

Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse

Édité par

Véronique Boillet
Francesco Maiani
Etienne Poltier
Daniel Rietiker
Barbara Wilson

Avec la collaboration
d'Alexandre Biedermann

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse

Édité par

Véronique Boillet
Francesco Maiani
Etienne Poltier
Daniel Rietiker
Barbara Wilson

Avec la collaboration
d'Alexandre Biedermann

Schulthess § 2016
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: VÉRONIQUE BOILLET, FRANCESCO MAIANI, ETIENNE POLTIER, DANIEL RIETIKER, BARBARA WILSON (éds), *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, collection CUSO, Genève/Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

Publié avec l'aide de la Conférence universitaire de Suisse occidentale

ISBN 978-3-7255-8614-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur:
+32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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>.

Table des matières

Sommaire	V
Table des matières	VII
Liste des contributeurs	XV
Liste des abréviations	XVII
Avant-propos	1
VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI/ETIENNE POLTIER DANIEL RIETIKER/BARBARA WILSON	
1^{ère} Partie : L'influence du droit de la CEDH sur le droit suisse	5
La prise en compte de la CEDH dans la mise en œuvre des initiatives populaires	7
GUILLAUME LAMMERS	
Introduction.....	8
I. Les fondements.....	8
1. La prise en compte du droit international lors de l'élaboration, de l'application et de la mise en œuvre des normes constitutionnelles	8
2. Les principes applicables à la mise en œuvre législative des initiatives populaires.....	10
II. Les cas d'application	12
1. L'initiative populaire <i>Internement à vie</i>	12
2. L'initiative populaire <i>Pour le renvoi des étrangers criminels</i>	14
3. L'initiative populaire <i>Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec des enfants</i>	17
4. L'initiative populaire <i>Contre l'immigration de masse</i>	18
III. Observations.....	20
1. La mise en œuvre législative comme étape permettant d'éviter les conflits avec le droit international.....	20
2. Les tensions entre la volonté populaire et la prise en compte du droit international	21
3. La prise en charge du processus de mise en œuvre par les initiants	23
Conclusion	24

Bibliographie.....	26
Rapports relatifs à la mise en œuvre des initiatives populaires	27

La réception de la CEDH en droit suisse au travers de la procédure de révision : analyse récente de la pratique du Tribunal fédéral..... 29

ALEXANDRE BIEDERMANN

Introduction.....	29
I. La révision comme moyen de mise en œuvre des arrêts de la CourEDH	30
1. Le cadre juridique et les types de mesures d'exécution.....	30
2. La procédure de révision suisse.....	31
II. Les arrêts récents en révision (2012-2015).....	33
1. Les révisions admises.....	34
2. La révision refusée	44
Conclusion	45
Bibliographie.....	47

L'armée suisse face à la CourEDH..... 51

GRÉGOIRE GEISSBÜHLER

Introduction.....	51
I. Aperçu de droit militaire.....	52
1. Place dans l'ordre juridique suisse	52
2. Droits fondamentaux et armée	54
II. Arrêts de la CourEDH	56
1. <i>Sutter c. Suisse</i>	56
2. <i>Glor c. Suisse</i>	60
Conclusion	65
Bibliographie.....	67

CEDH et développement territorial : implications actuelles et potentielles..... 69

NESA ZIMMERMANN

Introduction.....	69
I. Droit à un procès équitable	70
1. Jurisprudence de la Cour.....	70
2. Implications pour la Suisse	71
II. Protection environnementale	73
1. Jurisprudence de la Cour.....	73
2. Implications pour la Suisse	75
III. Modes de vie minoritaires	76

1. Jurisprudence de la Cour	76
2. Implications pour la Suisse	80
Conclusion	84
Bibliographie.....	85

**L'impact en Suisse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
Y. Y. c. Turquie sur la question de la stérilisation prévue par le régime suisse
actuel en matière de reconnaissance officielle de changement de sexe 89**
LOUISE PATRY

Introduction.....	89
I. Rappel des faits.....	91
II. La décision de la CourEDH.....	92
1. Grievs, arguments des parties et appréciation de la Cour	92
2. L'influence extérieure de la décision	94
III. L'impact sur le droit suisse	96
1. Le régime suisse en matière de reconnaissance officielle de changement de sexe	96
2. L'influence de la décision sur le droit suisse.....	97
IV. La situation actuelle en Suisse et perspectives.....	103
1. L'approche nationale actuelle	103
2. Perspectives pour le Tribunal fédéral.....	105
Conclusion	106
Bibliographie.....	108

« Luke, I am your father » ou de la paternité biologique : aspects choisis 111
MANUELA SAENZ DEVIA

Introduction.....	111
I. Vie privée et vie familiale.....	112
II. Deux problèmes spécifiques à la contestation de la filiation	114
1. Qualité pour agir en désaveu	114
2. Contestation de la paternité établie par jugement.....	119
III. Droit aux relations personnelles.....	122
1. Circonstances exceptionnelles.....	122
2. Intérêt de l'enfant.....	123
IV. Droit à la connaissance de sa descendance	125
Conclusion	127
Bibliographie.....	129

Tourisme procréatif et reconnaissance des liens de filiation : la jurisprudence embryonnaire de la CourEDH et du TF 133

