Rules of Unfair Contract Terms : What Can be Learnt from the Case Law Against TikTok and Meta ?, *Journal of Consumer Policy* 2023, 419 ss

EUROPEAN COMMISSION, Consumer vulnerability across key markets in the European Union – Executive Summary, Janvier 2016

FASEL MATHIEU/WEERTS SOPHIE, Can Facebook's community standards keep up with legal certainty ? – Content moderation governance under the pressure of the Digital Services Act, *Policy & Internet* 2024, 588 ss

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, Berne 2011 (cité : Thèse)

FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Les plateformes en ligne et la protection du consommateur... vers un changement de paradigme, in : Pichonnaz/Werro (édit.), La place du consommateur au quotidien, Zurich 2022, 165 ss (cité : Plateformes)

FRIANT-PERROT MARINE, The Vulnerable Consumer in the UCPD and Other Provisions of EU Law, in : van Boom/Garde/Akseli (édit.), The European Unfair Commercial Practices Directive – Impact, Enforcement, Strategies and National Legal Systems, Londres 2014, 89 ss

GALLI FEDERICO, Algorithmic Marketing and EU Law on Unfair Commercial Practices, Cham 2022

GUÉRIN DOROTHÉE, La désignation du tribunal compétent en cas d'atteinte aux droits de la personnalité sur internet : d'une logique de territorialité à une logique de vulnérabilité ?, Cahiers de droit européen 2012, 671 ss

GUILLAUME FLORENCE, Le contrat de travail international : règles de droit international privé et plateformes numériques, in : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, 193 ss

HAIDT JONATHAN, Génération anxieuse : Comment les réseaux sociaux menacent la santé mentale des jeunes, Paris 2025

HARDY HÉLÈNE/BOITEUX-PICHERAL CAROLINE, La portée transversale de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : Boiteux-Picheral (édit.), La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme – Conception(s) et fonction(s), Bruxelles 2019, 119 ss

HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Kommentar, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2025 (cité : UWG Kommentar-AUTEUR)

HELBERGER NATALI *et al.*, Digital Consumers and the Law – Towards a Cohesive European Framework, Heidelberg 2013

HILTY RETO/ARPAGAU RETO (édit.), *Basler Kommentar – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013 (cité : BSK UWG-AUTEUR)

HUG DARIO, *Le consommateur en procédure civile suisse*, RJN 2018, 15 ss (cité : Procédure civile)

HUG DARIO, *La formation du contrat de consommation : entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse*, thèse Neuchâtel, Bâle 2020 (cité : Thèse)

HUG DARIO, *Art. 8 LCD et plateforme électronique : un arrêt pas si courant du Tribunal fédéral*, Blog du LexTech Institute, 30 novembre 2021, disponible sur le site : <https://www.lextechinstitute.ch/art-8-lcd-et-plateforme-electronique-un-arret-pas-si-courant-du-tribunal-federal/> (consulté le 10.09.2025) (cité : Art. 8 LCD)

HUG DARIO, *Dark patterns ou le côté obscur du Nudge*, Blog du LexTech Institute, 22 février 2022, disponible sur le site : <https://www.lextechinstitute.ch/dark-patterns-ou-le-cote-obscur-du-nudge/> (consulté le 10.09.2025) (cité : Dark patterns)

HUG DARIO, *Le consommateur moyen et le consommateur vulnérable : de la fiction à la réalité ?*, in : Hug/Carron/Müller (édit.), *La figure du consommateur vulnérable*, 5^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Neuchâtel 2025, 23 ss (cité : Consommateur moyen)

HUG DARIO, *Intelligence artificielle, réseaux sociaux et pratiques commerciales déloyales*, in : Guillaume (édit.), *Berne 2026* (à paraître) (cité : Intelligence artificielle)

ILIEVA MIHAELA, *La protection des consommateurs et les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles 2021

KAMPHORST ANNE, *The Right to a Fair Trial in Online Consumer Dispute Resolution*, *Journal of European Consumer and Market Law* 2019, 175 ss

KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)*, 2^e éd., Berne 2023

MARTENET VINCENT/PICHONNAZ PASCAL (édit.), *Commentaire romand – Loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017 (cité : CR LCD-AUTEUR)

NAIM AGNES, *Children as vulnerable consumers*, in : Hamilton/Dunnett/Piacentini (édit.), *Consumer Vulnerability –*

Conditions, Contexts and Characteristics, Abingdon/New York 2016, 79 ss

NDIOR VALÉRIE/NETTER EMMANUEL, Etats et réseaux sociaux – Contrôler le discours en ligne, Paris 2024

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), Consumer Vulnerability in the Digital Age, OECD Digital Economy Papers No 355, Juin 2023

PASTRE-BELDA BÉATRICE, La dimension responsabilisante de la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : Boiteux-Picheral (édit.), La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme – Conception(s) et fonction(s), Bruxelles 2019, 161 ss

PICHONNAZ PASCAL, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, Droit de la construction 2012, 140 ss

RÜEGGER VANESSA/SCHÖBI KATHARINA, Künstliche Intelligenz und Menschenrechte – Menschenwürde als Leitidee im Umgang mit KI, Revue de droit suisse 2025, 209 ss

SCHEBESTA HANNA, Does the National Court Know European Law ? A Note on *Ex Officio* Application after *Asturcom*, European Review of Private Law 2010, 847 ss

UNGERER JOHANNES, Explicit legislative characterisation of overriding mandatory provisions in EU Directives : Seeking for but struggling to achieve legal certainty, Journal of Private International Law 2021, 399-420

VAN BOCHOVE LAURA MARIA, Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law, European Law Review 2014, 147 ss

VAN DER DONK BERDIEN B.E., Digital Bouncers – A European Roadmap to Navigate Access Rights and Moderation Issues on Social Media Platforms, Alphen-sur-le-Rhin 2024

WAUTELET PATRICK, Le consommateur, le réseau social et l'action collective, Journal de droit européen 2018, 260 ss

ZIMMERMANN NESA, Personnes vulnérables et obligations positives : Quelles limites à l'activité économique ?, in : Hari (édit.), Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme

économique : quo vadis ?, Zurich 2016, 221 ss (cité : Obligations positives)

ZIMMERMANN NESA, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Contours et utilité d'un concept en vogue, thèse Genève, Zurich 2022 (cité : Thèse)

ZIMMERMANN NESA, Vulnérabilité et droits fondamentaux des consommatrices et consommateurs, in : Hug/Carron/Müller (édit.), La figure du consommateur vulnérable, 5^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Neuchâtel 2025, 1 ss (cité : Vulnérabilité)

Le consommateur précarisé dans le contexte de l'exécution forcée : surendettement, poursuites injustifiées, et faillite personnelle

par

Sylvain Marchand

Professeur aux Universités de Genève et Neuchâtel

I. Introduction : entre angoisse et désinvolture	206
II. Surendettement du débiteur	206
A. Effet protecteur de la LCC	206
B. Saisie en général	209
C. Saisie de salaire en particulier.....	211
III. Poursuite injustifiée.....	213
A. Registre des poursuites	213
B. Abus de droit du créancier	216
IV. Stratégies de désendettement	217
A. Faillite personnelle.....	217
B. Règlement amiable des dettes	219
C. Projet de procédure d'assainissement des personnes surendettées.....	219
V. Conclusion.....	222

I. Introduction : entre angoisse et désinvolture

1. La littérature regorge de débiteurs angoissés, comme Stepanovitch dans la nouvelle de Tchekhov : « *Le souci des dettes criardes m'oblige souvent à quitter mon travail et à rôder pensif de chambre en chambre pendant des heures.* »¹. Parfois aussi, elle nous laisse entrevoir la désinvolture du débiteur : « *Ne suis-je pas supérieur à mes créanciers ? ... J'ai leur argent, ils attendent le mien* »² fanfaronne Mercadet.
2. Entre angoisse et désinvolture, les consommateurs suisses sont souvent pris dans les mâchoires cruelles du droit de l'exécution forcée, avec ses commandements de payer en rafale, ses avis de saisie en escadrille, et ses visites forcées à l'Office des poursuites. Le débiteur en est réduit à expliquer à un huissier lassé d'entendre toujours la même histoire, qu'il ne peut pas payer, puisqu'on lui a tout saisi.
3. Notre législation sur le surendettement est insuffisante et le législateur, après l'avoir longtemps nié, en a pris conscience : une vaste réforme est en cours de discussion au parlement. Notre contribution traite du droit actuel, et n'abordera que de façon prospective un projet encore voué aux incertitudes et aléas des voies législatives suisses.

II. Surendettement du débiteur

A. Effet protecteur de la LCC

4. En principe, tout devait être réglé en amont. Il n'y pas de raison que le consommateur soit surendetté, puisque la loi sur le crédit à la consommation³ (LCC) impose à tout prestataire de crédit de vérifier la capacité de remboursement de l'emprunteur⁴. La loi ratisse large, puisque le prestataire de crédit va du vendeur qui se fait payer par

¹ TCHEKHOV, Une banale histoire.

² BALZAC, Le faiseur.

³ LCC, RS 221.214.1.

⁴ Art. 27a LCC.

mensualités à l'émetteur d'une carte de crédit ou d'une carte de paiement liée à un magasin, jusqu'au donneur de leasing⁵.

5. Une base de données permet au prestataire de crédit de vérifier la situation du consommateur, et de ne pas s'en remettre à ses explications souvent optimistes. Le surendettement au sens de la LCC commence là où le consommateur ne peut plus faire face à ses dettes courantes tout en gardant un minimum vital au sens de la LP⁶. La sanction de la violation de cette obligation est la nullité du contrat, ce qui est en soi problématique : la nullité d'un contrat de crédit suppose la restitution des prestations faites sans cause, et donc le remboursement immédiat du crédit. Le consommateur est rarement capable de rembourser immédiatement le crédit. De façon assez créative, le législateur a donc imaginé une curieuse nullité à deux vitesses : une super-nullité dans les cas graves, et une sous-nullité dans les cas de moindre importance⁷.
6. La super-nullité permet au consommateur de garder l'argent du crédit sans le rendre⁸. Le professionnel perd son droit au remboursement. Il va sans dire que les tribunaux suisses n'apprécient guère ce créatif concept législatif qui enrichit sans cause, mais légalement, le consommateur. Ils n'ont à ce jour jamais appliqué la super-nullité.
7. La sous-nullité consiste pour le consommateur à devoir restituer le montant du crédit comme prévu, mais sans les intérêts ni les frais⁹. La nullité suppose en principe que le capital soit dû dans son intégralité et immédiatement, puisque le crédit a été accordé sans cause valable. Le législateur a cependant évité ce coup de massue au débiteur, qui continue à bénéficier de l'échéancier contractuel (réduit des frais et intérêts) pour le remboursement. Le soulagement du débiteur est effectif, mais relativement marginal.

⁵ Art. 1 LCC.

⁶ Art. 28 LCC. Contrairement au régime de la LP, la notion de surendettement de la LCC implique que le débiteur, en plus de son minimum vital, soit en mesure de payer ses impôts et ses engagements en cours : art. 28 al. 2 let. b et c LCC.

⁷ Sur cette notion, et sur l'absence de définition claire et reconnue des cas graves, cf. TC Vaud du 16 août 2016, JdT 2016 III, 184 ss.

⁸ Art. 32 al. 1 LCC.

⁹ Art. 32 al. 2 LCC.

8. Pour le contrat de leasing, la loi n'a pas prévu clairement les effets d'une violation par le donneur de leasing de son obligation de vérification de la solvabilité du preneur. Une application de l'article 32 al. 1 LCC dans les cas graves supposerait que le preneur puisse garder la voiture, sans la payer. On comprend bien avec cet exemple la réticence des juges à prononcer la super-nullité de l'article 32 al. 1 LCC. Selon la jurisprudence cantonale, la nullité du contrat de leasing dans un tel cas implique que le consommateur doit immédiatement rendre l'objet du leasing et payer pour son utilisation. Il n'est protégé que de la perte de valeur de la chose¹⁰.
9. Rendre l'objet du leasing signifie souvent, pour le consommateur, rendre sa voiture. En période de surendettement, cela se révèle catastrophique, puisque qu'aucun crédit ne lui sera plus octroyé pour acquérir un nouveau véhicule (ne serait-ce qu'en raison de l'état du registre des poursuites). Si ce véhicule est nécessaire à l'activité professionnelle du débiteur, la nullité du contrat de leasing l'achève. La loi qui était censée le protéger lui enfonce la tête dans l'eau.
10. L'effet de la loi est donc plutôt dans la dissuasion que dans la sanction. Le refus de crédit est plus efficace pour lutter contre le surendettement (encore que de nombreux consommateurs empruntent à l'un pour rembourser à l'autre), que la nullité du contrat. Cet effet dissuasif a ses limites.
 - D'abord, il n'est efficace que très en amont de la situation de surendettement du consommateur. Dès que les premières poursuites arrivent, le registre des poursuites (dont un extrait est systématiquement requis pour toute opération de crédit) est plus efficace que la LCC pour dissuader un commerçant à crédit ou un donneur de leasing.
 - Ensuite, les situations de surendettement ont des causes multiples, qui ne se limitent pas à un crédit à la consommation : un divorce, une maladie, une conjoncture défavorable, une perte d'emploi, une addiction au shopping, une augmentation de loyer justifiée mais pénalisante, un accident mal couvert par les

¹⁰ TC FR du 29 juin 2007, RFJ 2008, 69, consid. 4.2.

assurances, conduisent au surendettement du consommateur plus sûrement qu'un crédit à la consommation.

- Enfin, l'effet dissuasif de la LCC est limité par le champ d'application restrictif de la LCC : des étudiants qui empruntent pour leurs études sortent du champ protecteur de la LCC, car l'argent n'est pas destiné à leur usage personnel ou familial¹¹. Un artisan qui emprunte pour son activité professionnelle n'est pas considéré comme un consommateur au sens de la LCC. Un crédit ou un leasing de plus de CHF 80'000.-, ou pour un bien d'usage professionnel, sort du champ protecteur de la LCC¹². La banque qui fournit des crédits supérieurs au plafond de la LCC a pour sa part des obligations d'information très limitées¹³, ce qui fait que le consommateur trop gourmand est laissé à lui-même.
11. Bref, compter sur la LCC pour lutter contre le surendettement du consommateur, c'est compter sur un pansement pour lutter contre une hémorragie.

B. Saisie en général

12. Le consommateur, floué par un prestataire de crédit peu consciencieux, mais pas protégé par la LCC parce qu'il a emprunté au-delà du plafond, pour étudier ou pour travailler, ou alors mal protégé par une LCC qui lui a déjà pris sa voiture en leasing, commence à essayer les commandements de payer. Leur inscription au registre des poursuites¹⁴ rend tout nouveau crédit impossible, ainsi que toute perspective de trouver un logement un peu moins cher. Il sait alors ce qui l'attend : la saisie de ses biens.
13. Le débiteur surendetté souvent hésite à faire opposition au commandement de payer, car il n'a aucun argument juridique à opposer aux prétentions du créancier, et parce que les frais de la procédure de mainlevée viennent s'ajouter au montant de la créance.

¹¹ ATF 139 III 201.

¹² Art. 3 et 7 al. 1 let. e LCC.

¹³ TF 4C.202/2004 du 14 septembre 2004.

¹⁴ Art. 8a LP.

14. Vingt jours après la notification du commandement de payer, le créancier peut donc requérir la continuation de la poursuite, qui, pour un débiteur non inscrit au registre du commerce, implique la saisie de ses biens.
15. La saisie épargne certains biens du débiteur¹⁵, en particulier les biens à usage personnel qui lui sont indispensables, à lui ou à sa famille. L'Office des poursuites doit tenir compte des circonstances concrètes. Si par exemple le débiteur est handicapé, et a besoin de son véhicule pour se rendre à l'hôpital et suivre un traitement indispensable, sa voiture ne sera pas saisissable¹⁶. De même les biens nécessaires à son activité professionnelle ne sont pas saisissables, même si le caractère souvent mixte des biens (à usage professionnel et privé) implique des appréciations de l'Office des poursuites, qui peuvent faire l'objet d'une plainte à l'autorité de surveillance. L'animal domestique du consommateur n'est pas saisissable, cela peut concerner un cheval de selle, lorsqu'une relation affective s'est développée entre le débiteur et l'animal¹⁷. Là encore, ces critères donnent lieu à de délicates évaluations de la part de l'Office des poursuites.
16. Les rentes et capitaux de prévoyances professionnelles (2^e et 3^e pilier) ne sont pas saisissables tant qu'ils ne sont pas exigibles (art. 92 ch. 10 LP). La retraite future du débiteur n'est donc en principe pas mise en péril par la saisie. En revanche les comptes d'épargnes ou polices d'assurance libres dont le bénéficiaire peut disposer à sa guise ne bénéficient pas de cette insaisissabilité¹⁸.
17. Lorsque le débiteur surendetté est à la retraite, sa rente ou son capital de prévoyance devient saisissable comme un salaire (art. 93 LP), c'est-à-dire pour une année et sous déduction du minimum vital. Le capital doit être mensualisé pour répondre à ces critères¹⁹. La rente AVS du débiteur n'est pas saisissable même si son montant, ou son cumul avec d'autres prestations insaisissables est supérieur au

¹⁵ Art. 92 LP.

¹⁶ TF 5A_57/2016 du 20 avril 2016, consid. 4.2 ; ATF 106 III 104, 107 s. ; TF 5A_35/2015 du 13 janvier 2016, consid. 5.1.

¹⁷ ATF 143 III 646, consid. 3.5, 653.

¹⁸ ATF 148 III 232, consid. 6.2.

¹⁹ ATF 148 III 232, consid. 6.2.2.

Le consommateur précarisé dans le contexte de l'exécution forcée

minimum vital du débiteur²⁰. La jurisprudence réserve l'abus de droit, en ce sens qu'elle admet la saisie de la rente AVS du débiteur qui mène grand train de vie, grâce aux revenus ou à la fortune de son conjoint²¹.

