

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'auteur (ZIMMERMANN, Concept, N 12). Pour cette raison, nous nous permettons 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-BOULVARD, 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-)itinérante.

²⁸ ZIMMERMANN, Concept, N 12.

²⁹ ZIMMERMANN, Legislating, 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 Câmpăeanu 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 ARNARDOTIR, 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 BENÖHR, 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 : Brodiez-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-CAŁA 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