TIFFAINE STEGMÜLLER

Introduction.....	134
I. La jurisprudence de la CourEDH.....	135
1. L'application de l'art. 8 CEDH et l'intérêt de l'enfant.....	135
2. Les différents arrêts.....	136
3. Les affaires pendantes.....	141
II. Le début de jurisprudence suisse.....	142
1. L'application des règles de droit international privé et l'ordre public matériel.....	142
2. Les deux arrêts du TF.....	144
3. La conformité des arrêts suisses avec la pratique de la CourEDH.....	147
III. Les tendances et influences.....	149
1. Les développements jurisprudentiels futurs.....	149
2. Le changement de pratique nécessaire des autorités suisses.....	150
3. La suite et les éventuelles modifications du droit.....	151
Conclusion.....	152
Bibliographie.....	153

La prescription de la réparation des dommages différés en droit suisse face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 157

ADRIEN VION

Introduction.....	157
I. La jurisprudence suisse face à l'arrêt <i>Howald Moor c. Suisse</i>	158
1. Résumé des développements jurisprudentiels récents.....	158
2. Impact de ces arrêts sur le droit suisse de la prescription.....	161
II. Le projet de révision du droit suisse de la prescription face à l'arrêt <i>Howald Moor c. Suisse</i>	165
1. Le projet de révision du droit suisse de la prescription.....	165
2. Incompatibilité des solutions législatives envisagées avec l'arrêt <i>Howald Moor c. Suisse</i>	167
3. Quid en cas d'adoption d'une solution incompatible avec la CEDH ?.....	168
Conclusion.....	171
Bibliographie.....	172

2^{ème} Partie : L'influence du droit de l'UE sur le droit suisse 177**Droit de révocation et mise en œuvre du droit de la concurrence
par le consommateur : *tempori servire* ? 179**
JULIEN DELAYE/DARIO HUG

Introduction.....	179
I. Notions	180
1. Droit de révocation légal	180
2. Droit privé de la concurrence	183
II. Influence européenne.....	185
1. Avant le rejet de l'accord EEE	185
2. Après le rejet de l'accord EEE	187
III. Implications.....	190
1. Droit privé de la concurrence	190
2. Droit de révocation légal	192
Conclusion	194
Bibliographie.....	196

L'influence du droit européen sur le droit suisse des marchés financiers..... 199
ALAIN BINGGELI

Introduction.....	199
I. La réglementation applicable dans l'UE	200
1. Généralités	200
2. Aperçu de la législation européenne.....	202
II. Influence et reprise autonome du droit européen des marchés financiers en droit suisse.....	206
1. Généralités	206
2. Les influences et reprises du droit européen en droit suisse avant la crise financière.....	207
III. L'accès au marché intérieur des services financiers pour les prestataires et produits de pays tiers après la crise	209
1. Les débats au sein de l'UE	209
2. Les solutions adoptées dans l'UE.....	211
3. Les conséquences en Suisse	213
Conclusion	216
Bibliographie.....	218

L'influence des réformes européennes sur la protection des données en Suisse : questions choisies 221

EVA CELLINA

Introduction	221
I. Etat des lieux	223
1. Union européenne	223
2. Suisse	226
3. Différences	230
II. Projet de Règlement européen	231
1. Présentation générale.....	231
2. Questions choisies	232
III. Implications pour la Suisse	234
1. Projet de révision de la LPD.....	234
2. Questions choisies.....	234
Conclusion	238
Bibliographie.....	240

L'influence des directives européennes en matière de marchés publics sur le droit suisse 243

SARAH VITTOZ

Introduction	243
I. Sources du droit des marchés publics	245
1. L'AMP	245
2. Le droit suisse	245
3. Le droit de l'Union européenne.....	246
II. Influences du droit de l'Union sur le droit suisse des marchés publics	247
1. La portée de l'AMP sur le droit communautaire	247
2. L'Accord bilatéral sur les marchés publics	248
3. Adaptation autonome des directives ?	251
4. Influence de la jurisprudence CJUE en matière de marchés publics sur le droit suisse.....	253
III. Perspectives ouvertes par les révisions en cours	255
1. Aperçu des révisions en cours	256
2. Influences respectives de ces révisions	258
Conclusion	262
Bibliographie.....	264

L'observation de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne par les tribunaux suisses dans le cadre de l'interprétation des accords bilatéraux..... 267

EMILIE KOHLER

Introduction.....	267
I. Règles générales d'interprétation.....	268
II. L'accord sur la libre circulation des personnes.....	270
1. L'art. 16 al. 2 ALCP.....	270
2. L'observation de la jurisprudence de la CJUE.....	272
III. L'accord sur le transport aérien.....	274
1. L'art. 1 ^{er} al. 2 ATA.....	275
2. L'observation de la jurisprudence de la CJUE.....	275
IV. Les accords d'association à Schengen et à Dublin.....	276
1. L'art. 8 al. 1 AAS et l'art. 5 AAD.....	276
2. L'observation de la jurisprudence de la CJUE.....	277
V. La Convention de Lugano.....	278
1. L'art. 1 ^{er} du Protocole n° 2.....	278
2. L'observation de la jurisprudence de la CJUE.....	280
Conclusion.....	280
Bibliographie.....	282

Accord-cadre institutionnel : entre le droit de l'UE et les particularités suisses 285

YULIYA KASPIAROVICH

Introduction.....	285
I. Les solutions institutionnelles envisagées.....	288
1. L'adhésion de la Suisse aux institutions de l'AELE.....	290
2. Les institutions ad hoc communes.....	291
3. Les institutions existantes pour une coopération juridictionnelle.....	292
II. Le choix suisse et le mécanisme institutionnel de l'EEE.....	293
1. L'architecture institutionnelle de l'EEE.....	294
2. Les avis 1/91 et 1/92 de la CJCE.....	296
Conclusions.....	301
Bibliographie.....	303

**L'influence du droit européen sur le droit suisse de la révision :
entre *Sonderweg* et reprise..... 305**

AXEL SCHMIDLIN

Introduction.....	305
I. Analyse comparative.....	307
1. Obligations clefs.....	307
2. Mécanismes d'implémentations.....	314
II. Conséquences.....	318
1. Equivalence.....	318
2. Concurrence.....	322
Conclusion.....	327
Bibliographie.....	328

Droit de révocation et mise en œuvre du droit de la concurrence par le consommateur : *tempori servire* ?