C. Saisie de salaire en particulier

18. En pratique, les Offices des poursuites privilégient la saisie de salaire, qui leur épargne une procédure de réalisation, et qui limite leur travail à une notification à l'employeur. Cet avis à l'employeur est une « *mesure de sûreté qui a pour effet d'obliger le tiers (l'employeur) à ne se dessaisir de la chose ou à ne s'acquitter de son dû qu'en mains de l'Office, à l'exclusion de toute autre remise directe au débiteur poursuivi* »²². L'effet de publicité accordé à cette notification peut évidemment être stigmatisant pour le débiteur, qui doit révéler sa situation à son employeur.
19. Les calculs se compliquent lorsque le consommateur surendetté a des activités indépendantes. L'Office doit en effet évaluer ses revenus en tenant compte de toutes les circonstances, y compris les revenus moyens dans la branche d'activité du débiteur²³. Il en résulte que le débiteur est souvent saisi sur la base d'un revenu abstrait, linéaire, et moyen, qui ne correspond pas à ses revenus effectifs, irréguliers, et spécifiques.
20. La saisie du salaire ou autres revenus du débiteur ne peut avoir lieu que pour une durée d'une année. Le créancier qui n'a pas été payé au terme de cette durée ne peut pas en demander la prolongation, mais peut recommencer une nouvelle poursuite contre le débiteur. Selon une jurisprudence ancienne, si au moment de la saisie, le salaire a déjà été saisi par un autre créancier, et si les conditions de la participation ne sont pas réalisées, la nouvelle saisie a lieu pour

²⁰ ATF 144 III 407, consid. 4.2.1. ; ATF 135 III 20, consid. 4.1 ; ATF 143 III 385, consid. 4.2 ; ATF 135 III 20.

²¹ ATF 144 III 407, consid. 4.2.3.

²² ATF 142 III 643, consid. 2.1.

²³ TF 5A_982/2023 du 13 février 2024, consid. 3.1.

une année, mais reste sans effet jusqu'à l'expiration de la saisie précédente²⁴.

21. En toute hypothèse, la saisie du salaire ou des revenus du débiteur ne devrait pas le priver du minimum vital. Le minimum vital du débiteur est déterminé par l'Office des poursuites sur la base des lignes directrices pour le calcul du minimum vital du droit des poursuites publié par la conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse (à Genève : Normes d'insaisissabilité pour l'année 2025, Recueil systématique genevois, E 360.04). Bien que n'ayant pas force légale, ces lignes directrices sont reconnues par le Tribunal fédéral comme un facteur d'unification de la notion de minimum vital en Suisse. Outre un montant de base mensuel, les directives prévoient des suppléments, et un poste « dépenses diverses » qui peuvent augmenter temporairement le minimum vital du débiteur, par exemple en cas de maladie. Les normes de la conférence suisse des institutions d'action sociale (normes CSIAS), utilisées pour les octrois d'aide sociale, ne sont en revanche par retenues par les tribunaux pour fixer le minimum vital en matière d'exécution forcée²⁵.
22. De jurisprudence constante, le débiteur doit pouvoir continuer à payer son loyer et ses contributions d'entretien. Cependant, il est attendu du débiteur qu'il réduise son train de vie. Lorsque le loyer du débiteur est jugé excessif, la part du loyer est donc réduite, le débiteur étant invité à chercher un logement moins onéreux dans un délai raisonnable²⁶. On peut comprendre que le débiteur surendetté soit invité à réduire son train de vie. Ce principe d'équité se heurte cependant au mur des réalités : en pratique, l'existence des poursuites rend la recherche d'un nouveau logement extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible dans certains Cantons. Le débiteur surendetté est donc mis dans la situation de ne plus pouvoir payer son loyer, et risque l'expulsion.
23. Ces dépenses diverses ne sont prises en considération dans le calcul du minimum vital que si elles sont effectivement payées par le

²⁴ TF du 20 avril 1990 in JdT 1992 II, 75 ss.

²⁵ TF 5A_20/2018 du 24 septembre 2018, consid. 3.1.1 ss.

²⁶ ATF 129 III 526, consid. 3.

débiteur²⁷. Le débiteur qui, en raison de ses difficultés financières, a cessé provisoirement de payer une pension alimentaire²⁸ ou ses primes d'assurance maladie, ne pourra plus faire valoir ces montants dans le calcul de son minimum vital, et sera donc mis dans la situation de ne plus être en mesure de procéder à ces paiements.

24. Enfin, le paiement des impôts et autres dettes courantes du débiteur ne fait pas partie du minimum vital²⁹, pas plus que les arrangements que le débiteur a contractés avec certains créanciers³⁰. Bref, une saisie est aussi l'annonce de nouvelles poursuites.
25. Ces principes de calcul du minimum vital sont justifiés par l'idée que le débiteur doit réduire son train de vie et qu'il ne convient pas de privilégier certains créanciers (notamment l'administration fiscale) par rapport à d'autres. On peut comprendre ce point de vue, mais on ne peut que constater que ces principes conduisent le débiteur dans un cercle vicieux dont il ne peut plus sortir : son loyer ne peut plus être payé, pas plus que son assurance maladie qu'il avait un peu négligée, ses impôts, ou les arrangements qu'il avait pu trouver avec certains créanciers. Se referme alors sur le débiteur le piège des poursuites en chaîne, qui s'accumulent sur de longues périodes durant lesquelles le débiteur est réduit au minimum vital.

III. Poursuite injustifiée

A. Registre des poursuites

26. Dans le flot des commandements de payer, le débiteur surendetté s'insurge parfois contre certaines poursuites qu'il considère injustifiées, dans leur principe ou dans leur montant. Il fait donc opposition dans les dix jours dès la notification du commandement

²⁷ Genève, Cour de justice, DCSO/315/2021 du 12 août 2021, consid. 2.1 ss.

²⁸ Le créancier de pension alimentaire dispose cependant du droit de saisie prioritaire qui lui est octroyé par la jurisprudence, et qui lui permet de participer de façon privilégiée à la saisie de salaire en cours : ATF 145 III 317, consid. 3.2.

²⁹ ATF 140 III 337, consid. 4.4.1 ; ATF 134 III 37, consid. 4.3 ; ATF 126 III 89, consid. 3b ; arrêt 5A_275/2020 du 22 janvier 2021, consid. 3 ; TF 5A_144/2021 du 29 mai 2021, consid. 7.

³⁰ TF 5A_144/2021 du 29 mai 2021, consid. 7.

de payer, ce qui est une opération extrêmement simple. L'opposition ne nécessite aucune motivation (art. 75 LP), et ne fait l'objet d'aucune condition formelle. Le débiteur a cependant la charge de la preuve de la réception de son opposition par l'Office des poursuites. En cas d'opposition par oral, courriel ou téléphone, il peut et doit demander à l'Office que lui soit donné acte de son opposition (art. 74 al. 3 LP)³¹.

27. Derrière la facilité de l'opposition se cache néanmoins un piège cruel pour le débiteur : celui de l'inscription de la poursuite au registre des poursuites. Cette inscription a lieu automatiquement, sur la base de la réquisition de poursuite du créancier, indépendamment de toute justification de la créance. Or, cette inscription est très handicapante pour le débiteur, qui se verra demander un extrait du registre des poursuites par tout bailleur ou tout prestataire de crédit. Qu'elle soit ou non justifiée, la poursuite, du fait de son inscription, entrave le débiteur dans sa vie courante.
28. Pour limiter cet inconvénient, le législateur a introduit dans la LP en 2016 l'article 8a al. 3 LP : si le créancier a commencé une poursuite à laquelle s'est opposé le débiteur, et si le créancier ne fait pas les démarches nécessaires de levée de l'opposition dans les trois mois, la poursuite reste inscrite mais le débiteur peut demander à l'Office des poursuites de ne pas la communiquer à des tiers. Dans ce cas, l'Office en informe le créancier et lui fixe un délai de 20 jours pour demander la levée de l'opposition. A défaut, la poursuite n'est plus communiquée tant qu'elle n'est pas continuée par le créancier. Le Tribunal fédéral a fixé à un an dès la notification du commandement de payer le délai du débiteur pour faire une demande de non-communication³².
29. Sur la base de cette disposition nouvelle, le Tribunal fédéral a récemment considéré qu'une poursuite inscrite ne devait pas être communiquée si le paiement est intervenu avant la notification du commandement de payer³³. Cela vise le cas du débiteur un peu négligent, qui attend la dernière minute pour payer une dette.

³¹ TF 5A_514/2022 du 28 mars 2023, consid. 2.1.

³² ATF 147 III 544, consid. 3.

³³ TF 5A_245/2024 du 29 août 2024, consid. 4.3.4 ss, 4.5.2 ss.

30. En revanche, ni le rejet de la requête de mainlevée du créancier³⁴, ni la péremption de la poursuite³⁵, ni même la preuve du paiement³⁶ ne fondent, selon le Tribunal fédéral, le droit du débiteur de demander la non-communication de la poursuite selon l'article 8a al. 3 LP, dans la mesure où le créancier a effectué des démarches en vue de lever l'opposition, même sans succès (rejet de la demande de mainlevée). Dans l'ATF 147 III 486, le débiteur contestait notamment le ch. 4.2 de l'Instruction n° 5 concernant l'article 8a al. 3 let. d LP (non-divulgateion d'une poursuite), selon lequel le paiement de la créance (après le commandement de payer) ne suffisait pas à justifier la non-communication de la poursuite. Le Tribunal fédéral a rejeté cette contestation.
31. Dans tous ces cas, si le créancier n'accepte pas la radiation, le débiteur n'a que la solution de l'action ou de la requête en annulation de la poursuite (art. 85 à 85a LP). Le dépôt d'une telle action ne suffit pas à demander la non-communication, le débiteur devant attendre l'issue de cette procédure³⁷.
32. Certes, lorsque la créance a été payée, ou lorsqu'il est établi que la poursuite relevait d'une erreur, le créancier peut retirer volontairement la poursuite, qui n'est alors plus communiquée au tiers³⁸. Le créancier n'en a cependant pas l'obligation. La plupart d'entre eux monnaient le retrait de la poursuite. Le prix du retrait reste souvent raisonnable, mais le caractère discrétionnaire de la démarche et de son coût est insatisfaisant du point de vue de la protection des droits du débiteur.
33. Compte tenu des inconvénients pratiques que l'inscription de la poursuite implique pour le débiteur (un extrait des poursuites lui sera demandé s'il veut obtenir un bail, ou un crédit), cette jurisprudence du Tribunal fédéral montre que la réforme de 2016 n'a pas été assez loin. A notre avis, la radiation des poursuites

³⁴ ATF 147 III 41.

³⁵ ATF 147 III 544.

³⁶ ATF 147 III 486.

³⁷ ATF 147 III 544, consid. 3.5.

³⁸ Art. 8 al. 3 let. c LP.

périmées ou payées par le débiteur (même après le commandement de payer) aurait dû être prévue par le législateur.

34. Une modification de la LP du 21 mars 2025³⁹, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2026, prévoit :
- Que les poursuites ne seront plus portées à la connaissance des tiers lorsque le créancier a engagé sans succès une procédure de mainlevée. En revanche, le nouveau texte ne prévoit rien pour le cas où le débiteur n'a pas fait opposition, et payé la créance. Dans ce cas, le débiteur reste donc tributaire du bon vouloir du créancier.
 - Que la demande de non-communication peut intervenir dans les cinq ans qui suivent la notification du commandement de payer (et non dans l'année comme le considérait le Tribunal fédéral), cette durée de cinq ans correspondant à la durée du droit de consulter le registre.

B. Abus de droit du créancier

35. Le débiteur qui se voit notifier un commandement de payer injustifié peut envisager de porter plainte, en se prévalant de l'abus de droit du créancier. Les autorités de surveillance ne donneront néanmoins une suite favorable à sa plainte que dans des cas exceptionnels, notamment lorsqu'il est manifeste que le poursuivant agit dans un but n'ayant pas le moindre rapport avec la procédure de poursuite ou pour tourmenter délibérément le poursuivi. Tel sera par exemple le cas du créancier qui fait notifier au débiteur plusieurs commandements de payer pour la même créance ou la même cause, pour des sommes importantes, mais sans jamais requérir la mainlevée, ni la reconnaissance judiciaire de sa créance, et qui procède par voie de poursuite dans l'unique but de détruire la bonne réputation du poursuivi. En revanche, lorsque l'abus de droit concerne la créance elle-même, et non la poursuite, la plainte n'est pas recevable, car la question relève du juge ordinaire⁴⁰.

³⁹ FF 2025 1096. Cf. également l'avis du Conseil fédéral in FF 2024, 1978, qui résume bien la problématique.

⁴⁰ TF 5A_768/2014 du 2 novembre 2015, consid. 4.3.2.

36. Le caractère abusif de la poursuite elle-même n'est admis qu'avec réserve. Le seul fait que le poursuivant ne soit pas en mesure de produire les moyens de preuve relatifs à sa prétention⁴¹ ne signifie pas que la poursuite litigieuse est injustifiée ou abusive. Les conséquences de l'absence de production de pareils documents sont limitées à la répartition des dépens dans le cadre d'un éventuel procès entre les parties⁴².
37. Cela dit, lorsque la poursuite porte sur un montant qui n'est clairement pas dû, et lorsqu'il apparaît que la poursuite est employée comme moyen de pression sur le débiteur, l'acte du créancier peut être constitutif de contrainte au sens de l'article 181 CP. Selon le Tribunal fédéral, être poursuivi pour une somme d'argent importante est pour une personne de sensibilité moyenne une « *source de tourment et de poids psychologique* ». La poursuite est donc susceptible de constituer une contrainte, si elle est injustifiée et si les éléments subjectifs de la disposition pénale sont réunis⁴³.

IV. Stratégies de désendettement

A. *Faillite personnelle*

38. La faillite personnelle de l'article 191 LP (également appelée faillite volontaire) peut être requise par le débiteur, qu'il soit ou non inscrit au registre du commerce. Elle a longtemps été la panacée des organismes sociaux confrontés à un débiteur surendetté : plutôt que de faire face aux vagues successives des poursuites, et être réduit au minimum vital sur une longue période, autant se mettre en faillite. La procédure à un triple avantage :
- La faillite suspend toutes les poursuites en cours⁴⁴.

⁴¹ Art. 73 LP.

⁴² TF 5A_421/2022 du 2 août 2022, consid. 6.1.

⁴³ TF 6B_458/2021 du 3 mars 2022, consid. 1.4.1.

⁴⁴ Art. 206 LP.

- Seuls les actifs du débiteur existant au moment de la déclaration de faillite tombent dans la masse de la faillite, et le débiteur conserve donc son salaire futur⁴⁵.
 - Après la faillite, les créanciers porteurs d'un acte de défaut de bien ne peuvent reprendre des poursuites qu'en cas de retour du débiteur à meilleure fortune. Or le standard du recours à meilleure fortune est nettement plus élevé que celui du minimum vital. Selon le Tribunal fédéral, l'article 265 al. 2 LP vise à permettre au débiteur de se relever de sa faillite et de se rétablir sur le plan économique et social⁴⁶.
39. Depuis quelques années, le Tribunal fédéral a fermé la porte à cette solution de désendettement, en relevant à juste titre que le législateur n'avait pas pensé à l'article 191 LP comme une procédure de désendettement. Il a donc posé la limite de l'abus de droit, en considérant d'une part qu'une demande de faillite personnelle constitue un abus de droit lorsqu'elle a pour dessein de léser les créanciers⁴⁷, et d'autre part qu'il y a également abus de droit manifeste de la part d'un débiteur à solliciter sa mise en faillite volontaire alors qu'il sait que la masse ne disposera pas d'actifs suffisants susceptibles de constituer une masse active pouvant désintéresser les créanciers⁴⁸. Dans un arrêt récent⁴⁹, le Tribunal fédéral s'est montré plutôt exigeant sur le montant des actifs nécessaires pour demander une faillite personnelle : il a considéré que des actifs d'environ CHF 80'000.- (et l'avance des frais de faillite par le débiteur) ne suffisaient pas à justifier une faillite personnelle, lorsqu'existent des défauts de biens pour un total de plus de CHF 500'000.- et de nombreuses poursuites en cours. Certes les

⁴⁵ ATF 149 III 28 ; TF 5A_385/2022 du 1^{er} septembre 2022, consid. 6.2 et 6.2.3.1, qui confirme que ces principes s'appliquent aux prestations de la prévoyance professionnelle versées au failli qui a atteint l'âge de la retraite. Ces prestations ne tombent donc pas dans la masse active.

⁴⁶ TF 5A_304/2020 du 23 juin 2020, consid. 3.1. En revanche, lorsque le débiteur peut à nouveau être poursuivi car il est revenu à meilleure fortune, les règles sur la saisie s'applique, et le débiteur peut être réduit au minimum vital : TF 5A_76/2021 du 17 mai 2021, consid. 4.2.

⁴⁷ ATF 145 III 26, consid. 2.1.

⁴⁸ ATF 133 III 614, consid. 6.1.2.

⁴⁹ TF 5A_170/2024 du 18 juin 2024, consid. 3.1.

Le consommateur précarisé dans le contexte de l'exécution forcée

actifs ne suffisaient pas, et de loin, à couvrir les passifs, mais c'est la situation de très nombreuses faillites.

40. C'est en principe le juge qui procède à cet examen, mais les créanciers peuvent recourir contre une décision de faillite volontaire, pour le motif de l'abus de droit⁵⁰.
41. Bref, pour le consommateur moyen surendetté et sans fortune, la voie de la faillite personnelle est fermée.

B. Règlement amiable des dettes

42. La procédure de règlement amiable des dettes est une procédure collective proche d'un concordat, réservée aux débiteurs qui ne sont pas inscrits au registre du commerce. Elle est ouverte par une requête du débiteur au juge du concordat⁵¹ et implique une suspension des poursuites pendant un sursis de trois mois⁵².
43. La procédure est gracieuse. Seul le débiteur peut en demander l'ouverture. Les créanciers ne sont en principe pas entendus mais ils sont informés de la décision du juge du concordat, contre laquelle ils peuvent recourir⁵³.
44. En pratique, la procédure est peu utilisée, car elle ne peut aboutir qu'en cas d'accord unanime des créanciers, sur proposition d'un commissaire⁵⁴.

C. Projet de procédure d'assainissement des personnes surendettées

45. Le 15 janvier 2025, le Conseil fédéral a annoncé la publication du projet de procédure d'assainissement des personnes surendettées⁵⁵. Ce projet, dont le sort est encore incertain, a au moins l'avantage d'un constat sans appel des insuffisances de la législation actuelle :

⁵⁰ TF 5A_122/2024 du 2 avril 2024, consid. 4.3.

⁵¹ Art. 333 LP.

⁵² Art. 334 al. 3 LP.

⁵³ TF 5A_1035/2019 du 12 mars 2020, consid. 6.1.2.1.

⁵⁴ Art. 335 al. 2 LP.

⁵⁵ FF 2025 356, 357.