Introduction	179
I. Notions	180
1. Droit de révocation légal	180
2. Droit privé de la concurrence	183
II. Influence européenne	185
1. Avant le rejet de l'accord EEE	185
2. Après le rejet de l'accord EEE	187
III. Implications.....	190
1. Droit privé de la concurrence	190
2. Droit de révocation légal	192
Conclusion.....	194
Bibliographie	196

Introduction

Le droit de révocation et le droit de la concurrence ont comme objectif la protection du consommateur¹.

Le droit de révocation protège directement le consommateur. Il est un moyen de protection spécifique du droit contractuel de la consommation. Au stade de la conclusion du contrat, il corrige le déséquilibre informationnel et structurel, qui existe entre consommateurs et professionnels².

¹ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 7 ss.

² CARRON, *Protection*, p. 107 ; MÜLLER, n° 102.

Le droit de la concurrence protège indirectement le consommateur³. Il règle le fonctionnement du marché, lutte contre les effets des restrictions à la concurrence et régit principalement les rapports entre entreprises. L'approche moderne du droit de la concurrence place le bien-être du consommateur au centre de ces rapports⁴. Il appartient à l'État d'adopter un droit de la concurrence tenant compte des intérêts du consommateur⁵. Le préambule de la LCart le rappelle en renvoyant à l'art. 97 al. 2 Cst.

Cette contribution fournit au lecteur un aperçu des vecteurs d'eupéanisation dans ces deux manifestations de la protection du consommateur. À première vue, elles paraissent largement affectées par une dynamique d'eupéanisation. En réalité, elles sont moins affectées qu'on pourrait le penser.

Dans un premier temps, il s'agit de présenter quelques notions fondamentales (I.). Puis, nous aborderons l'influence du droit européen sur le droit de révocation légal du consommateur et le droit privé de la concurrence (II.). Nous terminerons par présenter les implications de cette influence pour le législateur helvétique (III.).

I. Notions

1. Droit de révocation légal

a) Définition

Le droit de révocation (ou de rétractation) légal du consommateur est un droit formateur de nature impérative, qu'il peut exercer durant une période temporelle limitée⁶. Ce droit lui permet de retirer son consentement au contrat, sans motif et sans engager sa responsabilité⁷.

C'est l'un des outils les plus importants du droit de la consommation⁸. Il est considéré comme un *correctif légal* au déséquilibre informationnel et structurel

³ HEINEMANN, *Consommation*, p. 47.

⁴ *Idem*, p. 45 s.

⁵ Message LCart-95, FF 1995 I 472, p. 477 ; HEINEMANN, *Consommation*, p. 45 ; STURNY, p. 8 ss.

⁶ DONAUER/MÓRI, p. 340 ; voir ég. HARTMANN, p. 311 et TANG, p. 6 qui relèvent le caractère en réalité semi-impératif du droit de révocation légal (ex. prolongation de la durée du délai de révocation en faveur du consommateur).

⁷ MARCHAND, p. 157 ; TANG, p. 6 ; VON BAR/CLIVE, p. 82.

⁸ CARRON, *Protection*, p. 136.

entre les parties⁹. Son but est de protéger le consommateur contre la conclusion hâtive du contrat, en lui permettant de bénéficier d'une période de réflexion (« *cooling-off period* »)¹⁰. Le caractère sectoriel du droit de la consommation implique des droits de révocation spécifiques à certains types de contrats. Ce constat vaut tant pour le droit de l'UE que le droit suisse.

b) État des lieux

aa) En droit de l'UE

En droit de l'UE, il existe en particulier des droits de révocation pour les contrats à distance et hors établissement, les contrats de crédits, ainsi que la commercialisation à distance de services financiers.

L'art. 9 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs impose aux États membres d'octroyer aux consommateurs un délai de *quatorze jours* pour se rétracter du contrat à distance ou hors établissement. En présence de l'une des exceptions prévues par l'art. 16, le droit de rétractation ne s'applique pas. Cela concerne notamment la fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou de se périmérer rapidement (art. 16 let. d). Certains contrats restent exceptés du champ d'application de la Directive (art. 3 al. 3)¹¹.

L'art. 14 de la Directive 2008/48/CE concernant les contrats de crédit aux consommateurs prévoit également un droit de rétractation de *quatorze jours*¹². De nombreuses exceptions à ce droit sont prévues (art. 2 al. 2). Cette directive a été critiquée par SCHÖBI, qui lui préfère le régime de la LCC¹³.

L'art. 6 de la Directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs prévoit aussi un droit de rétractation de *quatorze jours*¹⁴. Ce délai s'élève à *trente jours*, lorsque le contrat a pour objet certaines assurances sur la vie ou des opérations portant sur les retraites individuelles. Plusieurs exceptions sont prévues (art. 6 al. 2).

Le droit de l'UE prévoit donc une réglementation du droit de rétractation presque entièrement harmonisée¹⁵.

⁹ CARRON, *Protection*, p. 107 ; KOLLER-TUMLER, p. 36.

¹⁰ HARTMANN, p. 310 ; TANG, p. 7 s.

¹¹ TANG, p. 17.

¹² KOLLER-TUMLER, p. 37.

¹³ SCHÖBI, n° 10 et n° 12, qui considère que la LCC va plus loin que la Directive 2008/48/CE.

¹⁴ Rapport 06.441, FF 2014 2883, p. 2887.

¹⁵ *Idem*, p. 2886 et p. 2888 ; voir ég. DONAUER/MÖRI, p. 345.

ab) Dans le Code des obligations

Le droit suisse ne prévoit pas de droit de révocation légal pour les contrats conclus par Internet¹⁶. Il existe, en revanche, un tel droit pour les contrats conclus au moyen du démarchage à domicile ou de contrats semblables, dans le courtage matrimonial, ainsi que pour le crédit à la consommation.

Dans le *Code des obligations*, des droits de révocation légaux se retrouvent aux art. 40a-f CO¹⁷ et 406e al. 1 CO¹⁸. Les art. 40a-f CO s'appliquent à tous les contrats portant sur des choses mobilières ou des services destinés à un usage personnel ou familial du consommateur conclus au moyen du démarchage à domicile ou de contrats semblables. L'art. 406e al. 1 CO s'applique au courtage matrimonial¹⁹. Ces règles prévoient un délai de révocation de *quatorze jours*.

Le délai commence à courir dès que le consommateur a proposé ou accepté le contrat et a eu connaissance des informations prévues à l'art. 40d CO (art. 40e al. 2 CO), respectivement dès la remise en mains du mandant d'une copie du contrat de courtage matrimonial signé par les parties (art. 406e al. 1 CO). Le contrat est soumis à la condition suspensive que le consommateur n'exerce pas son droit de révocation. S'il l'exerce, le contrat n'est pas conclu. On applique alors les règles sur l'enrichissement illégitime à la répétition des prestations indues²⁰.

ac) Dans les lois spéciales suisses

Il existe des droits formateurs de protection du consommateur aux art. 3a LCA et 10 LVF. Ils ne répondent pas nécessairement à la définition stricte du droit de révocation.

L'art. 3a LCA prévoit un droit de résiliation. Il suppose que l'assureur ait contrevenu au devoir d'information précontractuel de l'art. 3 LCA (not. sur les risques assurés, les primes dues et la durée de l'assurance)²¹. L'assuré dispose d'un délai relatif de quatre semaines dès la connaissance de la contravention et des

¹⁶ Voir *infra* III.2.

¹⁷ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40b, n° 1.

¹⁸ CR CO I-WERRO, art. 406a-406h, n° 20.

¹⁹ S'il est probablement douteux que le courtage matrimonial constitue un contrat de « consommation » *stricto sensu*, il n'en demeure pas moins que l'art. 406e al. 1 CO s'appuie sur des considérations typiques du droit de la protection du consommateur, à savoir l'influçabilité du mandant, « consommateur », et le risque de conséquences sociales pénibles. Voir Message CC, FF 1996 I 1, p. 179 s.

²⁰ ATF 137 III 243, consid. 4.5, JdT 2014 II 443.

²¹ A noter que l'art. 3a s'applique que le preneur d'assurance soit une personne physique ou morale, pourvu qu'il s'agisse d'un contrat d'assurance ; voir BSK LCA-KUHN/GEIGER STEINER, art. 3a, n° 3.

informations selon l'art. 3 LCA (art. 3a al. 2 LCA)²². Le contrat existe jusqu'à l'éventuel exercice du droit de résiliation²³.

L'art. 10 LVF instaure aussi un droit de résiliation. L'exercice de ce droit concerne et présuppose la modification essentielle du contrat par le professionnel. Par modification essentielle, on entend toute modification importante d'un élément essentiel du contrat apportée par l'organisateur avant la date du départ (art. 8 al. 1 LVF). En pareil cas, l'organisateur doit avertir le consommateur (art. 9 LVF), qui dispose de la faculté de se retirer du contrat²⁴. L'exercice du droit n'est pas soumis à un délai comptabilisé en jours. À défaut de réaction dans les plus brefs délais (art. 10 al. 2 LVF), la modification du contrat sera réputée ratifiée par actes concludants du consommateur, même si elle est essentielle²⁵.

Seul l'art. 16 LCC prévoit un véritable droit de révocation dans le cadre de la législation sur le crédit à la consommation. Le contrat de crédit à la consommation est un contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir un crédit à un consommateur sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire (art. 1 al. 1 LCC). L'exercice du droit de révocation est soumis à un délai de *quatorze jours* (art. 16 al. 1 LCC). Il court dès la remise du double du contrat au consommateur²⁶. Le contrat n'est conclu qu'après l'écoulement du délai de révocation non utilisé²⁷.

2. Droit privé de la concurrence

a) Définition

Garantir une concurrence efficace nécessite d'en régler le fonctionnement²⁸. En droit de l'UE, les art. 101 et 102 TFUE jouent ce rôle. En droit suisse, il est assumé par la LCart.