« Les personnes physiques qui ne réussissent pas à rembourser leurs dettes par leurs propres moyens ont aujourd'hui peu de chance de vivre à nouveau sans dettes. Elles ne disposent souvent que du minimum vital calculé selon le droit des poursuites. Cette situation pèse sur les personnes concernées et nuit à leur santé, ce qui se répercute également sur leurs proches. La société et l'économie sont elles aussi perdantes : le surendettement entraîne des coûts pour les assurances sociales et le système de santé, sans compter que les personnes concernées peuvent se retrouver dans l'impossibilité de s'acquitter de leurs impôts ».⁵⁶

46. Le projet est tricéphale. Il propose :

- Une promotion de l'information du débiteur. Les Cantons doivent veiller à ce que les personnes physiques insolvable puissent s'adresser gratuitement à un service de conseil public ou privé en lien avec les différentes possibilités de désendettement⁵⁷. Cette règle procède d'une salubre constatation du désarroi du consommateur surendetté, confronté à des procédures absconses et à une réglementation arborescente.
- Une procédure concordataire allégée. La procédure concordataire actuelle est une procédure adaptée aux entreprises. La procédure allégée conviendra mieux aux personnes physiques. L'article 331f du projet prévoit qu'en principe aucune assemblée des créanciers n'aura lieu, le commissaire devant simplement envoyer le projet de concordat aux créanciers en leur impartissant un délai pour communiquer leur adhésion ou leur refus. De même, l'homologation pourra avoir lieu sans audience⁵⁸. Pour un consommateur moyen non fortuné, cette procédure allégée sera moins coûteuse mais néanmoins pas confidentielle, puisque l'article 331e du projet prévoit la publication du sursis. La procédure concordataire reste tributaire de l'acceptation du plan de désendettement du débiteur par une majorité de créanciers⁵⁹, et c'est la raison pour laquelle une

⁵⁶ <https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=103794> (consulté le 07.10.2025)

⁵⁷ Art. 25 du projet.

⁵⁸ Art. 331f al. 4 du projet.

⁵⁹ Art. 331g du projet par renvoi.

procédure alternative, plus coercitive pour les créanciers, restait nécessaire.

- Une procédure d'assainissement des dettes des personnes physiques, sur le modèle d'une faillite, et qui prévoit une libération du débiteur pour ses dettes⁶⁰, après une période de trois ans durant laquelle le débiteur sera réduit au minimum vital⁶¹. L'un des points novateurs du projet est le prélèvement automatique sur le montant des saisies des impôts du débiteur⁶². Le législateur rompt ainsi avec une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, selon laquelle les impôts ne sont pas pris en compte dans le calcul du minimum vital. En revanche, les difficultés liées au paiement d'un loyer jugé trop élevé (N 22) ne sont pas réglées par ce projet.
47. Trois garde-fous à la procédure d'assainissement ont été prévus par le législateur :
- Les biens qui échoient au débiteur de manière extraordinaire, notamment à la suite d'une succession ou d'une donation ou sous forme de gains de loteries, dans les cinq ans qui suivent la clôture de la procédure d'assainissement sont versés ultérieurement à la masse⁶³.
 - La libération du débiteur au terme de la procédure n'est pas totale, et ne concerne pas les amendes, ou peines pécuniaires, les prétentions en réparation d'un tort moral, les contributions d'entretien et demandes de remboursement de prestations indues de l'aide sociale et des assurances sociales⁶⁴.
 - Le débiteur ne peut bénéficier qu'une fois tous les dix ans d'une procédure d'assainissement⁶⁵.
48. Le sort des projets gouvernementaux est toujours incertain, jusqu'à leur adoption finale. A notre avis, ce projet législatif a le double

⁶⁰ Art. 349 du projet.

⁶¹ Art. 345 du projet.

⁶² Art. 339 let. b du projet.

⁶³ Art. 350 du projet.

⁶⁴ Art. 349b du projet.

⁶⁵ Art. 337 al. 3 let. d du projet.

mérite de la constatation d'une situation juridique insatisfaisante, et d'une certaine inventivité dans les solutions proposées.

V. Conclusion

49. Les consommateurs surendettés sont nombreux. C'est une réalité sociologique.
50. Face à cette réalité, on peut se contenter de penser que les débiteurs, qui auraient dû mieux gérer leur argent, n'ont qu'à s'en prendre à eux même. C'est la situation *de lege lata*.
51. On peut aussi envisager des solutions novatrices, quitte à remettre en cause le dogme sacré de la créance. Tout l'art est dans l'équilibre qu'il faut trouver entre les intérêts légitimes des créanciers à être payés, et l'aspiration non moins légitime du débiteur à sortir de la spirale du surendettement. C'est ce à quoi s'emploie le législateur suisse, à l'instar de nombreux législateurs étrangers qui l'ont précédé.

La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie pour les défauts

par

Blaise Carron

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat spécialiste FSA droit de la
construction et de l'immobilier,
avocat spécialiste FSA droit du bail et de la PPE

et

Isaac Bergmann

MLaw, avocat, doctorant à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction.....	227
II. Fondements.....	228
A. Contrats d'acquisition immobilière.....	228
1. En général.....	228
2. Acquisition d'une part de PPE en particulier.....	229
B. Droit actuel de la garantie pour les défauts	231
1. Généralités	231
2. Conditions et prescription.....	232
a) Conditions de fond.....	232
b) Conditions d'exercice.....	233
c) Prescription.....	234
3. Droits.....	234
C. Cession, exclusion et limitation des droits de garantie.....	236
1. Généralités	236
2. Cession des droits de garantie.....	236
3. Exclusion et limitation des droits de garantie	238

III. Vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au droit actuel.....	239
A. Vulnérabilité liée à la complexité du contexte juridique et technique	239
B. Vulnérabilité liée aux conditions de la garantie et à la prescription	240
1. Défaut, acceptation tacite et avis des défauts.....	240
2. Prescription.....	241
3. Quelques solutions envisageables	242
C. Vulnérabilité liée à l'exercice des droits de garantie	242
1. Exercice du droit à la réfection.....	242
2. Exercice du droit à la réduction du prix.....	244
3. Quelques pistes de solution	244
D. Vulnérabilité liée à la cession, l'exclusion et la limitation des droits de garantie	245
1. Considérations générales	245
2. Vulnérabilité liée à la cession du droit à la réfection	246
3. Vulnérabilité liée à la cession de la créance en réparation du dommage consécutif au défaut	247
4. Vulnérabilité liée à l'articulation entre droits propres et droits cédés.....	247
IV. Vulnérabilité de l'acquéreur face au nouveau droit	248
A. Nouveau droit de la garantie pour les défauts	248
1. Généralités	248
a) Objectif et genèse.....	248
b) Droit transitoire	250
2. Nouveautés législatives	251
a) Nouveautés concernant l'avis des défauts.....	251
b) Nouveautés concernant le droit de réfection.....	252
c) Nouveautés concernant la prescription.....	255

B. Effets du nouveau droit sur la vulnérabilité	256
1. Effet sur la vulnérabilité liée à la complexité du contexte juridique et technique.....	256
a) Amélioration par l'introduction de nouvelles règles protectrices	256
b) <i>Statu quo</i> en lien avec la complexité en tant que telle	257
c) Péjoration par la démultiplication des régimes applicables et l'insertion de notions jusqu'alors étrangères	257
2. Effet sur la vulnérabilité liée aux conditions de la garantie et à la prescription	258
a) Amélioration par l'allongement du délai d'avis des défauts.....	258
b) Amélioration par le changement de nature du délai de prescription de cinq ans	259
c) <i>Statu quo</i> en lien avec les défauts évolutifs.....	259
d) Péjoration par déplacement de la vulnérabilité ?.....	260
3. Effet sur la vulnérabilité liée à l'exercice des droits de garantie.....	261
a) Amélioration par le renforcement du droit à la réparation de l'acquéreur	261
b) <i>Statu quo</i> concernant les tensions pour la réparation des défauts de parties communes d'une PPE.....	263
c) Péjoration en lien avec le droit de réfection d'une partie commune défectueuse.....	263
4. Effet sur la vulnérabilité liée à la cession, l'exclusion et la limitation des droits de garantie	264
a) Amélioration par la restriction des limitations et exclusions.....	264
b) Amélioration découlant de l'action directe de l'acquéreur contre l'aliénatrice	265
c) Péjoration par l'incitation à exclure les autres droits	265
d) Péjoration due à la disparition programmée de la cession des droits contre les entrepreneurs	266

5. Quelques autres effets.....	267
a) Quasi <i>statu quo</i> en lien avec la Norme SIA 118.....	267
b) <i>Statu quo</i> en lien avec les Règlements SIA 102 et 103	268
V. Conclusion.....	268
Bibliographie	270

I. Introduction

1. Lorsque l'on parle de partie vulnérable, on se réfère souvent aux contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur et qui a été offerte par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale¹. Les opérations d'acquisition immobilière ne tombent en principe pas dans cette catégorie².
2. Or, le droit de la PPE et la démocratisation des acquisitions immobilières que ce type de copropriété a entraînée au cours des dernières décennies ont mis en lumière les nombreuses vulnérabilités de l'acquéreur, en particulier avec l'institution de la garantie pour les défauts. Outre des difficultés de coordination dans l'exercice des droits de garantie³, on pense en particulier à la pratique consistant pour l'aliénatrice à exclure sa garantie en contrepartie de la cession de ses propres droits contre les entrepreneurs⁴. Les difficultés rencontrées ont conduit le législateur suisse à se saisir de la question et à voter le 20 décembre 2024 une modification législative du Code des obligations, intitulée «Défauts de construction», qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2026⁵.
3. Dans la présente contribution, après avoir rappelé quelques fondements (II), nous mettrons en évidence les vulnérabilités de l'acquéreur immobilier provoquées par le droit actuel (III), avant d'examiner si l'introduction du nouveau droit contribue à lutter efficacement contre les vulnérabilités identifiées (IV).
4. Les développements suivants se concentrent le plus souvent sur le régime applicable aux défauts des parties communes d'une PPE, parce qu'il s'agit d'une situation mettant bien en évidence les écueils

¹ Cf. not. art. 32 al. 2 CPC.

² Message Défauts de construction, 20 et les réf. cit. ; Conseil fédéral, Rapport explicatif du 19 août 2020 relatif à la révision du code des obligations (Défauts de construction), 20 et les réf. cit.

³ A ce sujet, cf. déjà WEBER, 67 ss ; plus récemment SCHWERY, Kollision, 268 ss ; STÖCKLI, Nachbesserungsrecht, 368 ss ; VISCHER, Mängelrechte, 217 ss.

⁴ A ce sujet, cf. déjà GAUCH, Abtretung, 23 ss ; plus récemment BIERI, 1 ss ; CARRON, Immodroit 2023 ; NUSSBAUMER-LAGHZAOU, 53 ss.

⁵ RO 2025 270.

du système actuel. Les constats établis pour ce cas particulier valent toutefois *mutatis mutandis* pour toute acquisition immobilière.

5. Pour conserver une taille digeste, cet article n’approfondit pas le régime de la Norme SIA 118 et se contente de quelques mises en évidence⁶. La révision en cours du droit de la PPE est aussi laissée de côté, dans la mesure où elle n’en est qu’à ses balbutiements⁷. Enfin, la partie du nouveau droit consacrée à l’hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est sciemment ignorée⁸.

II. Fondements

A. Contrats d’acquisition immobilière

1. En général

6. Les contrats d’acquisition immobilière peuvent revêtir diverses formes, dont la **qualification** juridique varie également :
 - Lorsque l’immeuble acquis comporte une construction déjà existante, il s’agit généralement d’une **vente immobilière** (art. 216 ss CO).
 - Lorsque la construction est en cours d’érection ou encore à ériger, plusieurs qualifications entrent en ligne de compte, du contrat d’entreprise (art. 363 ss CO) au contrat de vente immobilière (art. 216 ss CO) en passant par la coexistence de deux contrats séparés⁹. C’est toutefois un **contrat mixte** qui est le plus fréquemment retenu, en particulier lorsque le prix couvre à la fois le transfert de propriété de l’immeuble et l’exécution de la construction¹⁰, lorsque tout ou partie de la construction doit

⁶ Pour plus de détails, cf. CARRON/BERGMANN, N 1 ss.

⁷ Il existe actuellement un avant-projet, publié le 20 septembre 2024 sur le site <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/89714.pdf> (consulté le 10.09.2025).

⁸ Cf. art. 839 al. 3 nCC.

⁹ Pour une présentation détaillée, cf. parmi d’autres CARRON/BERGMANN, N 34 ss et les réf. cit. ; WERMELINGER, Not@lex, N 39 ss.

¹⁰ ATF 118 II 142, consid. 1a, JdT 1993 I 300 ; CARRON/BERGMANN, N 39.

être livrée séparément de l'immeuble¹¹ ou lorsque l'acquéreur a la faculté d'intervenir de manière notable dans la construction de l'ouvrage¹².

7. La qualification du contrat a plusieurs **incidences**. Outre la validité du contrat – la loi impose la forme authentique en matière de vente immobilière (art. 216 al. 1 CO), tandis que le contrat d'entreprise n'est soumis à aucune exigence de forme¹³ –, la qualification influence le régime légal applicable à la garantie pour les défauts (N 12). Par exemple, si le contrat d'acquisition d'un immeuble comportant une construction encore à ériger est qualifié de contrat mixte, les art. 197 ss CO s'appliquent aux défauts de l'immeuble tandis que les art. 367 ss CO s'appliquent à ceux affectant la construction¹⁴.

2. Acquisition d'une part de PPE en particulier

8. L'acquisition d'une part de PPE présente certaines particularités s'agissant de la garantie pour les défauts, traitées tout au long de la contribution. Les paragraphes suivants rappellent quelques **fondements**, limités à la mesure strictement pertinente. On consultera la littérature spécialisée pour plus de détails¹⁵.
9. On parle de PPE (art. 712 ss CC) pour désigner la « copropriété sur un immeuble qui confère à chaque titulaire un **droit exclusif** d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment »¹⁶. L'immeuble en question (la notion renvoie à celle de l'art. 655 al. 2 CC) comprend obligatoirement un bâtiment construit

¹¹ STÖCKLI, Stockwerkeigentum, 7 s. ; WERRO/HURNI, 68.

¹² TF 4C.301/2022 du 22 janvier 2023, consid. 2.1 ; TF 4A_399/2018 du 8 février 2019, consid. 2.2.

¹³ Parmi d'autres : ATF 113 II 402, consid. 2a, JdT 1968 I 67 ; WERMELINGER, Not@lex, N 44 et 69 ; KRAUSKOPF, Mängelhaftung, 152.

¹⁴ A ce sujet, cf. en détail et parmi d'autres CARRON/BERGMANN, N 48 ss et les réf. cit.

¹⁵ Sur la PPE, cf. en particulier WERMELINGER, PPE, *passim*. En lien avec la garantie pour les défauts, cf. CARRON, PPE 2019. Pour un bref résumé, cf. CARRON/BERGMANN, N 24 ss et les réf. cit.

¹⁶ BK ZGB-MEIER-HAYOZ/REY, art. 712a N 7 ; ZK ZGB-WERMELINGER, art. 712a N 1.

(art. 712a al. 1 *i.f.* CC) ou à construire (art. 69 ORF)¹⁷. Le droit de propriété permet la jouissance et l'administration de parties déterminées du bâtiment (art. 712a al. 1 *i.f.* et al. 2 CC)¹⁸.

10. On distingue les **parties privatives** (ou exclusives), qui font l'objet du droit de propriété exclusif de chaque propriétaire d'étage (art. 712b al. 1 CC)¹⁹ et les parties communes, qui peuvent tout au plus faire l'objet d'un droit d'usage exclusif²⁰. Les **parties communes** déterminent la forme extérieure et l'aspect du bâtiment ; elles importent pour son existence, sa disposition et sa solidité ainsi que celles des locaux des autres propriétaires d'étages (art. 712b al. 2 ch. 2 CC)²¹. C'est le cas des murs extérieurs et des façades, de la partie extérieure des balcons²² ou de la cage d'escalier²³.
11. Le **régime de la garantie pour les défauts** d'un immeuble détenu en PPE varie selon les mêmes critères que pour l'acquisition de n'importe quel immeuble incorporant une construction. Est déterminant le contenu du contrat et sa qualification, qui varie elle-même selon que la construction est préexistante ou non (N 6 ss). Les mêmes règles s'appliquent pour les parties privatives et pour les parties communes²⁴.

¹⁷ CR CC II-AMOOS PIGUET art. 712a N 2 ; CARRON, PPE 2019, N 3 ; WERMELINGER, Not@lex, N 5.

¹⁸ BSK ZGB II-GÄUMANN/BÖSCH, art. 712a N 4 ss ; cf. ég. WERMELINGER/WERMELINGER, art. 712a N 16 ss.

¹⁹ WERMELINGER, PPE, Terminologie N 31.

²⁰ ATF 141 III 357, consid. 3.2, JdT 2016 II 402 ; CR CC II-AMOOS PIGUET, art. 712b N 12 ss ; WERMELINGER/WERMELINGER, art. 712b N 137 ss.

²¹ CARRON, PPE 2019, N 5 ; ZK ZGB-WERMELINGER, art. 712b N 114 ss ; cf. ég. en détail WERMELINGER/WERMELINGER, art. 712b N 137 ss.

²² TF 5C.10/2000 du 10 février 2000, consid. 3a.

²³ WERMELINGER/WERMELINGER, art. 712b N 195 s.

²⁴ A ce sujet, cf. en détail et parmi d'autres CARRON, PPE 2019, N 9 ss ; CARRON/BERGMANN, N 48 ss et les réf. cit.

B. Droit actuel de la garantie pour les défauts

1. Généralités

12. On parle de « **garantie pour les défauts** » pour désigner le régime traitant des droits appartenant à l'acquéreuse lorsque la chose vendue, respectivement l'ouvrage livré, présente un défaut. Il s'agit d'un régime de responsabilité contractuelle objective, à l'exception du droit à la réparation du dommage consécutif au défaut qui exige la faute du vendeur ou de l'entrepreneur²⁵.
13. La garantie pour les défauts fait l'objet de deux régimes légaux distincts²⁶. Les **art. 197 à 210 CO** sont applicables en matière de vente (y compris immobilière, par renvoi de l'art. 221 CO), tandis que les **art. 367 à 371 CO** régissent le contrat d'entreprise²⁷.
14. Très ressemblants, ces deux régimes présentent toutefois des **différences**²⁸. En particulier, si le droit à la réduction du prix et le droit à la résolution du contrat sont prévus dans les deux cas, les règles sur la vente (dans leur version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2025) ne connaissent pas de droit à la réfection, prévu à l'art. 368 al. 2 CO pour le contrat d'entreprise (N 27). En outre, le contrat d'entreprise ne prévoit pas de droit au remplacement d'une chose de genre (art. 206 CO), non pertinent en matière de vente immobilière²⁹.