La mise en œuvre des règles de concurrence relève, principalement, des autorités de concurrence. Il s'agit de garantir une concurrence efficace en protégeant la structure du marché²⁹. En ce sens, elle poursuit un but d'intérêt public.

²² Le délai absolu d'exercice du droit est d'un an.

²³ BSK LCA-KUHN/GEIGER-STEINER, art. 3a, n° 4.

²⁴ DONAUER/MÖRI, p. 344.

²⁵ CHK-ZEITER, art. 10 LVF, n° 2 et les références citées.

²⁶ DONAUER/MÖRI, p. 343.

²⁷ CHK-BRUNNER, art. 1-42 LCC, n° 91.

²⁸ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Intro. gén., n° 7 ; CARRON, *Transactions couplées*, n° 412.

²⁹ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Intro. gén., n° 259.

La mise en œuvre des règles de concurrence découle également des possibilités d'actions devant les tribunaux civils. On parle alors de droit privé de la concurrence³⁰. Il vise avant tout la protection d'intérêts individuels³¹. C'est de cet aspect dont il sera question.

b) État des lieux

En droit de l'UE, l'art. 3 de la Directive 2014/104/UE octroie à *toute personne lésée* par une restriction illicite à la concurrence le droit d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice³². La Directive vise plus spécifiquement le consommateur. C'est ce point qui distingue le droit de l'UE du droit suisse.

En outre, la Directive oblige les États membres à garantir au consommateur des facilités, notamment en matière de fardeau de la preuve du dommage (art. 17)³³. Par exemple, selon les règles générales de la responsabilité civile, le consommateur devrait prouver que l'auteur de la restriction a offert des biens ou services à un prix surfaît et que le surcoût a été répercuté tout au long de la chaîne de distribution jusqu'au consommateur final³⁴. Or, la Directive admet une présomption de cette répercussion, lorsque le défendeur est l'auteur de la restriction, que la restriction a causé un surcoût dans le chef de son cocontractant direct et que le consommateur a acquis des biens ou services concernés par la restriction (art. 14)³⁵.

À l'inverse, le droit suisse n'offre la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice subi à la suite d'une restriction illicite à la concurrence *qu'aux entreprises entravées dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de cette dernière*³⁶. À défaut de participer au processus de concurrence, le consommateur n'est pas légitimé à agir par le biais des actions civiles de l'art. 12 LCart³⁷. Il ne peut donc pas obtenir la réparation de son préjudice par cette voie.

³⁰ CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart, n° 9.

³¹ ATF 130 II 521 consid. 2.9 ; CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart, n° 9.

³² MACRÌ, p. 775.

³³ EUROPEAN COMMISSION, p. 7 ; FOLKERT, n° 6.39 et n° 7.19 ; VANDE WALLE, p. 174 ; voir ég. CJCE, arrêt du 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, Rec. 2006, p. I-6619, ch. 92 ss [CJCE, *Manfredi*].

³⁴ PARLAK, p. 33 ; voir ég. VANDE WALLE, p. 174.

³⁵ MACRÌ, p. 778.

³⁶ CR Concurrence-REYMOND, art. 12 LCart, n° 23 ss ; voir ég. HEINEMANN, *Consommation*, p. 49 ; LANG, p. 59 ; REARDON, p. 72 s.

³⁷ CR Concurrence-REYMOND, art. 12 LCart, n° 10 ; voir ég. BORER, n° 13.20 ; LANG, p. 72 ; TERCIER, p. 345.

II. Influence européenne

1. Avant le rejet de l'accord EEE

Dans les années 1920, on assiste à une généralisation de l'idée d'une loi contre les cartels³⁸. Ce n'est toutefois qu'à la suite du rejet de l'initiative populaire visant à interdire ces derniers par principe que le CF entreprend la préparation d'une loi fédérale visant à en proscrire les abus³⁹. En matière de crédit à la consommation, les premières velléités législatives se font sentir au niveau fédéral à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale⁴⁰. À l'époque, aucun droit de révocation n'est à l'ordre du jour.

En 1961, le CF propose à l'Assemblée fédérale le projet de ce qui deviendra la première loi fédérale contre les cartels⁴¹. Outre des considérations d'ordre économique et politique, le CF se réfère aux règles de concurrence adoptées dans les Traités européens et dans la Convention instituant l'AELE. Il voit dans son projet un moyen de favoriser le libre-échange, tout en gardant en vue les particularités de l'ordre économique suisse⁴². Ainsi, le projet est davantage influencé par le droit européen quant à ses buts que quant aux moyens de mise en œuvre⁴³. La loi sur les cartels de 1962 reste largement axée sur la sauvegarde d'intérêts privés. De l'aveu du CF, « *les lois étrangères sont toutes plus rigoureuses [...] et prévoient une intervention plus profonde de l'État* »⁴⁴. La mise en place d'une commission fédérale des cartels représente néanmoins un premier pas vers un rapprochement avec le droit européen et une intervention étatique.

Le 1^{er} janvier 1963, l'art. 226c aCO entre en vigueur⁴⁵. Il octroie au consommateur un droit de révocation dans la vente par acomptes. À l'époque, le Message n'évoque que les législations d'États étrangers. Les Traités européens ne sont pas mentionnés⁴⁶. Cette absence s'explique vraisemblablement par le fait que le Traité de Rome ne contient aucune intention politique spécifique en matière de protection des consommateurs⁴⁷.

³⁸ Message LCart-62, FF 1961 II 549, p. 550.