²⁵ Pour ce paragraphe, cf. CARRON/BERGMANN, N 71 s. et les réf. cit. ; cf. ég., parmi d'autres, TERCIER/CARRON, N 662, 813 ss, 3911, 3975 ss.

²⁶ On peut également mentionner le régime privé de la Norme SIA 118, incontournable en pratique ; à ce sujet, cf. parmi d'autres CARRON/BERGMANN, N 53 ss.

²⁷ A ce sujet, cf. parmi d'autres CARRON/BERGMANN, N 73 ss et les réf. cit.

²⁸ Sur ces différences, cf. GUIGNARD, PPE, p. 3 s.

²⁹ CARRON, RNRF 2020, N 18 ; pour des développements à ce sujet, cf. BSK OR I-HONSELL, art. 205 N 5 ss ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 28 ss.

2. Conditions et prescription

a) Conditions de fond

15. Le droit à la garantie suppose la réunion de quatre **conditions de fond**³⁰ :
16. 1° S'agissant d'un contrat de vente, **le transfert des risques** doit avoir eu lieu (art. 185 et 220 CO) ; s'agissant d'un contrat d'entreprise, il faut la **livraison de l'ouvrage** (art. 367 al. 1 CO)³¹.
17. 2° Il faut un **défaut**, que l'on définit comme l'absence d'une qualité convenue (c'est-à-dire expressément ou tacitement fixée dans le contrat), ou d'une qualité attendue (c'est-à-dire à laquelle l'acquéreur pouvait raisonnablement s'attendre en application des règles de la bonne foi)³².
18. 3° Il faut que l'acheteur **ignore** le défaut au moment de la conclusion du contrat (art. 200 CO), respectivement que le défaut ne soit **pas imputable** au maître d'ouvrage (art 369 CO)³³.
19. 4° Il faut que l'acheteur ou le maître n'ait **pas accepté** le défaut, que ce soit expressément ou tacitement (art. 201 al. 2 et 370 al. 1 CO)³⁴.
20. Il faut en outre que les **conditions spécifiques** pour chaque droit soient remplies (N 27 ss).

³⁰ Parmi d'autres, MÜLLER, N 2049 ss ; TERCIER/CARRON, N 661 ss et 3809 ss, qui ne mentionnent expressément que les trois dernières.

³¹ ATF 129 III 738, consid. 7.2 ; ATF 115 II 456, consid. 4 (entreprise) ; TF 4A_601/2009 du 8 février 2010, consid. 3.2.1 (vente).

³² ATF 109 II 24, consid. 4 ; TF 4A_601/2009 du 8 février 2010, consid. 3.2.2 (vente) ; TF 4A_109/2014 du 21 mai 2014, consid. 3.3.1 (entreprise).

³³ ATF 131 III 145, consid. 6.1, JdT 2007 I 261 (vente) ; TF 4A_37/2019 du 30 avril 2019, consid. 3.4 (entreprise) ; GUIGNARD, PPE, 9.

³⁴ ATF 95 II 119, consid. 4, JdT 1970 I 238 (vente) ; ATF 115 II 456, consid. 4, JdT 1990 I 308 (entreprise) ; parmi d'autres : CARRON, PPE 2019, N 83 ss et les réf. cit.

b) Conditions d'exercice

21. Pour pouvoir exercer son droit à la garantie, l'acquéreur doit respecter principalement deux **incombances**³⁵ :
22. 1° Il doit **vérifier** « aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires » que la chose (art. 201 al. 1 CO), l'immeuble (art. 221 CO) et respectivement l'ouvrage (art. 367 al. 1 CO), est conforme au contrat. Contrairement à la Norme SIA 118 (art. 157 ss SIA 118)³⁶, la loi ne règle pas la procédure de vérification ainsi que le délai concret dans lequel celle-ci doit intervenir : ces éléments dépendent du contrat et des circonstances individuelles³⁷.
23. 2° L'acquéreur doit procéder à l'**avis des défauts**. L'avis doit indiquer les défauts découverts et exprimer la volonté de l'acquéreur de ne pas accepter la chose ou l'ouvrage, sans toutefois que la loi n'impose de forme ou de contenu particulier³⁸.
24. La loi prévoit un **délai d'avis**, mais la terminologie n'est ni précise, ni uniforme. En matière de vente, l'avis doit intervenir « sans délai » lorsque le défaut est découvert lors de la vérification (défaut apparent ; art. 201 al. 1 CO), et « immédiatement » s'il est découvert ultérieurement (défaut caché ; art. 201 al. 2 CO). En matière d'entreprise, la loi ne précise rien pour les défauts apparents (art. 367 al. 1 CO *a contrario*), tandis que l'acquéreur doit procéder à l'avis du défaut « aussitôt qu'il en a connaissance » pour les défauts cachés (art. 370 al. 3 CO). L'adéquation du délai, **bref dans tous les cas**, dépend donc des circonstances concrètes³⁹. La jurisprudence a

³⁵ Parmi d'autres, TERCIER/CARRON, N 707 ss et 3845 ss.

³⁶ A ce sujet, cf. CARRON/BERGMANN, N 103 et les réf. cit.

³⁷ ATF 76 II 221, consid. 2, JdT 1951 I 398 (vente) ; ATF 115 II 456, consid. 4, JdT1990 I 308 (entreprise) ; cf. ég. GAUCH, Werkvertrag, N 2017 ; TERCIER/CARRON, N 717 et 3853.

³⁸ CARRON/BERGMANN, N 104.

³⁹ ATF 131 III 145, consid. 7.2, JdT 2007 I 261 ; ATF 118 II 142, consid. 3b, JdT 1993 I 300 ; à ce sujet, cf. MÜLLER, N 2110 s. et les réf. cit.

ainsi admis un avis survenu après sept jours⁴⁰, mais pas après environ trois semaines⁴¹.

c) Prescription

25. La prescription des créances découlant du droit à la garantie obéit à des **régimes proches** en matière de vente (art. 210 et 219 al. 3 CO) et d'entreprise (art. 371 CO). Le délai de prescription est fixé à deux ans pour les biens mobiliers (art. 210 al. 1 et 371 al. 1 CO) et à cinq ans pour les biens immobiliers (art. 219 al. 3 et 371 al. 1 CO) ainsi que pour les biens mobiliers destinés à être intégrés à des biens immobiliers (art. 210 al. 2 et 371 al. 2 CO)⁴². On relève par ailleurs les délais spéciaux de dix ans en cas de dol (art. 210 al. 6 avec renvoi de l'art. 371 al. 3 CO) et d'un an (relatif) respectivement 30 ans (absolu) pour les biens culturels (art. 210 al. 3 CO).

3. Droits

26. On distingue les **quatre droits à la garantie** suivants, les trois premiers étant alternatifs et le quatrième pouvant se cumuler à chacun d'entre eux⁴³ :
27. 1° Le **droit à la réfection** (art. 368 al. 2 CO) n'existe actuellement que pour le contrat d'entreprise, même si une partie de la doctrine l'applique par analogie au contrat de vente ; il est également possible de le prévoir contractuellement⁴⁴. Outre les conditions générales (N 15 ss), il est soumis à deux conditions spécifiques : l'exécution doit être encore possible et être raisonnable⁴⁵. Il s'agit d'un droit formateur, dont l'exercice fait naître une obligation de

⁴⁰ TF 4C.82/2004 du 3 mai 2004, consid. 2.3 ; TF 4A_53/2012 du 31 juillet 2012, consid. 6.2.

⁴¹ ATF 118 II 142, consid. 3b, JdT 1993 I 300.

⁴² A ce sujet, cf. CARRON/BERGMANN, N 116 ss et les réf. cit.

⁴³ TERCIER/CARRON, N 3975 et les réf. cit.

⁴⁴ Pour des détails, cf. BSK OR I-HONSELL, art. 205 N 5 ss ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 28 ss.

⁴⁵ TF 4A_78/2020 du 6 août 2020, consid. 4.8 ; GAUCH, *Werkvertrag*, N 1745 ss ; TERCIER/CARRON, N 3920 ss.

l'entrepreneur de supprimer le défaut⁴⁶. Il présente la particularité d'être indivisible : il ne peut être ni exercé ni cédé partiellement⁴⁷.

28. 2° Le **droit à la réduction du prix** (art. 205 al. 1 et 368 al. 2 CO) est également un droit formateur. Son exercice suppose, outre la réalisation des conditions générales (N 15 ss), que le défaut soit de moindre importance, qu'il existe une moins-value, et que la moins-value soit inférieure au prix⁴⁸. Il permet à l'acquéreur de diminuer le prix de l'ouvrage ou de la chose proportionnellement au montant de la moins-value⁴⁹. Deux présomptions jurisprudentielles facilitent le calcul de la moins-value, déterminée en comparant la valeur objective du bien, avec et sans défaut (méthode relative) : d'une part, la valeur du bien sans défaut est présumée correspondre au prix convenu ; d'autre part, la moins-value est présumée équivalente aux frais de réparation⁵⁰.
29. 3° Le **droit à la résolution du contrat** (art. 205 al. 1 et 368 al. 1 CO), de nature formatrice comme les deux autres, permet à l'acquéreur de refuser l'ouvrage ou la chose et de mettre fin unilatéralement au contrat⁵¹. En plus des conditions générales, il exige que le défaut soit rédhibitoire et rende l'ouvrage ou la chose inutilisable⁵². Son exercice déclenche un rapport de liquidation contractuel (art. 208 s. CO, applicable par analogie au contrat d'entreprise)⁵³.

⁴⁶ ATF 122 III 420, consid. 2c ; CARRON, RNRF 2020, N 20.

⁴⁷ ATF 145 III 8, consid. 3.4, TF 4A_373/2024 et 4A_375/2024 du 17 septembre 2025, consid. 7.2.1 ; CARRON/BERGMANN, N 124 et les réf. cit.

⁴⁸ ATF 105 II 99 consid. 4a, JdT 1980 I 590 ; cf. aussi TERCIER/CARRON, N 3951 s. ; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, art. 368 N 34 ss.

⁴⁹ ATF 116 II 305 consid. 4, JdT 1991 I 173 ; TF 4A_373/2024 et 4A_375/2024 du 17 septembre 2025, consid. 7.1 ; CR CO I-CHAIX, art. 368 N 33 ss ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 20 ss.

⁵⁰ ATF 111 II 162, consid. 3b s. ; ATF 116 II 305, consid. 4a, JdT 1991 I 173 ; TF 4A_303/2023 du 26 mars 2024, consid. 6.1.1 ; sur les méthodes de calcul, cf. MÜLLER, N 2211.

⁵¹ ATF 136 III 273, consid. 2.2 ; TF 4A_337/2021 du 23 novembre 2021, consid. 7.1 ; TERCIER/CARRON, N 3964 s.

⁵² ATF 124 III 456, consid. 4d, JdT 2000 I 172 (vente) ; TF 4A_177/2014 du 8 septembre 2014, consid. 4.1 (entreprise) ; cf. aussi CARRON, PPE 2019, N 139 ; CR CO I-CHAIX, art. 368 N 13 ss ; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, art. 368 N 14 ss.

⁵³ ATF 114 II 152, consid. 2c/b, JdT 1988 I 523 ; CARRON, RNRF 2020 N 36.

30. 4° Le **droit à la réparation du dommage consécutif au défaut** (art. 208 al. 2 et 3 et 368 al. 1 et 2 CO) n'est pas un droit formateur, mais un droit de créance en indemnisation du dommage occasionné par le défaut (différent du défaut lui-même)⁵⁴. Son exercice suppose un préjudice consécutif au défaut, une faute – présumée – et un lien de causalité entre le défaut et le préjudice⁵⁵.

C. Cession, exclusion et limitation des droits de garantie

1. Généralités

31. L'aliénatrice d'un immeuble comportant une construction neuve recourt régulièrement à des entreprises pour ériger celle-ci. Dans ce contexte, il n'est pas rare que **l'aliénatrice cède à l'acquéreur ses droits de garantie** contre les entrepreneurs, pour que l'acquéreur puisse ensuite les faire valoir directement contre eux⁵⁶.
32. Cette clause peut se voir assortir d'une **exclusion des droits de garantie de l'acquéreur** contre l'aliénatrice. Ainsi, celle-ci limite son risque économique⁵⁷, tandis que celui-là peut faire valoir ses droits envers l'interlocuteur techniquement responsable du défaut⁵⁸.

2. Cession des droits de garantie

33. La cession des droits de garantie diffère de la **cession des créances** qui en découlent. Ces dernières peuvent être cédées, au même titre que toute créance future, selon les art. 164 ss CO⁵⁹. Leur cession implique notamment que la cédante (l'aliénatrice) mette le

⁵⁴ TF 4C.130/2006 du 8 mai 2007, consid. 6.1 ; CARRON, PPE 2019, N 149.

⁵⁵ Cf. parmi d'autres CARRON, PPE 2019, N 148 ss ; CARRON BLAISE/FÉROLLES YANN, Le dommage consécutif au défaut, in : Werro/Pichonnaz (édit.), Le dommage dans tous ses états – sans le dommage corporel ni le tort moral, Zurich 2013, 69 ss, *passim*.

⁵⁶ CARRON/BERGMANN, N 182 ; WERRO/HURNI, 72 s. Sur la cession des droits de garantie, cf. not. NUSSBAUMER, Thèse, *passim*.

⁵⁷ KRAUSKOPF, Mängelhaftung, 159. Pour des exemples, cf. BIERI, 4 ss.

⁵⁸ CARRON/BERGMANN, N 182.

⁵⁹ ATF 114 II 239, consid. 5c/aa, JdT 2016 II 402 ; ATF 135 V 2, consid. 6.1.2 ; cf. ég., parmi d'autres, NUSSBAUMER-LAGHZAOU, 90.

cessionnaire (l'acquéreur) en position de faire valoir la créance, en lui communiquant les informations pertinentes sur le débiteur cédé (l'entrepreneur) et le contenu de la créance (les travaux et le régime applicable)⁶⁰.

34. Pour la **cession des droits formateurs**, les dispositions sur la cession de créances (art. 164 ss CO) ne sont applicables que par analogie. En bref, une cession de droits consiste en l'exécution d'un acte générateur d'obligation, qui peut notamment prendre la forme d'une dation en paiement ou en vue de paiement⁶¹.
35. Or, le mécanisme de la cession soulève des difficultés en lien avec les droits formateurs à la garantie. Le Tribunal fédéral considère que les droits à la **réduction du prix** et à la **résolution du contrat** sont **incessibles** dans la mesure où ils sont indissociables du contrat de base entre l'entrepreneur et l'aliénatrice⁶². En revanche, le **droit à la réfection est cessible**, bien que de nature formatrice : puisque la créance qu'il confère n'éteint pas définitivement l'obligation de l'entrepreneur, ce droit n'est pas indissociable du contrat entre celui-ci et l'aliénatrice cédante⁶³. La cession du droit à la réfection présente néanmoins des difficultés notables (N 65 ss).
36. La cession a pour effet que l'**acquéreur cessionnaire** devient en principe l'**unique titulaire du droit**⁶⁴. C'est à lui que l'entrepreneur cédé doit opposer les éventuelles exceptions qu'il aurait eues contre l'aliénatrice cédante (art. 169 al. 1 et 2 CO)⁶⁵. La cession du droit n'affecte pas la reste des devoirs contractuels : l'aliénatrice cédante doit toujours assurer le respect des incombances attachées au droit (par ex. la vérification et l'avis des défauts), même si elle peut

⁶⁰ Parmi d'autres : CARRON, RNRF 2020, N 117 et les réf. cit. ; WERRO/HURNI, 73.

⁶¹ ATF 118 II 142, consid. 1b s., JdT 1993 I 300 ; CR CO I-PROBST, art. 164 N 23 et 47 ; pour une analyse critique de l'approche du Tribunal fédéral, cf. CARRON, Immodroit 2023, 7 s.

⁶² ATF 145 III 8, consid. 3.2.2, JdT 2019 II 229 ; cf. à ce sujet parmi d'autres CARRON/BERGMANN, N 190 ss ; sur la cessibilité des droits formateurs en général, cf. CARRON/WESSNER, Obligations I, N 446 ss.

⁶³ ATF 145 III 8, consid. 3.2.2, JdT 2019 II 229, TF 4A_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 5.3 ; cf. ég. GAUCH, Werkvertrag, N 1714 et 2443 ; CARRON/BERGMANN, N 194, 214 ss et 259 ss et les réf. cit.

⁶⁴ ATF 130 III 417, consid. 3.4 ; ATF 118 II 42, consid. 1b, JdT 1993 I 300.

⁶⁵ ATF 118 II 142, consid. 1c, JdT 1993 I 300 ; NUSSBAUMER, Thèse, N 970.

donner procuration à l'acquéreur cessionnaire. De même, la cédante doit rendre possible l'exercice du droit en fournissant notamment les renseignements nécessaires (art. 170 al. 2 CO par analogie) ou en n'exerçant pas de son côté l'un des autres droits alternatifs à la garantie, pour ne pas entraîner la perte du droit cédé⁶⁶.

3. Exclusion et limitation des droits de garantie

37. En sus de la cession de ses droits de garantie contre les entrepreneurs, il n'est pas rare que l'**aliénatrice restreigne sa garantie** vis-à-vis de l'acquéreur, que ce soit en l'excluant complètement ou en la limitant, par exemple à certains défauts spécifiques⁶⁷.
38. Le droit de la garantie pour les défauts ne contient actuellement qu'une **règle impérative** sur le sujet : l'art. 199 CO, applicable par analogie au contrat d'entreprise, qui prévoit la nullité des clauses supprimant ou restreignant la garantie en cas de dissimulation frauduleuse de défauts⁶⁸. L'exclusion ou la limitation des droits de garantie relève au surplus de la liberté contractuelle⁶⁹.
39. Cette institution reste encadrée par quelques règles et **principes généraux** de droit impératif, non explicités dans le cadre de la présente contribution⁷⁰. Une clause contractuelle enfreignant une telle règle impérative est absolument nulle⁷¹ ; la portée de la nullité – totale ou partielle – dépend à notre avis de l'interprétation de la clause (principe *favor contractus*)⁷².

⁶⁶ Pour tout ce paragraphe, cf. CARRON/BERGMANN, N 206 ss et les réf. cit.

⁶⁷ CARRON, PPE 2019, N 162 ss ; GAUCH, Werkvertrag, N 2542 ss et 2569 ss ; pour des exemples, cf. BRUNNER, 4.

⁶⁸ ATF 126 III 59, consid. 3 s. ; CR CO I-CHAIX, art. 368 N 72 ; GAUCH, Werkvertrag, N 2580 ss ; KRAUSKOPF, Mängelhaftung, 155.

⁶⁹ TF 4A_272/2011 du 22 août 2011, consid. 2.2 ; VISCHER, Freizeichnungsklauseln, 177.

⁷⁰ Pour des détails, cf. parmi d'autres CARRON/BERGMANN, N 234 ss et les réf. cit.

⁷¹ CARRON, PPE 2019, N 245 ; GAUCH, Werkvertrag, N 2573.

⁷² CARRON/BERGMANN, N 246 et les réf. cit.

III. Vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au droit actuel

A. Vulnérabilité liée à la complexité du contexte juridique et technique

40. La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier trouve une première source dans la complexité du contexte juridique et technique entourant une opération d'acquisition immobilière et la garantie pour les défauts.
41. Cette complexité se révèle dès la conclusion d'une convention. Les contrats d'acquisition immobilière mêlent **plusieurs régimes légaux** (vente, entreprise) et intègrent des conditions générales privées (Norme SIA 118). Leur qualification est en outre souvent incertaine, alors même qu'elle peut présenter des enjeux importants (N 7).
42. Une autre difficulté réside dans la **multiplicité des intervenants** et donc des interlocuteurs potentiels de l'acquéreur, en particulier pour des constructions nouvelles. Si l'aliénatrice est généralement identifiable, son rôle et les contours de celle-ci (par ex. société de promotion, entreprise générale ou totale assurant la promotion, consortium, etc.) ne sont pas toujours clairs. Les intervenants situés en aval dans la chaîne contractuelle (par ex. entreprise générale, sous-traitants à plusieurs niveaux) sont rarement déterminés, voire déterminables. Or, l'acquéreur peut devoir agir directement contre eux (en particulier si l'aliénatrice lui a cédé ses droits à la garantie), souvent dans des délais très brefs (N 21 ss)⁷³.
43. On relève au moins **deux types d'asymétries** entre aliénatrice et acquéreur. Il y a d'une part une asymétrie d'**information**. Le domaine est technique et l'acquéreur – en particulier s'il s'agit d'une personne privée – n'a en principe pas les compétences en la matière dont dispose l'aliénatrice, qui est souvent une professionnelle de l'immobilier. Il existe d'autre part une asymétrie de **pouvoir de négociation** : vu que le régime légal est dispositif, l'aliénatrice

⁷³ Cf. ég. GUIGNARD, Not@lex, 59.

impose régulièrement à l'acquéreur des solutions conventionnelles défavorables⁷⁴.

44. Une opération immobilière **impliquant une PPE** exacerbe souvent les difficultés susmentionnées : les parts d'étages peuvent être soumises à des régimes différents en fonction des contrats signés (par ex. certains contrats intègrent la Norme SIA 118 et d'autres non ; les droits de garantie sont exclus dans certains contrats et pas dans d'autres)⁷⁵. Il en découle un besoin de coordination important, en particulier pour les parties communes (sur ce point, N 55 ss)⁷⁶.

B. Vulnérabilité liée aux conditions de la garantie et à la prescription

1. Défaut, acceptation tacite et avis des défauts

45. L'acquéreur est confronté à de nombreuses difficultés en lien avec les **conditions de fond et d'exercice** de la garantie pour les défauts (N 15 ss et 21 ss) :
46. D'abord, lorsque l'acquéreur soupçonne l'existence d'un défaut, il doit pouvoir l'identifier ainsi que le ou les entrepreneurs responsables. Dans une construction, il n'est en particulier pas toujours aisé de **déterminer l'origine du défaut**, ainsi que de savoir s'il s'agit d'un défaut primaire, secondaire ou subséquent⁷⁷. Lorsque l'acquéreur ne bénéficie pas de compétences techniques, il doit recourir à un spécialiste. Toutes ces opérations sont non seulement coûteuses, mais aussi chronophages.
47. Ensuite, les **asymétries de pouvoir et d'informations** déjà identifiées (N 43) peuvent pousser l'acquéreur à accepter indûment

⁷⁴ GUIGNARD, Not@lex, 59.

⁷⁵ ATF 145 III 8, consid. 3.5. A ce sujet, cf. CARRON, RNRF 2020, N 83 ss ; pour d'autres exemples, cf. CARRON/BERGMANN, N 157 ss.

⁷⁶ Pour un aperçu des difficultés susceptibles de se présenter lors de l'acquisition d'une part de PPE, cf. CARRON/BERGMANN, N 2 ss.

⁷⁷ Sur les types de défaut, cf. TERCIER/CARRON, N 666.

un défaut, en raison de pressions exercées par l'aliénatrice ou d'un manque de connaissances techniques.

48. Enfin, l'acquéreur qui veut faire valoir en justice ses défauts se heurte à des exigences élevées en matière d'**avis des défauts**, qui sont difficilement conciliables avec le bref délai y relatif (N 24)⁷⁸.
49. Le **régime de la PPE** exacerbe à nouveau les difficultés susmentionnées. D'abord, il peut s'avérer difficile de déterminer si et dans quelle mesure le défaut affecte une partie privative ou commune (par ex. des traces d'humidité touchant à la fois un appartement et la cage d'escalier). Ensuite, la coordination entre propriétaires d'étages ainsi que la prise de décision sont plus complexes et chronophages lorsqu'une partie commune est concernée. Finalement, il y a un risque que le comportement d'un propriétaire d'étage soit imputé aux autres (par ex. l'acceptation tacite d'un défaut).

2. Prescription

50. La **variété des délais de prescription** applicables (N 25) accentue la vulnérabilité de l'acquéreur. Ceux-ci diffèrent selon le type de bien concerné – mobilier, mobilier intégré à un bien immobilier ou immobilier – et selon la qualification du contrat d'acquisition. En outre, un délai allongé s'applique en cas de défaut frauduleusement dissimulé (art. 210 al. 6 CO). Le point de départ de ces délais varie également selon les situations⁷⁹.
51. Par ailleurs, le régime de la prescription est de **droit dispositif**, si l'on fait exception du droit de la vente pour les biens de consommation qui impose à certaines conditions un plancher de deux ans, respectivement une année pour les choses d'occasion (art. 210 al. 5 CO). En pratique, les contrats dérogent régulièrement aux règles légales, notamment au moyen de l'intégration de **conditions générales**. Par exemple, la Norme SIA 118 impose des délais de prescription uniformes pour les ouvrages mobiliers et immobiliers et modifie également le délai d'avis des défauts. Cette

⁷⁸ GUIGNARD, PPE, 10.

⁷⁹ CARRON/BERGMANN, N 117 s. et les réf. cit. ; PLATTNER, 16.

liberté contractuelle contribue à vulnérabiliser un non-juriste, qui risque de se perdre dans cette jungle normative.

52. Lors de l'acquisition d'une **part de PPE**, la coordination entre les différents contrats vient complexifier le tout. Il est ainsi possible que les délais de prescription soient différents entre propriétaires d'étages. En outre, la livraison des parties privatives et communes peut intervenir à des moments différents, ce qui entraîne potentiellement des points de départ du délai de prescription différents⁸⁰.

3. Quelques solutions envisageables

53. La **Norme SIA 118** prévoit un délai d'avis de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage pendant lequel le maître peut invoquer en tout temps tous les défauts cachés, c'est-à-dire ceux qui ne devaient pas être découverts au moment de la réception (art. 172 al. 2 et 173 al. 1 SIA 118)⁸¹. L'intégration de cette norme, ou tout au moins des dispositions sur la garantie pour les défauts y relatives, permet de corriger la vulnérabilité découlant de la brièveté du délai d'avis des défauts.
54. Pour l'acquéreur d'une **part de PPE** en particulier, une autre solution consiste à coordonner strictement les contrats entre eux. Harmoniser la durée et les points de départ des délais, coordonner les droits de garantie cédés avec ceux qui sont exclus et assurer une uniformité des contrats d'acquisition des différentes parts de PPE permet de limiter les risques.

C. Vulnérabilité liée à l'exercice des droits de garantie

1. Exercice du droit à la réfection

55. L'exercice du droit à la réfection pose plusieurs difficultés, singulièrement lorsque les défauts affectent les **parties communes d'une PPE** :

⁸⁰ BAUDRAZ/EPARS, 240 ; GUIGNARD, PPE, 6.

⁸¹ CARRON/BERGMANN, N 107 ; SPIESS/HUSER, art. 172 N 13.

56. 1° Du point de vue du droit des contrats, chaque propriétaire d'étage est individuellement titulaire du droit à la réfection. Pour autant, il ne peut pas exercer sans autres ce droit sur les parties communes, en raison des exigences découlant des droits réels⁸². Sauf dans de rares exceptions (par ex. en cas d'urgence ou si le défaut porte principalement sur une partie privative et accessoirement sur une partie commune)⁸³, il doit obtenir l'**autorisation de la communauté** des copropriétaires d'étages (art. 712a al. 2 et 712g al. 1 CC)⁸⁴. Un refus entraîne une fragilisation de la position de celui qui réclame la réparation⁸⁵.
57. 2° Une autre vulnérabilité se présente lorsque plusieurs copropriétaires d'étages exercent des **prétentions en réfection incompatibles entre elles** sur des parties communes, par exemple lorsque les contrats d'acquisition sont différents et qu'un défaut pour l'un ne l'est pas forcément pour l'autre⁸⁶. Dans ces hypothèses, l'entrepreneur ne peut pas s'acquitter efficacement de son obligation de réfection⁸⁷.
58. 3° Si plusieurs propriétaires d'étages font valoir des **droits différents pour un même défaut** (par ex. l'un demande la réfection, l'autre la réduction du prix), l'aliénatrice peut théoriquement devoir supporter deux fois le coût du défaut⁸⁸. Si elle parvient à coordonner efficacement les procédures, l'un des propriétaires d'étages n'obtiendra pas le remède qu'il privilégie.

⁸² ATF 145 III 8, consid. 3.5, JdT 2019 II 229 ; TF 4A_540/2022 du 12 décembre 2023, consid. 2.1 ; cf. ég. CARRON/BERGMANN, N 150 ss et les réf. cit.

⁸³ TF 4C.151/2005 du 29 août 2005, consid. 4.2.3.

⁸⁴ ATF 147 III 553, consid. 5.3, JdT 2023 II 231 ; TF 4A_373/2024 et 4A_375/2024 du 17 septembre 2025, consid. 7.2.2 ; CARRON, PPE 2019, N115 et les réf. cit.

⁸⁵ PICHONNAZ, 77 ; VISCHER, Mängelrechte, 224.

⁸⁶ TF 4A_540/2022 du 19 décembre 2023, consid. 2.1 ; CARRON, Immodroit 2024 ; SCHWERY, Verträge, 269 ss.

⁸⁷ CARRON, RNRF 2020, N 83 ss ; CARRON/BERGMANN, N 157 ss. Eg. TF 4A_373/2024 et 4A_375/2024 du 17 septembre 2025, consid. 7.2.3 ;

⁸⁸ PICCININ, N 327.

2. Exercice du droit à la réduction du prix

59. Le droit à la réduction du prix suppose l'existence d'une **moins-value**, étant rappelé que des présomptions s'appliquent à cet égard (N 28).
60. En principe, la réduction correspond à la moins-value affectant la part de PPE du propriétaire en question⁸⁹. Des difficultés peuvent toutefois se présenter en lien avec la **présomption** selon laquelle la moins-value correspond aux frais de réfection (N 28). Ainsi, lorsque ceux-ci dépassent le prix de la part de PPE (par ex. parce qu'un défaut dans la cage d'escalier entraîne des coûts de réfection importants), le propriétaire d'étage concerné pourrait se voir refuser le droit de réclamer une réduction du prix⁹⁰.

3. Quelques pistes de solution

61. Pour atténuer les vulnérabilités identifiées, la solution passe à nouveau par une **coordination** stricte, en amont, des différents contrats. Par exemple, on peut minimiser le risque que les acquéreurs appréhendent différemment un éventuel défaut en harmonisant, dans chaque contrat d'acquisition de part de PPE, les qualités promises au sujet des parties communes⁹¹.
62. Une partie des difficultés se laisse également résoudre en convenant d'un **ordre de priorité** pour l'exercice des droits. La Norme SIA 118 prévoit ainsi un droit de réfection prioritaire (art. 169 al. 1 SIA 118), qui permet d'éviter que deux propriétaires d'étages exercent en même temps des droits différents et incompatibles⁹².
63. Pour le droit à la réduction du prix, le **renversement possible de la présomption** selon laquelle la moins-value correspond aux frais de réfection (N 28 et 60) relativise les vulnérabilités identifiées⁹³.

⁸⁹ TF 4A_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 4.1 et les réf. cit. ; TF 4A_603/2021 du 31 janvier 2023, consid. 9.2.

⁹⁰ Sur ce risque, cf. CARRON/BERGMANN, N 168 ss et les réf. cit.

⁹¹ CARRON/BERGMANN, N 160.

⁹² CARRON, *Immodroit* 2024, 7 ; CARRON/BERGMANN, N 162.

⁹³ CARRON/BERGMANN, N 167 et 170 et les réf. cit.

La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie

64. Pour l'élimination des tensions liées au droit à la réfection, une solution potentielle consiste à **exclure le droit à la réfection** des parties communes pour chaque propriétaire individuellement tout en le **cédant à la communauté** des propriétaires d'étages et en prévoyant une clause de coordination dans le règlement d'administration et d'utilisation de la PPE⁹⁴.

D. Vulnérabilité liée à la cession, l'exclusion et la limitation des droits de garantie

1. Considérations générales

65. La pratique selon laquelle l'aliénatrice cède à l'acquéreur ses prétentions contre l'entrepreneur tout en excluant ses propres obligations de garantie crée plusieurs **risques pour l'acquéreur**, qui viennent s'ajouter aux vulnérabilités identifiées ci-dessus (N 40 ss, 45 ss, 55 ss)⁹⁵ :
66. 1° L'acquéreur cessionnaire **perd le recours direct** contre l'aliénatrice cédante du fait de l'exclusion de garantie, tout en faisant nouvellement face à plusieurs entrepreneurs cédés. Il passe ainsi d'une cocontractante identifiée à une pluralité d'interlocuteurs souvent inconnus ou difficiles à reconnaître⁹⁶.
67. 2° Les **droits cédés** par l'aliénatrice peuvent **ne pas équivaloir** à ceux auxquels l'acquéreur a renoncé en vertu de l'exclusion de garantie⁹⁷. Le problème se pose également en cas d'acquisition d'un immeuble déjà construit : si l'aliénatrice avait connaissance du défaut et ne l'a pas signalé, il est possible que son comportement soit assimilé *a posteriori* à une acceptation tacite (N 18 s.), dont les

⁹⁴ Sur cette solution et les autres pistes envisagées par la doctrine, cf. CARRON, RNRF 2020, N 96 ss et 110 ss et les réf. cit. ; ég. TF 4A_373/2024 et 4A_375/2024 du 17 septembre 2025, consid. 7.2.3 reprenant cette solution ; sur la légitimation de la communauté des propriétaires d'étages, cf. GUIGNARD, PPE, 27 ss et les réf. cit.

⁹⁵ TF 4A_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 5.3 ; BIERI, 4 ss ; BRUNNER, N 2ss ; pour un aperçu général de ces difficultés, cf. not. Message Défauts de construction, 26.

⁹⁶ CARRON, Immodroit 2023, 7.

⁹⁷ CARRON/BERGMANN, N 250 et les réf. cit.

conséquences se répercutent sur l'acquéreur auquel les droits ont été cédés⁹⁸.

68. 3° La **prescription** des droits cédés court à partir de la livraison de l'ouvrage par l'entrepreneur à l'aliénatrice, qui peut avoir eu lieu bien avant l'acquisition de la part de PPE. Un tel contexte peut raccourcir considérablement les délais pertinents pour l'acquéreur.
69. 4° La cession a pour effet de transférer à l'acquéreur le **risque d'insolvabilité** ou d'incapacité de l'entrepreneur à procéder à la réfection⁹⁹.

2. Vulnérabilité liée à la cession du droit à la réfection

70. Dans les constellations simples, la cession du droit à la réfection ne pose pas de problème particulier.
71. En revanche, la situation se complique lorsqu'il y a **pluralité d'acquéreurs**, et donc dans le cas d'une PPE. En effet, le droit à la réfection est indivisible (N 27). Or, un droit ne peut en principe être valablement cédé qu'une fois¹⁰⁰ et il n'y a pas de solidarité entre acquéreurs de parts de PPE, dès lors que les cessions interviennent dans des contrats séparés¹⁰¹. Par conséquent, l'acquéreur qui exerce son droit à la réfection en premier bloque en principe tous les autres propriétaires d'étages.
72. Pour y remédier, chaque propriétaire d'étage peut **céder à la communauté** des copropriétaires son droit à la réfection pour les défauts affectant les parties communes¹⁰². Cette solution n'élimine toutefois pas toutes les difficultés, ne serait-ce qu'en termes de coordination et de prise de décision. On pense par exemple au cas

⁹⁸ CARRON, PPE 2019, N 86.

⁹⁹ CARRON, Immodroit 2023, 7.

¹⁰⁰ Message Défauts de construction, 17 ; à ce sujet, cf. ég. parmi d'autres KRAUSKOPF, Erwerb, 139 ; NUSSBAUMER, PPE, 152 ss et les réf. cit.

¹⁰¹ Conseil fédéral, Rapport explicatif du 19 août 2020 relatif à la révision du code des obligations (Défauts de construction), 27 ; VISCHER, Mängelrechte, 227.

¹⁰² ATF 145 III 8, consid. 3.2.1 s. ; ATF 114 II 239, consid. 5c, JdT 1989 I 162 ; pour des détails, cf. CARRON/BERGMANN, N 217 ss et les réf. cit.

La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie

où un défaut affecte à la fois une partie commune et une partie privative.

3. Vulnérabilité liée à la cession de la créance en réparation du dommage consécutif au défaut

73. Lorsque l'aliénatrice cède à l'acquéreur sa créance en réparation du dommage consécutif au défaut, la prétention cédée concerne le dommage de la première. Or, il arrive régulièrement qu'elle n'en subisse pas, notamment si elle a exclu sa responsabilité vis-à-vis de l'acquéreur. A l'inverse, l'acquéreur, qui subit effectivement un dommage, **ne peut en obtenir la réparation** ni auprès de l'entrepreneur (ce dommage n'est pas couvert par la créance cédée) ni auprès de l'aliénatrice (les droits à la garantie ayant fait l'objet d'une exclusion). Dans cette hypothèse, la cession de la créance en réparation du dommage consécutif au défaut est donc une « coquille vide »¹⁰³.
74. On pourrait théoriquement remédier au problème en obligeant l'entrepreneur à réparer le dommage survenant chez l'acquéreur du fait d'une cession, par exemple au moyen d'une **stipulation pour autrui** parfaite contenue dans le contrat entre l'entrepreneur et l'aliénatrice (art. 112 al. 2 CO)¹⁰⁴. Cette solution ne s'est toutefois pas imposée en pratique.