³⁹ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Intro. gén., n° 85 ; Message LCart-62, FF 1961 II 549, p. 551.

⁴⁰ Message LCC-03, FF 1999 III 2879, p. 2882.

⁴¹ Message LCart-62, FF 1961 II 549.

⁴² Message LCart-62, FF 1961 II, p. 558.

⁴³ *Idem*, p. 554 ss et p. 560.

⁴⁴ *Idem*, p. 558.

⁴⁵ RO 1962 1082.

⁴⁶ Message sur la vente par acomptes, FF 1960 I 537, p. 545 ss.

⁴⁷ PAISANT, p. 1.

En 1969, une initiative du canton de Neuchâtel vise l'introduction d'un délai de réflexion pour tout contrat conclu par l'intermédiaire d'un voyageur de commerce. Entre 1976 et 1977, deux interventions parlementaires tentent, en vain, d'introduire un délai de renonciation (Postulat MEIER JOSI), respectivement un droit de révocation (Question ordinaire EGGLI)⁴⁸. En 1978, le CF propose d'introduire un droit de révocation en matière de crédit à la consommation, également en vain⁴⁹. Il constate néanmoins que, dans ce cadre, ce mécanisme de protection des consommateurs commence à être adopté par plusieurs pays européens et sérieusement envisagé par la CEE⁵⁰. Enfin, en 1981, la motion JAGGI suggère, toujours en vain, l'introduction d'un délai de réflexion général, notamment pour tout contrat conclu par un consommateur pour un délai de plus de trois mois⁵¹.

Ce n'est qu'à partir du début des années 1980 que l'influence du droit européen se fait davantage ressentir, tant en matière de droit privé de la concurrence que du droit de révocation.

En 1981, le message du CF à l'appui d'une révision de la LCart consacre un chapitre spécial à l'application des accords internationaux. Le CF rappelle que la LCart de 1962 ne s'harmonise pas avec les dispositions relatives au droit de la concurrence figurant dans la Convention instaurant l'AELE et les accords de libre-échange avec la CEE. Le CF recommande au Parlement « *d'établir les dispositions légales nécessaires pour résoudre des conflits éventuels en matière de politique commerciale* »⁵². On assiste à une infiltration du droit européen en droit suisse *par le biais des engagements internationaux pris par la Suisse et par leur transposition en droit interne*.

En matière de droit de révocation, les années 1980 se caractérisent par l'adoption des art. 40a ss CO, entrés finalement en vigueur le 1^{er} juillet 1991⁵³. Peu de temps avant le rejet de l'adhésion à l'EEE, le législateur décide donc d'introduire un droit de révocation en matière de contrats conclus au moyen du démarchage à domicile. La prise en compte du droit européen devient plus tangible. Le CF ne mentionne plus que ce dernier pour la protection des consommateurs dans les affaires de pas-de-porte, et ne se réfère plus à la législation interne des États membres⁵⁴.

⁴⁸ Message Info. aux consommateurs, FF 1986 II 360, p. 365 s.

⁴⁹ Message LCC-03, FF 1999 III 2879, p. 2882.

⁵⁰ Message LCC-78, FF 1978 II 481, p. 518 ss.

⁵¹ Message Info. aux consommateurs, FF 1986 II 360, p. 366.

⁵² Message LCart-85, FF 1981 II 1244, p. 1261.

⁵³ RO 1991 846.

⁵⁴ Message Info. aux consommateurs, FF 1986 II 360, p. 397.

2. Après le rejet de l'accord EEE

En 1992, suite au refus du peuple et des cantons d'adhérer à l'EEE, le CF décide, dans le cadre du projet *Swisslex*⁵⁵, d'amplifier la reprise autonome⁵⁶ par le droit suisse d'une partie du droit européen. Il s'agit de garantir l'eurocompatibilité du droit suisse, en prévision d'une éventuelle adhésion ultérieure à la Communauté européenne ou à l'EEE⁵⁷. Le législateur entreprend déjà une première modification des art. 40a ss CO⁵⁸, ainsi qu'une révision totale de la LCart⁵⁹.

1° Droit de révocation. On l'a vu, le droit suisse – comme le droit de l'UE – ne connaît pas *un* droit de révocation, mais *des* droits de révocation. Si, à partir des années 1992, la protection du consommateur s'intensifie effectivement en Suisse⁶⁰, l'adoption des droits de révocation n'est pourtant pas strictement limitée à cette période.

Il convient tout d'abord de rappeler l'adoption de l'art. 226c aCO en 1963⁶¹. Ensuite, la première version des art. 40a ss CO instaurant un droit de révocation entre en vigueur le 1^{er} juillet 1991. De même, un droit de révocation n'est effectivement introduit dans la LCC qu'en 2003 ; auparavant, un tel droit n'existe pas en matière de crédit à la consommation⁶². Enfin, l'art. 3a LCA⁶³ entre en vigueur le 1^{er} janvier 2007 seulement⁶⁴.

Le rejet de l'accord EEE constitue certes une période charnière pour la protection législative générale du consommateur⁶⁵, mais probablement pas autant pour le droit de révocation. Seuls les art. 10 LVF⁶⁶ et 406e⁶⁷ CO ont été adoptés dans le prolongement immédiat du rejet de l'EEE (paquet *Swisslex*). Or, l'art. 10 LVF ne

⁵⁵ Message *Swisslex*, FF 1993 I 757, p. 760.