4. Vulnérabilité liée à l'articulation entre droits propres et droits cédés

75. Si la cession des droits de garantie pose des problèmes lorsqu'on la combine à une exclusion de garantie, la situation n'est pas forcément idéale non plus lorsqu'elle intervient seule. L'acquéreur dispose certes de **deux prétentions en réfection** : une prétention propre (contre l'aliénatrice) et une prétention cédée (par l'aliénatrice

¹⁰³ Message Défaits de construction, 17 ; CARRON/BERGMANN, N 221 ss et les réf. cit.

¹⁰⁴ Sur cette idée : CARRON, PPE 2019, N 205 ; KRAUSKOPF, Mängelhaftung, 163 ; sur la stipulation pour autrui, cf. CARRON/WESSNER, Obligations II, N 3673 ss.

contre l'entrepreneur)¹⁰⁵. À première vue, il s'agit d'un renforcement de la position de l'acquéreur.

76. Toutefois, la **coordination de ces prétentions** fragilise à nouveau l'acquéreur. En effet, faute d'accord spécifique des parties, la jurisprudence considère que la cession du droit à la réfection intervient en vue de l'exécution (*zahlungshalber*; art. 172 CO)¹⁰⁶. Appliquant par analogie les règles sur l'assignation (art. 467 al. 2 CO), le Tribunal fédéral oblige l'acquéreur à faire valoir d'abord le droit cédé contre l'entrepreneur, le droit propre contre l'aliénatrice étant suspendu¹⁰⁷. Même si l'acquéreur ne doit pas aller jusqu'à faire valoir en justice la première prétention, ces exigences jurisprudentielles fragilisent sa position, en augmentant ses coûts et en introduisant une insécurité sur les mesures à prendre avant de pouvoir aller rechercher l'aliénatrice¹⁰⁸.

IV. Vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au nouveau droit

A. Nouveau droit de la garantie pour les défauts

1. Généralités

a) Objectif et genèse

77. Une **révision partielle** du Code des obligations, intitulée « Défauts de construction », est sur le point d'entrer en vigueur¹⁰⁹.
78. L'objectif principal de cette réforme est de **renforcer la protection des maîtres d'ouvrage et des acquéreurs** de biens immobiliers en cas de défauts de construction, en améliorant la sécurité juridique, la transparence et l'efficacité dans la gestion des copropriétés¹¹⁰. Elle répond à plusieurs demandes parlementaires

¹⁰⁵ ATF 118 II 142, consid. 1b, JdT 1993 I 300 ; TF 4A_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 6.1.

¹⁰⁶ TF 4A_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 6.1.

¹⁰⁷ TF 4A_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 6.1.

¹⁰⁸ CARRON, *Immodroit* 2023, 7 s.

¹⁰⁹ RO 2025 270.

¹¹⁰ FLACH.

(dont certaines remontent à plus de 20 ans)¹¹¹ et aux critiques issues de la pratique, notamment concernant la brièveté du délai d'avis des défauts¹¹².

79. En 2020, le Conseil fédéral a ouvert la consultation sur un **avant-projet** comprenant trois sujets principaux : la prolongation du délai d'avis des défauts, la restriction de la possibilité d'exclure le droit à la réfection et la question des sûretés en lieu et place d'une hypothèque légale au registre foncier¹¹³.
80. En 2022, le Conseil fédéral a publié un **projet de révision partielle**¹¹⁴, accompagné d'un message¹¹⁵. Le Parlement a finalement adopté la révision le 20 décembre 2024¹¹⁶ et le Conseil fédéral a fixé son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2026¹¹⁷.
81. Le Parlement a passablement remanié le projet original ; la **version votée par les Chambres fédérales** va plus loin que la mouture d'origine sur plusieurs aspects¹¹⁸. Une illustration parlante concerne le caractère « semi-impératif » du délai d'avis des défauts qui figure dorénavant à l'art. 219a nCO, alors que le projet n'envisageait pas ce changement (art. 219a P-CO). De même, le caractère semi-impératif du droit à la réfection dans le contrat d'entreprise (art. 368 al. 2^{bis} nCO) se limitait à l'origine aux constructions réservées à un usage personnel ou familial (art. 368 al. 2^{bis} P-CO). Ces différences majeures entre les versions du texte révisé relativisent

¹¹¹ Cf. par ex. les motions Fässler-Osterwalder 02.3532 du 02.10.2002 (« Dispositions du CO relatives au bâtiment. Protection du maître de l'ouvrage ») et 09.3392 du 29.04.2009 (« Renforcer les droits du maître d'ouvrage en matière de réparation des vices de construction ») ou encore l'initiative parlementaire Hutter 12.502 du 13.12.2012 (« Droit du contrat d'entreprise. Pour des délais de réclamation équitables ») ; pour des détails, cf. Message Défauts de construction, FF 2022 2743, 9 ss.

¹¹² Message Défauts de construction, 13 s. et les réf. cit. ; FLACH.

¹¹³ FF 2022 2743 ; cf. ég. www.admin.ch>Droit fédéral>Procédures de consultation>Procédures de consultation terminées>2020>DFJP>Procédure de consultation 2020/46.

¹¹⁴ FF 2022 2744.

¹¹⁵ Message Défauts de construction, FF 2022 2743.

¹¹⁶ BO CN du 20.12.2024.

¹¹⁷ RO 2025 270.

¹¹⁸ Pour une mise en perspective critique, cf. GAUCH, Baumängel, 503 s.

considérablement la portée du message et des documents explicatifs sur l'avant-projet.

b) Droit transitoire

82. La révision n'inclut pas de disposition transitoire spéciale. Ce sont donc les **art. 1 à 4 Tit. fin. CC** qui s'appliquent, en particulier le principe de non-rétroactivité. Les conventions conclues sous l'ancien droit restent donc régies par l'ancien droit¹¹⁹, à moins que les parties renvoient expressément aux nouvelles règles¹²⁰. Cela vaut également pour les nouvelles dispositions impératives ; même si elles corrigent une pratique « choquante et abusive », ces règles ne répondent pas à un intérêt public suffisant pour justifier un effet rétroactif¹²¹.
83. L'application de ce principe a notamment les **effets** concrets suivants :
- Si un contrat de vente définitif ou un contrat de vente à terme concernant une construction sur un immeuble est **conclu avant le 1^{er} janvier 2026**, l'acquéreur ne disposera pas du droit à la réfection *ex lege*. En outre, l'aliénatrice pourra valablement exclure sa responsabilité, en contrepartie ou non de la cession à l'acquéreur des droits de garantie qu'elle détient contre les entreprises ayant effectué les travaux. Finalement, les défauts devront faire l'objet d'un avis « sans délai », même s'ils sont découverts après l'entrée en vigueur du nouveau droit¹²².
 - Si un **délai d'avis débute avant l'entrée en vigueur** du nouveau droit mais continue à courir après celle-ci, la même logique s'applique. Ainsi, un défaut découvert le 27 décembre 2025 doit faire l'objet d'un avis « sans délai » (N 24), c'est-à-dire dans le courant de la première semaine de janvier 2026.

¹¹⁹ Message Défauts de construction, 29.

¹²⁰ Cf. FLACH.

¹²¹ Message Défauts de construction, 29 ; à ce sujet, cf. PICHONNAZ, 85 ; BSK ZGB II-VISCHER, art. 2 Tit. fin. N 3.

¹²² Message Défauts de construction, 29.

- Si une **promesse de vente est conclue en 2025** sans tenir compte du nouveau droit et si l'acte de vente correspondant n'est instrumenté qu'après le 1^{er} janvier 2026, ce dernier devra tenir compte des règles impératives du nouveau droit.
- Si une aliénatrice a **conclu des contrats de construction en 2025 en renonçant à son droit** de réclamer l'élimination des défauts de la part des entrepreneurs et si elle vend ensuite une part de PPE en 2026, elle ne pourra pas exclure sa garantie en réparation vis-à-vis de l'acquéreur, vu que ce droit est nouvellement semi-impératif (N 96).

2. Nouveautés législatives

84. Les modifications pertinentes du Code des obligations concernent à la fois le droit de la vente et celui du contrat d'entreprise¹²³. Les paragraphes suivants présentent les principaux changements de manière synthétique, en les regroupant en **trois catégories** : celles qui concernent l'avis des défauts (N 85 ss), le droit à la réfection (N 90 ss) et la prescription (N 98 ss).

a) Nouveautés concernant l'avis des défauts

85. Le **droit actuel** prévoit un **délai très bref**, qui ne fait pas l'objet d'une terminologie uniforme – « sans délai » (art. 201 al. 1 CO), « immédiatement » (art. 201 al. 4 CO), « aussitôt qu'il le peut » (art. 367 al. 1 CO), « aussitôt qu'il en a connaissance » (art. 370 al. 3 CO) – et qui n'est pas fixé précisément. La jurisprudence l'a concrétisé à 7 jours dans la plupart des cas (N 24)¹²⁴.

¹²³ On rappelle que dans le cadre de cette contribution, la modification du Code civil concernant l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sera laissée de côté.

¹²⁴ Par ex. TF 4C.82/2004 du 3 mai 2004, consid. 2.3, repris plus récemment TF 4A_399/2018 du 8 février 2019, consid. 3.2 ; TF 4A_261/2020 du 10 décembre 2020, consid. 7.2.1 ; TF 4A_205/2020 du 13 juillet 2021, consid. 3.1.1 ; cf. aussi ATF 118 II 142, consid. 3b ; ATF 107 II 172, consid. 1a et b ; pour plus de détails, cf. Message Défauts de construction, 15 et les références.

86. Sous le **nouveau régime**, la règle déjà existante subsiste pour les ventes mobilières (art. 201 al. 1 CO) et pour la réalisation d'ouvrages mobiliers (art. 367 al. 1 CO).
87. En revanche, la nouvelle introduit un nouveau **délai allongé à 60 jours**, en tant que règle spéciale pour les immeubles et ouvrages immobiliers (art. 219a al. 1, 367 al. 1^{bis} *i.i.* et 370 al. 4 nCO) ainsi que pour les choses mobilières intégrées à un immeuble, respectivement les ouvrages mobiliers intégrés à un ouvrage immobilier, si leur défaut est à l'origine de celui de l'immeuble, respectivement de l'ouvrage immobilier (art. 201 al. 4, 367 al. 1^{bis} let. a et 370 al. 4 let. a nCO)¹²⁵.
88. Le délai de 60 jours s'appliquera également aux **ouvrages d'architectes et d'ingénieurs** (c'est-à-dire à leurs plans, calculations ou rapports d'expertise¹²⁶), à la double condition qu'ils aient servi de base pour la construction d'un ouvrage immobilier et qu'ils soient à l'origine d'un défaut de cet ouvrage (art. 367 al. 1^{bis} let. b et 370 al. 4 let. b nCO ; N 113 ss). Ce délai courra dès la vérification pour les défauts apparents, y compris pour les défauts ayant été engendrés par un plan défectueux¹²⁷, et dès la découverte pour les défauts cachés.
89. En outre, ce délai deviendra **relativement impératif**, susceptible d'être conventionnellement allongé mais pas raccourci¹²⁸.

b) Nouveautés concernant le droit à la réfection

90. Le **régime légal actuel** du contrat de vente – mobilière ou immobilière – ne prévoit **pas de droit à la réfection** dans le cadre de la garantie pour les défauts (N 27). Vu qu'il s'agit d'un régime dispositif, il arrive en pratique que les actes de vente immobilière – surtout ceux impliquant une construction neuve – prévoient un

¹²⁵ TERCIER/CARRON, N 730, 1008 et 3861. A ce sujet, cf. PICHONNAZ, 83 s.

¹²⁶ GAUCH, Baumängel, 500 ; TERCIER/CARRON, N 3861.

¹²⁷ GUIGNARD, Not@lex, 62.

¹²⁸ TERCIER/CARRON, N 3861.

droit conventionnel à la réfection (notamment lorsque les parties intègrent la Norme SIA 118)¹²⁹.

91. La situation changera avec la **révision**, qui introduit un **droit à la réfection sans frais** dans les dispositions relatives au contrat de vente immobilière comprenant une construction récente ou future, c'est-à-dire qui doit encore être érigée ou qui a été érigée il y a moins de deux ans (art. 219a al. 2 nCO)¹³⁰.
92. Selon le Message, la **notion de « construction »**, nouvelle dans le cadre de la garantie pour les défauts, correspond à celle prévalant en droits réels (art. 667 al. 2 CC) : elle désigne donc « toute infrastructure ancrée au sol de manière fixe et durable, à l'exclusion des constructions mobilières ou des travaux de terrassement »¹³¹. Cela comprend tout ce qui est uni au fonds par les moyens de la technique, **soit au-dessus, soit au-dessous du sol**, à l'inclusion des ponts, conduites, caves ou garages souterrains par exemple¹³². Il n'y aura donc pas de droit légal à la réfection en cas de vente d'un immeuble défectueux ne comprenant pas de construction (par ex. une forêt infestée de bostryches) ou d'un bien-fonds comportant des « constructions mobilières », c'est-à-dire des constructions légères (par ex. chalets, boutiques ou baraques) élevées sur le fonds d'autrui sans intention de les y établir à demeure et non inscrites au registre foncier (art. 677 al. 1 et 2 CC)¹³³.
93. A cet égard, on peut encore se demander si l'adjectif « **érigé** » utilisé à l'art. 219a al. 2 nCO exige que la construction sorte de terre. A notre avis, ce n'est pas le cas. En effet, cet adjectif ne fait qu'introduire la période de temps pertinente (« moins de deux avant la vente »). En outre, la version italienne utilise un concept plus large (« *realizzata* ») qui nous semble plus précis. Par conséquent, un tunnel, un garage souterrain ou une conduite enfouie constituent

¹²⁹ CARRON/BERGMANN, N 122 et les réf. cit.

¹³⁰ TERCIER/CARRON, N 1009. Contrairement à l'ouvrage faisant l'objet d'un contrat d'entreprise, l'immeuble faisant l'objet d'un contrat de vente n'est pas forcément neuf ou récent. Or un droit de réfection ne se justifie pas pour des immeubles anciens.

¹³¹ Message Défauts de construction, 32. Eg. TERCIER/CARRON, N 3916.

¹³² TF 5D_77/2017 du 25 octobre 2017, consid. 3.3 et 3.4 ; STEINAUER, N 1623.

¹³³ TF 5D_77/2017 du 25 octobre 2017, consid. 3.3 et 3.4.

aussi des constructions « érigées » sur l'immeuble au sens de cette disposition¹³⁴.

94. Enfin, le droit à la réfection ne s'applique pas en cas d'importantes rénovations d'une construction, mais uniquement à une **construction nouvelle ou récente**. Il s'agit d'un silence qualifié du législateur, que l'on peut déduire d'une interprétation historique et littérale du texte. En effet, les parlementaires ont supprimé un passage allant dans ce sens au cours de leurs délibérations¹³⁵.
95. La loi prévoit que le droit à la réparation des défauts est « soumis pour le reste aux **dispositions sur le contrat d'entreprise** » (art. 219a al. 2 nCO). Les conditions spécifiques du droit – par ex. le fait que la réfection ne doit pas entraîner de coûts excessifs (art. 368 al. 2 CO) – découlent ainsi des règles du contrat d'entreprise (art. 368 par renvoi de l'art. 219a al. 2 nCO)¹³⁶.
96. Finalement, une nouveauté est également introduite dans le contrat d'entreprise, qui connaît déjà le principe du droit à la réfection : à partir du 1^{er} janvier 2026, ce droit ne peut plus être exclu ou restreint à l'avance et devient dans cette mesure **semi-impératif** pour les défauts concernant une construction (art. 368 al. 2^{bis} nCO)¹³⁷. Du fait que l'interdiction ne concerne que les clauses convenues à l'avance, il demeurera toutefois possible d'exclure ou de restreindre le droit à la réfection *après* la découverte du défaut.
97. On relève que le libellé de l'art. 368 al. 2^{bis} nCO ne précise pas si le caractère semi-impératif concerne toute construction sans limite de temps. Il reviendra à la jurisprudence de clarifier la question. En

¹³⁴ Dans ce sens, GAUCH, Baumängel, 499 ; sur la notion de construction. Ne se prononce pas : PICHONNAZ, 84.

¹³⁵ Décision du Conseil national du 23 septembre 2023, rejetée par le Conseil des Etats du 12 juin 2024 ; cf. Dépliant 2024 II S S2 F relatif à l'objet 22.066n : <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2022/20220066/S2%20F.pdf> (consulté le 10.09.2025).

¹³⁶ GAUCH, Baumängel, 498.

¹³⁷ TERCIER/CARRON, N 1009 et 3914 ss. Dans ce sens également : FLACH, qui semble toutefois appliquer au contrat d'entreprise exactement la même restriction que pour le contrat de vente, en incluant les constructions datant de moins de deux ans : « Eine vertragliche Wegbedingung [...] ist bei Neubauten und Gebäuden unter zwei Jahren unzulässig ».

s'inspirant de la volonté expresse du législateur pour le contrat de vente (art. 219a CO) ainsi que du message¹³⁸, nous sommes d'avis que le caractère semi-impératif ne devrait pas concerner toutes les constructions mais **uniquement les constructions neuves**. L'exclusion ou la restriction conventionnelle du droit à la réfection constitueront des accords illicites, en principe sanctionnés par une nullité partielle (art. 20 al. 2 CO)¹³⁹.

c) Nouveautés concernant la prescription

98. Le **droit actuel** de la garantie pour les défauts (N 25) connaît divers délais de prescription, dont la durée varie entre une année et 30 ans (art 210 al. 3 *i.f.* CO), en passant notamment par cinq ans (art. 210 al. 2 CO ; art. 219 al. 3 CO respectivement art. 219a al. 3 *i.i.* nCO ; art. 371 al. 1 *i.f.* et al. 2 CO).
99. Le **nouveau droit** ne modifiera pas la durée des différents délais de prescription. En revanche, les dispositions prévoyant un **délai de cinq ans deviendront relativement impératives** : il sera dorénavant impossible d'y déroger au détriment de l'acheteur ou du maître d'ouvrage en raccourcissant les délais en question (art. 219a al. 3 et 371 al. 3 nCO)¹⁴⁰.
100. En droit de la **vente**, le caractère semi-impératif portera sur le délai de prescription applicable aux immeubles (art. 219a al. 3 nCO), étant précisé que la notion d'« immeuble », qui a remplacé de façon bienvenue celle de « bâtiment »¹⁴¹, renvoie à celle des droits réels (art. 655 CC)¹⁴².
101. Le législateur n'a pas explicitement rendu semi-impératif le délai de cinq ans concernant la garantie pour les défauts d'une **chose**

¹³⁸ Message Défauts de construction, 27, qui oppose contrat de vente d'immeubles et contrat d'entreprise en sous-entendant que ce dernier ne concernerait que des ouvrages neufs (« [...] puisqu'il n'est pas garanti par définition, contrairement au contrat d'entreprise, qu'il s'agit d'un ouvrage neuf »).