⁵⁶ Sur la reprise autonome, voir MIGNON, p. 207 ss et 224 s. qui précise qu'à partir de 1988 la Suisse a commencé à systématiquement vérifier la compatibilité de sa législation à caractère transfrontalier avec le droit de l'UE.

⁵⁷ Message *Swisslex*, FF 1993 I 757, p. 785.

⁵⁸ CR CO I-STAUBER/STAUBER, Intro. art.40a-40f, n° 2.

⁵⁹ Message LCart-95, FF 1994 I 472, p. 533 ; é.g. CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Intro. gén., n° 149.

⁶⁰ MORIN, p. 22 ss.

⁶¹ Voir *supra* II.1.

⁶² CR Consommation-FAVRE/BULLE, art. 16 LCC, n° 1.

⁶³ A noter que le projet de l'art. 7 LCA entendait mettre en place un droit de révocation général de deux semaines, lequel aurait, pour l'essentiel, laissé subsister le mécanisme prévu par l'actuel art. 3a LCA ; voir Message LCA, FF 2011 7091, p. 7121 et p. 7124 s.

⁶⁴ RO 2005 5245.

⁶⁵ Voir la liste de MORIN, p. 22 qui recense les lois suisses de protection du consommateur constituant des cas de reprise autonome.

⁶⁶ Message *Swisslex*, FF 1993 I 757, p. 837.

⁶⁷ Message CC, FF 1996 I 1, p. 180 s.

constitue pas un droit de révocation⁶⁸ et l'art. 406e CO, qui est certes un tel droit, représente toutefois une spécificité helvétique⁶⁹.

Les discussions récentes en Suisse autour de l'instauration d'un droit de révocation en matière de contrats conclus par Internet témoignent d'ailleurs d'une certaine méfiance à l'égard des solutions consacrées par le droit de l'UE⁷⁰.

En effet, pour donner suite aux initiatives parlementaires SOMMARUGA (2005) et BONHÔTE (2006), le CF⁷¹ et le CE⁷² acceptent, dans un premier temps, le principe d'un droit de révocation pour les contrats conclus par téléphone et par Internet⁷³. Le CN, en revanche, se montre immédiatement plus réticent⁷⁴. Au terme de débats nourris dans les deux Chambres, le CE se rallie finalement à la position du CN et refuse ce droit pour les contrats conclus par Internet⁷⁵. Depuis le 1^{er} janvier 2016, un droit de révocation supplémentaire existe donc uniquement pour les contrats conclus par téléphone ou par un moyen semblable de télécommunication vocale instantanée (art. 40b let. b CO)⁷⁶.

À partir de la même date, les délais en matière de révocation sont harmonisés, d'une part, avec le droit de l'UE⁷⁷ et, d'autre part, entre le droit des obligations et la LCC⁷⁸. Le consommateur bénéficie d'un délai de *quatorze jours*. Ce délai concerne le droit de révocation en matière de démarchage à domicile et autres contrats semblables (art. 40e al. 2 CO), le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406d ch. 5 et 6 et 406e CO), ainsi que le crédit à la consommation (art. 16 al. 1 LCC ; sauf l'exception de l'art. 16 al. 1 2^e phrase LCC)⁷⁹.

Le droit de résiliation de l'art. 10 LVF n'est, de par sa nature, pas concerné par cette harmonisation⁸⁰. Il suppose en effet une réactivité accrue du consommateur qui doit agir « dans les plus brefs délais » (art. 10 al. 2 *in fine* LVF ; voir ég. *supra*). Au niveau de l'UE, on relève l'adoption de la Directive 2015/2302/UE

⁶⁸ *Contra*, DONAUER/MÖRI, p. 343 ss, qui, systématiquement, le classent parmi les droits de révocation (« Widerrufsrecht »).

⁶⁹ MARCHAND, p. 50 s. qui précise que l'art. 266k CO (droit de résiliation en cas de location d'une chose mobilière) est également une spécificité helvétique.

⁷⁰ Voir not. les débats parlementaires en lien avec l'initiative BONHÔTE 06.441.

⁷¹ Rapport 06.441, FF 2014 2883, p. 2891.

⁷² BO/CE 2014, p. 614 ; PICHONNAZ, p. 62.

⁷³ Projet de révision du CO (Droit de révocation), FF 2014 923, p. 923.

⁷⁴ BO/CN 2014, p. 1576 ss et p. 1588 ss ; PICHONNAZ, p. 62.

⁷⁵ PICHONNAZ, p. 62 ; voir ég. les BO/CN et BO/CE ad 06.441.

⁷⁶ RO 2015 4107.

⁷⁷ DONAUER/MÖRI, p. 348.

⁷⁸ *Idem*, p. 343.

⁷⁹ Arrêté du Parlement, FF 2015 4409, p. 4410.

⁸⁰ Projet de modification du CO (Révision du droit de révocation), FF 2014 923, p. 925 ; on notera que l'art. 40g let. d du projet prévoyait *expressis verbis* l'exclusion du droit de révocation du consommateur en cas de vente de voyages à forfait.

relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyages liées. Son art. 12 ch. 5 permet aux États membres de prévoir un droit de révocation pour les voyages à forfait conclus hors établissement. En l'état, le droit suisse prévoit un droit de révocation pour les voyages à forfait conclus par téléphone ou dans le cadre d'un démarchage à domicile. Il consacre une solution plus simple, au sein même de la partie générale du CO. Cette systématisation favorise la lecture de la loi, y compris pour le consommateur profane.