¹³⁹ GUIGNARD, Not@lex, 63 ; au sujet de la nullité partielle d'un accord illicite, cf. CARRON/WESSNER, Obligations II, N 2778.

¹⁴⁰ TERCIER/CARRON, N 3892.

¹⁴¹ Cf. déjà ATF 104 II 265, consid. 3 ; cf. ég. TERCIER/CARRON, N 1009.

¹⁴² Message Défauts de construction, 32.

mobilière intégrée dans une chose immobilière conformément à l'usage auquel elle est normalement destinée et si les défauts sont à l'origine des défauts de l'ouvrage (art. 210 al. 2 nCO). A notre avis, il s'agit d'un oubli, puisque la disposition jumelle dans le contrat d'entreprise (art. 371 al. 1 *i.f.* et 3 nCO) est de nature semi-impérative.

102. En droit du contrat d'**entreprise**, le caractère impératif s'étendra à **trois délais** de cinq ans (art. 371 al. 3 nCO) :
- celui applicable en cas de défaut d'un **ouvrage immobilier** (art. 371 al. 2 *i.z.* CO) ;
 - celui applicable en cas de défaut d'un **ouvrage mobilier intégré à un ouvrage immobilier** conformément à l'usage auquel il est normalement destiné, si les défauts de l'ouvrage mobilier sont à l'origine de ceux de l'ouvrage immobilier (art. 371 al. 1 CO) ;
 - celui applicable aux **prétentions contre l'architecte et l'ingénieur** (art. 371 al. 2 *i.f.* CO) indépendamment de leur fondement. Par exemple, le délai de prescription de cinq ans applicable aux créances contre l'architecte ou l'ingénieur en vertu d'un contrat de mandat deviendra également semi-impératif¹⁴³.

B. Effets du nouveau droit sur la vulnérabilité

1. Effet sur la vulnérabilité liée à la complexité du contexte juridique et technique

a) Amélioration par l'introduction de nouvelles règles protectrices

103. La révision introduit des **dispositions impératives** dans un domaine relevant depuis toujours de l'autonomie des parties et ne comprenant pour ainsi dire que des règles de droit dispositif (cf. toutefois l'art. 210 al. 4 CO). Si la nouvelle ne fait pas du contrat de vente immobilière et du contrat d'entreprise des contrats « sociaux » pour autant, l'intégration de plusieurs règles protégeant

¹⁴³ GAUCH, Baumängel, 503 ; TERCIER/CARRON, N 3892, 3895, 4770 et 4774.

La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie

spécifiquement la partie la plus vulnérable, semble s'inscrire dans une logique proche de celle du droit de la consommation¹⁴⁴.

b) Statu quo en lien avec la complexité en tant que telle

104. S'agissant de la vulnérabilité de l'acquéreur face à la complexité technique et juridique du contexte et face à l'asymétrie d'informations, le nouveau droit de la garantie ne devrait pas avoir d'effet notable. Cette vulnérabilité est **systémique et non juridique** ; elle va largement demeurer après le 1^{er} janvier 2026.

c) Péjoration par la démultiplication des régimes applicables et l'insertion de notions jusqu'alors étrangères

105. En sus des problèmes de **sécurité du droit** inhérents à toute modification législative, la révision partielle consacrée aux défauts de construction présente l'inconvénient majeur de démultiplier les régimes applicables. Alors que l'ancien droit s'applique de façon quasi-uniforme à tous les types de vente et de contrat d'entreprise (à l'exception notable des règles sur la prescription), le nouveau droit oblige les utilisateurs à distinguer les biens mobiliers ou immobiliers, voire ceux parmi eux qui comportent une construction ou non, car ces catégories influencent nouvellement tant le délai d'avis des défauts que les droits de la garantie. Cette **diversité accrue des régimes juridiques** fragilise à notre avis les parties les moins informées, qui risqueront de se perdre dans la jungle normative, avec la conséquence parfois grave de voir leurs droits se périmer.
106. En outre, l'**articulation complexe du texte légal** pourrait en pratique mitiger l'effet protecteur bénéfique de certaines règles. Voici quelques **exemples** :
- Le législateur a parfois conditionné le bénéfice d'une règle protectrice à la combinaison de **conditions rarement réunies en pratique**. Ce sera par exemple le cas du délai d'avis des

¹⁴⁴ Dans ce sens également : GAUCH, Baumängel, 503, qui relève qu'au vu de l'évolution du texte entre le projet et la version finale, cette logique de protection semble relever davantage du Parlement que du Conseil fédéral.

défauts de 60 jours applicable à la vente d'une chose mobilière à des conditions très strictes (pour plus de détails, cf. N 113 ss).

- Le texte légal introduit des **notions étrangères** à la garantie pour les défauts, comme celle de « construction » (art. 219a al. 2 nCO). On peut regretter ce choix, alors que l'on aurait pu privilégier des termes déjà existants dans la terminologie légale, comme la notion d'ouvrage immobilier (figurant déjà à l'art. 201 al. 4 nCO et à l'art. 210 al. 2 CO)¹⁴⁵. Ces insertions ne manqueront pas d'entretenir des incertitudes tant que la jurisprudence et la doctrine ne les auront pas clarifiées, et sont susceptibles de rendre la matière encore moins accessible pour un acquéreur vulnérable¹⁴⁶.

2. Effet sur la vulnérabilité liée aux conditions de la garantie et à la prescription

a) Amélioration par l'allongement du délai d'avis des défauts

107. L'introduction d'un **délai d'avis des défauts relativement impératif de 60 jours** pour les biens immobiliers (art. 219a al. 1 et 367 al. 1^{bis} nCO) constitue une amélioration substantielle par rapport à la règle actuelle du « sans délai » et son interprétation jurisprudentielle stricte (N 24). Elle évite une péremption des droits après quelques jours déjà, souvent considérée comme injuste. Elle diminue aussi la pression temporelle exercée sur l'acquéreur pour s'adresser à l'aliénatrice. Le nouveau droit permettra en particulier à l'acquéreur de sauvegarder plus facilement ses droits en cas de défauts cachés, qui résultent souvent d'une découverte fortuite¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cf. toutefois Message Défauts de construction, 32, qui suggère que la notion d'ouvrage immobilier a volontairement été laissée de côté car propre aux dispositions relatives au contrat d'entreprise et étrangère à celles sur le contrat de vente.

¹⁴⁶ Dans ce sens également : GAUCH, Baumängel, 498.

¹⁴⁷ Les défauts apparents sont souvent découverts lors d'une vérification commune, avec établissement d'un procès-verbal qui vaut avis des défauts s'il est correctement rédigé.

108. Cette **approche ciblée** – le délai de 60 jours s'applique, d'une part, aux biens immobiliers et, d'autre part, aux biens mobiliers intégrés ainsi qu'aux ouvrages réalisés par les architectes ou ingénieurs qui causent des défauts au bien immobilier (art. 201 al. 4, 367 al. 1^{bis}, 370 al. 4 nCO) – garantit une protection dans un domaine de forte vulnérabilité. Elle est en outre conforme au thème de la révision partielle qui porte uniquement sur les défauts de construction.
109. On peut néanmoins regretter qu'un délai allongé n'ait pas été également introduit pour les **transactions mobilières**, car la péremption des droits conjugée au bref délai d'avis des défauts se révèle également injuste dans ces situations.
110. Finalement, cette extension du délai reste « timide ». A titre de comparaison, la **Norme SIA 118**, développée pour et par des professionnels de la construction et largement utilisée en pratique, prévoit un délai de deux ans pendant lequel il est possible d'aviser en tout temps des défauts (art. 172 al. 2 et 173 al. 1 SIA 118)¹⁴⁸.

b) Amélioration par le changement de nature du délai de prescription de cinq ans

111. La révision rend le délai de prescription de cinq ans **semi-impératif** tant pour la vente immobilière (art. 219a al. 3 nCO) que pour le contrat d'entreprise (art. 371 al. 3 nCO). Elle constitue indéniablement une amélioration de la situation de l'acquéreur ; en effet, les asymétries d'informations et les rapports de force lors des négociations entraînaient jusqu'à aujourd'hui une réduction conventionnelle parfois exagérée de la durée de ces délais.

c) Statu quo en lien avec les défauts évolutifs

112. La révision **ne modifie pas le délai de vérification**, qui doit avoir lieu aussitôt que possible d'après la marche habituelle des affaires (art. 201 al. 1 et 367 al. 1 CO). En outre, le nouveau régime ne décharge pas l'acquéreur de son devoir de diligence et de limitation

¹⁴⁸ Cf. FLACH, qui rappelle que la première édition de la Norme SIA 118, en 1912, prévoyait déjà un tel délai de deux ans ; pour plus de détails sur ce délai, cf. CARRON/BERGMANN, N 107 ss et les réf. cit. ; SPIESS/HUSER, art. 172 N 6 ss.

du dommage, s'agissant des défauts évolutifs¹⁴⁹. Par conséquent, comme par le passé, l'acquéreur devra vérifier et aviser immédiatement l'aliénatrice de l'existence d'un défaut évolutif s'il veut préserver au mieux ses droits.

d) Péjoration par déplacement de la vulnérabilité ?

113. Bien que le délai de 60 jours représente une nette amélioration générale (N 107), la **limitation du champ d'application** de ce délai étendu pourrait constituer un « déplacement de la vulnérabilité ». Il existe en effet un risque que les acquéreurs considèrent de façon erronée que ce délai s'applique dorénavant à tous les types de défauts ou de biens. Le problème se déplacerait donc vers les biens mobiliers, avec des acquéreurs vulnérables qui ne respecteront pas le délai d'avis immédiat, en croyant erronément pouvoir bénéficier de 60 jours.
114. Pour les **biens mobiliers**, la condition selon laquelle le défaut de la chose mobilière intégrée à un ouvrage immobilier doit en avoir causé le défaut soulève d'**autres questions** :
- On ne sait pas **à qui le délai étendu de 60 jours profite**. S'agit-il uniquement de l'acquéreur ayant effectivement intégré le bien mobilier dans un bien immobilier ou aussi de tous les membres de la chaîne de distribution du bien mobilier avant que celui-ci ne soit finalement intégré dans un bien immobilier¹⁵⁰ ?
 - Cette condition risque en outre de **limiter fortement le champ d'application** du délai allongé de 60 jours. En effet, lors de l'acquisition du bien mobilier, l'acquéreur devra d'abord vérifier celui-ci « aussitôt qu'il le peut » avant son intégration dans le bien immobilier et procéder à l'avis des défauts « sans délai » en vertu de l'art. 201 al. 1 CO respectivement de l'art. 367 al. 1 CO, qui restent inchangés¹⁵¹. Le nouveau délai de 60 jours ne s'appliquera donc que dans le cas spécifique et rare où le défaut du bien

¹⁴⁹ Cf. FLACH, qui s'appuie sur les travaux parlementaires.

¹⁵⁰ GAUCH, Baumängel, 496.

¹⁵¹ GAUCH, Baumängel, 497 et 500.

La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie

mobilier n'apparaît que lors de son intégration dans le bien immobilier et provoque un défaut de celui-ci.

3. Effet sur la vulnérabilité liée à l'exercice des droits de garantie

a) Amélioration par le renforcement du droit à la réparation de l'acquéreur

115. Le nouveau droit accorde à l'acheteur d'un **immeuble comprenant une construction à ériger ou récente** (N 92 ss) le droit d'exiger directement la réparation des défauts aux frais de l'aliénatrice, conformément aux règles du contrat d'entreprise (art. 219a al. 2 nCO). Il s'agit d'une amélioration notable de sa situation, car il bénéficie dorénavant d'un droit légal impératif à la réfection, même pour l'aspect vente, ce qui n'était auparavant possible que par l'intégration de la Norme SIA 118 ou une application analogique des règles sur le contrat d'entreprise (N 27)¹⁵².
116. Dans le cas particulier de l'acquisition d'une **part de PPE sur plans**, la réforme impose donc à l'aliénatrice d'assumer une obligation de réfection (art. 219a al. 2 nCO). Si elle n'est pas en mesure d'assumer elle-même la réparation, elle devra **supporter les frais** des travaux effectués par les tiers qu'elle aura directement engagés ou à qui l'acquéreur aura recouru pour effectuer une réfection par substitution.
117. Le choix législatif de n'avoir pas uniquement imposé ce droit pour les constructions devant encore être bâties, mais aussi pour celles ayant été érigées **moins de deux ans avant la vente**, n'est pas sans risque. Il s'explique certes par la volonté du législateur d'éviter que l'aliénatrice d'une nouvelle construction (par ex. une entreprise de promotion) en reste propriétaire pendant quelques mois avant de la revendre, ceci dans le seul but d'é luder son devoir de réparer. En ce sens, l'extension de l'obligation de réparer aux constructions érigées deux ans avant la vente devrait permettre d'éviter ces comportements spéculatifs, tout en laissant à une aliénatrice d'un

¹⁵² CARRON/BERGMANN, N 122.

immeuble construit plus de deux ans avant la vente (vente d'immeuble « d'occasion ») la possibilité d'exclure conventionnellement sa garantie¹⁵³. Ce choix d'un délai de deux ans, en partie arbitraire¹⁵⁴, ne va toutefois pas sans faire ses propres **victimes collatérales** : il vulnérabilise notamment la propriétaire d'une construction récemment érigée qui serait contrainte de la revendre rapidement (par ex. à la suite d'un divorce) : elle devra en effet garantir le droit (impératif) à la réfection vis-à-vis du nouvel acquéreur alors qu'elle ne dispose pas nécessairement du savoir-faire et des contacts correspondants.

118. La limite légale temporelle fixée à deux ans pourrait aussi introduire une **incohérence** : l'acquéreur d'un immeuble comportant une construction « érigée » trois ans avant la vente ne bénéficiera pas du droit légal à la réfection vis-à-vis de l'aliénatrice, alors que celle-ci disposera encore d'un tel droit vis-à-vis des entreprises de construction. L'acquéreur pourrait en théorie y remédier en se faisant céder par l'aliénatrice les droits contre les entrepreneurs pour le reste du délai ; toutefois, la plupart des acquéreurs non institutionnels ne seront pas en mesure de négocier une telle cession.
119. On relève finalement que la formulation légale « une construction [...] ayant été érigée moins de deux ans avant la vente » n'est pas absolument claire. Si l'on peut admettre sans grande difficulté que le moment de la vente est celui de la conclusion du contrat sous forme authentique devant le notaire (et non le moment de l'inscription du transfert de propriété au registre foncier), le **moment où une construction a été érigée** est plus difficile à déterminer. Si un tiers effectue les travaux de construction, le moment pertinent devrait correspondre à la livraison de l'ouvrage construit. Si c'est l'aliénatrice qui construit et qu'elle ne procède pas à une réception finale, il sera plus complexe d'identifier ce moment. On peut envisager de s'appuyer sur les critères utilisés pour déterminer l'achèvement des travaux en lien avec l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs

¹⁵³ Message Défauts de construction, 27.

¹⁵⁴ On relève que la limitation devait être d'un an seulement selon le projet (art. 219a al. 2 P-CO).

La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie

(art. 839 al. 2 CC)¹⁵⁵, sur l'utilisation effective des locaux conformément à leur but¹⁵⁶ ou encore sur la délivrance de l'autorisation d'occuper par les autorités administratives. Il n'en reste pas moins que – comme pour le terme « construction » (N 92)¹⁵⁷ – le moment de son érection constitue un nouveau concept dans le paysage juridique de la garantie pour les défauts, ce qui augmente l'insécurité juridique.

b) Statu quo concernant les tensions pour la réparation des défauts de parties communes d'une PPE

120. La révision se concentre principalement sur les délais d'avis et de prescription, ainsi que sur le caractère impératif du droit à la réfection, mais ne s'attaque pas aux défis complexes relatifs à la **prise de décision** au sein de la communauté des copropriétaires d'une PPE concernant les défauts des parties communes et aux tensions existantes entre droit des contrats et droits réels (N 56)¹⁵⁸.
121. Les difficultés liées à l'obtention de l'autorisation de l'assemblée des propriétaires (art. 712a al. 2 et 712g al. 1 CC) et le potentiel de **prétentions inconciliables** entre propriétaires persisteront. Il faudra probablement attendre l'aboutissement de la révision du droit de la PPE pour espérer une amélioration dans ce domaine¹⁵⁹.

c) Péjoration en lien avec le droit de réfection d'une partie commune défectueuse

122. Lorsqu'un défaut concerne une partie commune d'une PPE, l'exercice du droit à la réfection par un copropriétaire peut poser un problème en raison de son **caractère indivisible**, notamment lorsqu'un autre copropriétaire souhaite exercer, pour le même

¹⁵⁵ A ce sujet, cf. parmi d'autres MÜLLER, N 2478 et les réf. cit.; BSK ZGB II-TURNHERR, art. 839/840 N 29 ss.

¹⁵⁶ ATF 115 II 456 consid. 4; TF 4A_275/2009 du 12 août 2009, consid. 3; cf. ég. GUIGNARD, PPE, 6, qui se base sur ce critère pour déterminer le moment de la livraison d'une part de PPE.

¹⁵⁷ Cf. aussi GAUCH, Baumängel, 498.

¹⁵⁸ Cf. CARRON/BERGMANN, N 150 ss.

¹⁵⁹ Cf. CARRON/BERGMANN, N 176 ss.

défaut, un droit à la réfection présentant un contenu différent ou d'autres droits de garantie (par ex. réduction du prix ; N 55 ss)¹⁶⁰.

123. L'un des **moyens de pallier cette difficulté** et de renforcer la position des acquéreurs était jusqu'ici d'exclure le droit des propriétaires individuels de pouvoir exiger la réfection du défaut de la partie commune et, en lieu et place, de prévoir conventionnellement un droit de la communauté des propriétaires d'étages (N 64)¹⁶¹.
124. En raison du caractère désormais impératif du droit individuel à la réfection des défauts (N 96), une telle **solution conventionnelle n'est plus admissible**, et le problème de la réfection d'un défaut affectant une partie commune demeure.

4. Effet sur la vulnérabilité liée à la cession, l'exclusion et la limitation des droits de garantie

a) Amélioration par la restriction des limitations et exclusions

125. Le nouveau droit prévoit la nullité de toute clause convenue à l'avance qui restreint ou exclut le droit à la réparation des défauts si le défaut concerne une construction (art. 219a al. 2 et 368 al. 2^{bis} nCO). Cette disposition cible directement la pratique courante d'**exclusion totale de la responsabilité de l'aliénatrice** pour la réfection et répond ainsi à l'une des principales vulnérabilités causées par le système actuel (N 65)¹⁶². Elle constitue donc une amélioration majeure pour les acquéreurs immobiliers.
126. Indirectement, l'entrée en vigueur de l'interdiction de l'exclusion devrait aussi considérablement **freiner la pratique de la cession des droits de garantie**¹⁶³. En effet, l'aliénatrice désormais tenue à garantie vis-à-vis de l'acquéreur aura tendance à ne pas céder à ce dernier ses droits de garantie en réfection contre les entrepreneurs,

¹⁶⁰ Message Défauts de construction, 17 ; ATF 145 III 8, consid. 3.3, JdT 2019 II 229.

¹⁶¹ A ce sujet, cf. CARRON/BERGMANN, N 219 et les réf. cit.

¹⁶² GUIGNARD, Not@lex, 59 ; à ce sujet, cf. ég. CARRON/BERGMANN, N 248 ss.

¹⁶³ Sur les effets ambigus de cette diminution programmée de la cession des droits, cf. N 131.

La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie

afin de pouvoir se retourner contre eux dans le cas où l'acquéreur exigerait de sa part la réfection de l'ouvrage¹⁶⁴.

b) Amélioration découlant de l'action directe de l'acquéreur contre l'aliénatrice

127. Lorsque l'acquéreur dispose à la fois de droits propres (contre l'aliénatrice) et de droits cédés (par l'aliénatrice contre les entrepreneurs), la **jurisprudence actuelle** exige qu'en l'absence d'une convention contraire, il fasse valoir en priorité les droits cédés contre les entrepreneurs (effet suspensif), avant de se retourner contre l'aliénatrice (N 76). L'acquéreur n'est certes tenu qu'à des efforts raisonnablement exigibles – il n'a notamment pas besoin de passer par la voie judiciaire contre les entrepreneurs cédés – avant d'agir directement contre l'aliénatrice. En pratique, il ne faut toutefois pas négliger les **ressources importantes** que doit consacrer l'acquéreur pour identifier les entrepreneurs responsables, pour tenter d'obtenir de ceux-ci la réparation des défauts et pour rassembler et conserver les preuves qui lui permettront d'établir, au besoin devant un tribunal, qu'il a respecté son incombance de rechercher d'abord les débiteurs cédés avant l'aliénatrice cédante.
128. Le **nouveau droit à la réfection impératif** (art. 368 al. 2^{bis} nCO) améliore à notre avis sensiblement la position de l'acquéreur dans cette situation. En effet, il pourra désormais **poursuivre directement l'aliénatrice pour la réfection** des défauts de construction, même si celle-ci lui a cédé les droits qu'elle détenait contre les entrepreneurs.

c) Péjoration par l'incitation à exclure les autres droits

129. Le nouveau droit ne rend **impératif que le droit à la réfection**. L'aliénatrice, ne pouvant plus exclure le droit à la réfection, pourrait être tentée de rédiger des contrats excluant explicitement les autres droits à la garantie – droit à la réduction du prix et droit à la

¹⁶⁴ GUIGNARD, Not@lex, 52.

résolution du contrat – dans la mesure autorisée par le droit dispositif.

130. L'acquéreur, bien que bénéficiant d'un droit impératif à la réfection, pourrait ainsi voir ses options réduites. On peut même imaginer une situation où l'acquéreur ne pourrait exercer **ni le droit à la réparation**, car celle-ci entraînerait des dépenses excessives (art. 368 al. 2 CO ; N 27), **ni les autres droits** – réduction du prix, résolution du contrat et réparation du dommage consécutif au défaut – car ceux-ci auraient été exclus conventionnellement.

d) Péjoration due à la disparition programmée de la cession des droits contre les entrepreneurs

131. La **pratique actuelle** – consistant à « court-circuiter » l'aliénatrice en cédant les droits à la garantie contre les entrepreneurs tout en excluant la garantie de l'aliénatrice (N 65 ss) – ne présente pas que des désavantages. Elle permet en effet aux acquéreurs des constructions d'obtenir la **réparation des défauts directement de la part des entreprises** qui détiennent le savoir-faire nécessaire, sans devoir passer par des intermédiaires. En outre, les entreprises sont directement en contact avec les utilisateurs et peuvent mettre en œuvre des solutions de réparation pragmatiques à la satisfaction de toutes les parties.
132. Or, le nouveau droit risque de **freiner cette construction juridique** habituelle : une aliénatrice ne souhaitera plus céder ses droits puisqu'elle doit impérativement assumer elle-même une garantie de réparation vis-à-vis des acquéreurs (N 126). Par conséquent, le nouveau droit péjorera la situation de ceux parmi les acquéreurs qui saluaient l'opportunité de directement traiter avec les entrepreneurs.
133. On rappelle toutefois que l'interdiction de l'exclusion ou de la restriction du droit à la réfection ne concerne que les clauses convenues à l'avance (N 96) et qu'il restera donc possible d'**exclure ou restreindre ce droit après la découverte** du défaut. Dès lors, on peut toujours envisager, sous l'empire du nouveau droit, que l'aliénatrice cède ses droits de garantie contre les entrepreneurs en **conditionnant cette cession à une exclusion du droit** de

l'acquéreur à son encontre, exclusion qui n'interviendra que postérieurement à la survenance du défaut. Avec cette solution, qui nous paraît conforme au nouveau droit, les acquéreurs pourraient convaincre les aliénatrices de céder conditionnellement leurs droits à la garantie et préserver ainsi l'ensemble de leurs options.

5. Quelques autres effets

a) Quasi statu quo en lien avec la Norme SIA 118

134. Dans la Norme SIA 118, en dehors des défauts constatés lors de la vérification commune, le maître dispose d'un « **délai de dénonciation des défauts** » de deux ans (art. 172 al. 1 et 173 al. 1 SIA 118)¹⁶⁵. La révision législative n'a pas d'effets tangibles sur cette règle, car la nature semi-impérative du nouveau régime légal autorise les parties à prévoir un régime plus favorable pour le maître d'ouvrage, ce qui est le cas du délai de deux ans¹⁶⁶.
135. Au-delà des deux ans, le maître doit signaler les **défauts cachés** « aussitôt après leur découverte » (art. 179 al. 2 SIA 118). Cette règle, qui reprend la terminologie du droit actuel, n'est plus compatible avec l'art. 367 al. 1 nCO. Pour les contrats concernant des ouvrages immobiliers conclus après le 1^{er} janvier 2026, il faudra considérer que l'**art. 179 al. 2 SIA 118 contrevient au nouveau droit** impératif, ce qui entraînera une nullité partielle du contrat. Si un défaut est découvert après le délai de deux ans, le maître disposera donc d'un délai d'avis de 60 jours après sa découverte¹⁶⁷.
136. Il en va de même du régime prévu pour les défauts connus au moment de la vérification commune, mais qui ne figurent pas au procès-verbal de vérification. L'**art. 163 SIA 118** présume que ces défauts ont été acceptés. A notre avis, cette règle **va à l'encontre de la règle impérative** de l'art. 367 al. 1^{bis} nCO et le maître pourra bénéficier d'un délai de 60 jours après la vérification commune pour

¹⁶⁵ TF 4A_511/2014 du 04.03.2015, consid. 4.3 ; pour plus de détails sur les notions de défauts cachés et apparents, cf. ég. GAUCH, *Werkvertrag*, N 2073 ss.

¹⁶⁶ FLACH ; GUIGNARD, *Not@lex*, 63.

¹⁶⁷ La SIA l'envisage du reste elle-même ; cf. FLACH.

annoncer un défaut constaté lors de celle-ci¹⁶⁸. Le cas d'une acceptation expresse du maître figurant dans le procès-verbal de vérification commune est réservé : dans cette hypothèse, le maître perd ses droits à la garantie non pas en raison de la tardiveté de l'avis des défauts mais parce qu'une autre condition – la non-acceptation du défaut (N 19) – n'est pas remplie.

b) Statu quo en lien avec les Règlements SIA 102/103

137. Les Règlements SIA 102/103 prévoient que les défauts des prestations des planificateurs soumises au contrat d'entreprise doivent être dénoncés « dans un délai de 60 jours » dès leur découverte, à l'exception des défauts affectant des plans ou calculs et causant un défaut de tout ou partie d'un ouvrage immobilier qui peuvent être dénoncés dans les deux ans suivant la réception de l'ouvrage (art. 1.9.4 SIA 102/103). Ces règles **demeurent compatibles** avec le nouveau droit.

V. Conclusion

138. A l'issue de cette analyse, le constat est clair : l'acquéreur d'une part de PPE faisant face à un défaut est actuellement vulnérable à bien des égards et il le restera avec l'entrée en vigueur du nouveau droit. La révision, qui est le résultat d'un compromis politique, ne parvient pas à supprimer tous les écueils et en crée d'autres.
139. Il n'en reste pas moins que le nouveau droit apporte de réelles améliorations : un délai d'avis des défauts allongé, un nouveau droit à la réparation sans frais dans les contrats de vente portant sur les constructions récentes ou à venir, un délai de prescription ne pouvant plus être raccourci au détriment de l'acquéreur et surtout, l'interdiction faite à l'aliénatrice d'exclure le droit à la réfection, ce qui pourrait mettre un terme à la source principale de vulnérabilité principale des acquéreurs.
140. Afin que les acteurs impliqués dans une transaction immobilière profitent pleinement des avantages du nouveau droit, il demeure

¹⁶⁸ Du même avis, GUIGNARD, Not@lex, 63.

La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie

essentiel que les modèles d'actes notariés et les conditions générales ou spéciales utilisées en pratique soient adaptés au nouveau droit¹⁶⁹. Pour les autres, le compte à rebours a commencé et le temps presse.

¹⁶⁹ La SIA a par ex. lancé une révision de la norme SIA 118. A ce sujet, cf. FLACH.

Bibliographie

BAUDRAZ HENRI/EPARS PIERRE, La réception de l'ouvrage et son impact sur la garantie, JDC 2007, 235 ss

BIERI URBAN, Die Abtretung von Mängelrechten an die Stockwerkeigentümergeinschaft und deren Durchsetzung, in : Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2019, Berne 2019, 1 ss

BRUNNER CHRISTOPH, Nachbesserungsrecht, Gewährleistungsausschluss und Abtretung von Mängelrechten beim Verkauf von neu erstellten oder umfangreich renovierten Wohnungen, Jusletter 20 novembre 2023

CARRON BLAISE, Acquisition d'une part de propriété par étages (PPE) et garantie pour les défauts, in : Bohnet/Carron (édit.), PPE 2019, Bâle/Neuchâtel 2019, 1 ss (cité : PPE 2019)

CARRON BLAISE, Garantie pour les défauts affectant les parties communes d'une PPE, RNRF 101(2020)/2, 73 ss (cité : RNRF 2020)

CARRON BLAISE, PPE, Défaut des parties communes et cession des droits de garantie : un besoin de réforme législative ? Newsletter immodroit.ch février 2023 (cité : Immodroit 2023)

CARRON BLAISE, Tout ce qu'un propriétaire d'étage acquéreur pourrait exiger de l'entrepreneur, il ne peut pas l'imposer sans tenir compte des intérêts des autres copropriétaires, Newsletter immodroit.ch mars 2024 (cité : Immodroit 2024)

CARRON BLAISE/BERGMANN ISAAC, La Norme SIA 118 et la cession des droits de garantie pour les défauts, en particulier dans la propriété par étages, Lugano 2024

CARRON BLAISE/WESSNER PIERRE, Le droit des obligations Partie générale, Vol. I : les concepts généraux et la représentation – l'enrichissement illégitime – la relation précontractuelle, Berne 2022 (cité : Obligations I)

CARRON BLAISE/WESSNER PIERRE, Le droit des obligations Partie générale, Vol. II : la formation du contrat – les conditions générales d'affaires – l'interprétation du contrat – l'exécution, Berne 2024 (cité : Obligations II)

La vulnérabilité de l'acquéreur immobilier face au (nouveau) droit de la garantie

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification du Code des obligations (Défauts de construction) du 19 octobre 2022, FF 2022 2743 (cité : Message Défauts de construction)

FLACH BEAT, Neues Werkvertragsrecht – Überblick für Planende, 14.07.2025, <https://www.sia.ch/de/cms/node/44765> (consulté le 25.08.2025)

GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 6^e éd., Zurich 2019 (cité : Werkvertrag)

GAUCH PETER, Die Abtretung der werkvertraglichen Mängelrechte, BR/DC 1984, 23 ss (cité : Abtretung)

GAUCH PETER, « Obligationenrecht (Baumängel) » – Ein Streifzug durch die partielle Revision des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts vom 20. Dezember 2024, SJZ 121/2025, 495 ss (cité : Baumängel)

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (édit.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 7^e éd., Bâle 2023 (cité : BSK ZGB II-AUTEUR)

GUIGNARD DANIEL, La garantie pour les défauts dans la PPE, réédition en ligne d'un article paru dans les Cahiers des droits réels et de la propriété 2013/2, 33 ss (cité : PPE)

GUIGNARD DANIEL, Les garanties du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur dans la construction, Not@lex 2025, 53 ss (cité : Not@lex)

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Erwerb von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes : Klippen bei der vertraglichen Gestaltung, Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2011, 115 ss (cité : Erwerb)

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Grundstückkauf mit angefangener Baute, Zur Frage der richtigen Beurkundung des Kaufpreises, in : Schmid (édit.), Der Grundstückkauf/la vente immobilière, Zurich/Bâle/Genève 2010, 233 ss (cité : Grundstückkauf)

MEIER-HAYOZ ARTHUR/REY HEINZ, art. 712a-712t ZGB, Grundeigentum, IV. Das Stockwerkeigentum, Berner Kommentar, Berne 1988 (cité : BK ZGB-MEIER-HAYOZ/REY)

MÜLLER CHRISTOPH, Contrats de droit suisse – Présentation systématique des contrats les plus importants en pratique, Berne 2021

NUSSBAUMER ARNAUD, La cession des droits de garantie, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2015 (cité : Thèse)

NUSSBAUMER ARNAUD, Les droits de garantie et la PPE : Quelques problèmes récurrents, in : Pichonnaz/Werro (édit.), La pratique contractuelle 6 – Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich/Bâle 2018, 145 ss (cité : PPE)

NUSSBAUMER-LAGHZAOUI ARNAUD, La cession des droits de garantie : l'état de la question, in : Pichonnaz/Werro (édit.), Les tiers et le contrat – La pratique contractuelle 8 – Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich 2024, 53 ss

PICCININ VALENTIN, La propriété par étages en procès, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2015

PICHONNAZ PASCAL, La réparation de l'ouvrage défectueux, in : Zufferey (édit.), Journées suisses de droit de la construction 2025, Fribourg 2025, 61 ss

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS (édit.), Commentaire romand Code civil II, 2^e éd., Bâle 2016 (cité : CR CC II-AUTEUR)

PLATTNER PLACIDUS, Vertragsgestaltung beim Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan, BR/DC 2016, 14 ss

SCHWERY NADJA, Inhaltlich divergierende Verträge beim Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan, BR/DC 6/2024, 268 ss (cité : Verträge)

SCHWERY NADJA, Zur Vermeidung der Kollision von Gewährleistungsrechten im Stockwerkeigentum, BR/DC 2018, 346 ss (cité : Kollision)

SPIESS RUDOLF/HUSER MARIE-THERES, SIA-Norm 118 – Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgeben durch den Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein, Stämpfli Handkommentar, 2^e éd., Berne 2023

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Tome I : Introduction à l'étude de droit réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étage, Berne 2012

STÖCKLI HUBERT, Nachbesserungsrecht unabhängig von Wertquoten, BR/DC 2018, 368 ss (cité : Nachbesserungsrecht)

STÖCKLI HUBERT, Stockwerkeigentum ab Plan, BR/DC 2009, 1 ss (cité : Stockwerkeigentum)

TERCIER PIERRE/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 6^e éd., Genève/Zurich 2025

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR)

VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, RSJ 108/2012, 177 ss (cité : Freizeichnung)

VISCHER MARKUS, Mängelrechte beim Kauf eines Stockwerkanteils, RNRF 96/2015, 217 ss (cité : Mängelrechte)

WEBER, ROLF H., Gewährleistungsansprüche beim Stockwerkeigentum, BR/DC 1985, 67 ss

WERMELINGER AMÉDÉO, La propriété par étages, 4^e éd., Rothenburg 2021 (cité : PPE)

WERMELINGER AMÉDÉO, La vente d'une part-terrain – état des lieux, Not@lex 2010, 39 ss (cité : Not@lex)

WERMELINGER AMÉDÉO, art. 712a-712t ZGB, Das Stockwerkeigentum, in : Schmid (édit.), Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité : ZK ZGB-WERMELINGER)

WERMELINGER AMÉDÉO/WERMELINGER NOÉMIE, Das Stockwerkeigentum, SVIT-Kommentar, 3^e éd., Zurich 2023

WERRO FRANZ/HURNI BÉATRICE, La PPE sur le plan, Journée suisse du droit de la construction 2011, Fribourg 2011, 63 ss

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (édit.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7^e éd., Bâle 2020 (cité : BSK OR I-AUTEUR)



Parus dans la même collection

4^e Journée des droits de la consommation et de la distribution
Production et consommation durables dans une économie circulaire –
défis et solutions juridiques (2023)

ISBN 978-3-7190-4804-4

3^e Journée des droits de la consommation et de la distribution
Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques (2018)

ISBN 978-3-7190-4136-6

2^e Journée des droits de la consommation et de la distribution
Assurance de protection juridique – Clauses contractuelles abusives –
Nouveautés législatives et jurisprudentielles (2016)

ISBN 978-3-7190-3801-4

Droits de la consommation et de la distribution :
les nouveaux défis (2013)

ISBN 978-3-7190-3404-7