2° Droit privé de la concurrence. En 1995, la révision totale de la LCart change de manière radicale la conception suisse du droit de la concurrence. L'influence du droit de l'UE y est claire : le projet « *tient compte des modèles du droit de la concurrence de l'Union européenne* »⁸¹. Il s'agit, pour les entreprises suisses, en tant qu'acteurs économiques des marchés suisse et européen, de ne pas être confrontées à des normes contradictoires. Le CF se garde cependant d'admettre que la révision intervient sur fond de politique européenne ; il la justifie par la nécessité de revivifier l'économie, non seulement à l'interne, mais également à l'externe, en améliorant « *les conditions-cadres de la place économique suisse* »⁸².

Le droit privé de la concurrence perd encore de l'importance, au profit d'une mise en œuvre publique de la LCart par la Comco. L'influence de la pratique européenne reste conséquente sur la mise en œuvre publique du droit de la concurrence en Suisse. La taille relativement petite du marché suisse et l'importance des échanges commerciaux transfrontaliers l'expliquent en grande partie⁸³.

En 2012, le CF soumet au Parlement un projet de révision de la LCart⁸⁴. Il entend renforcer la mise en œuvre du droit de la concurrence, tant d'un point de vue *matériel* (modification de l'art. 5 LCart), *institutionnel* (création d'un Tribunal de la concurrence) que *procédural* (renforcement du volet civil)⁸⁵.

Du point de vue *procédural*, en particulier, le projet devait *premièrement* octroyer la légitimation active à toute personne dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par une restriction illicite à la concurrence. Cela aurait permis aux consommateurs de faire valoir leurs prétentions par le biais des actions de l'art. 12 LCart⁸⁶. *Deuxièmement*, il s'agissait de suspendre le délai de prescription desdites actions aussi longtemps qu'une procédure d'enquête administrative serait pendante devant la Comco⁸⁷.

⁸¹ Message LCart-95, FF 1995 I 472, p. 476.

⁸² *Idem*, p. 487.

⁸³ STURNY, p. 211 ss.

⁸⁴ Projet LCart, FF 2012 3713, p. 3713 ; voir ég. Message LCart-12, FF 2012 3631, p. 3631.

⁸⁵ Message LCart-12, FF 2012 3631, p. 3642 ; BOVET, p. 3 ; MARTENET/HEINEMANN, p. 207.

⁸⁶ *Idem*, p. 3673 ; BOVET, p. 19 ; CR Concurrence-REYMOND, art. 12 LCart, n° 20.

⁸⁷ Message LCart-12, FF 2012 3631, p. 3674 ; CR Concurrence-REYMOND, art. 12 LCart, n° 20.

À deux reprises, le CN exprime son veto à la révision, enterrant définitivement le projet le 17 septembre 2014⁸⁸. Aux yeux des milieux économiques, le renforcement des dispositions matérielles de la LCart n'aurait créé qu'une charge administrative supplémentaire pour les entreprises⁸⁹. De façon très surprenante, le projet procédural de modification de l'art. 12 LCart a été omis des débats parlementaires⁹⁰.

Actuellement, un projet de révision de l'art. 12 LCart n'est plus à l'ordre du jour. L'harmonisation des législations nationales des États membres, par suite de la transposition de la Directive 2014/104/UE, devrait cependant avoir un impact pour la Suisse. Face à un régime européen qui tend à améliorer la mise en œuvre privée du droit de la concurrence, le refus de modifier l'art. 12 LCart contribue à creuser le fossé qui sépare le consommateur suisse de son voisin européen⁹¹. Un tel mécanisme, à l'instar du droit de révocation, contribuerait à responsabiliser le consommateur, en lui accordant les outils nécessaires à la protection individuelle de ses droits.

Il serait souhaitable que le législateur helvétique permette au consommateur d'agir individuellement pour préserver ses droits. Une telle possibilité existe dans presque tous les domaines de la protection du consommateur, à l'exception du droit des cartels. A l'heure actuelle, cette lacune ne trouve plus de soutien. Il paraît dès lors indispensable qu'un nouveau projet de révision de l'art. 12 LCart voie rapidement le jour.

III. Implications

1. Droit privé de la concurrence

Entre la fin du 19^{ème} et du 20^{ème} siècle, on assiste en Suisse à une migration de la mise en œuvre du droit de la concurrence du droit privé vers le droit public.

⁸⁸ BO/CN 2014, p. 130 et p. 1563.

⁸⁹ *Idem*, p. 118 ss et p. 1552 ss.

⁹⁰ En général, BO/CN 2014, p. 118 ss et p. 1552 ss. ; en particulier, BERTSCHY, in BO/CN 2014, p. 123, qui rappelle dans son intervention que le droit civil de la concurrence a été perdu de vue dans le débat parlementaire.

⁹¹ Une autre tendance européenne est celle de l'introduction de procédures collectives. La France, par exemple, a introduit un mécanisme d'action de groupe. Or, en Suisse également, la réception de tels mécanismes demeure très incertaine.

Historiquement, la mise en œuvre du droit de la concurrence trouve son origine dans la *jurisprudence du TF relative aux boycotts*⁹². Dans un premier arrêt rendu en 1896, le TF considère la question sous l'angle de la protection de la personnalité économique et du droit au libre exercice d'une activité économique, dont la violation oblige son auteur à réparer le dommage et le tort moral subis⁹³. Ce n'est qu'en 1995, lorsque le législateur fédéral entreprend d'adapter le droit de la concurrence au droit européen, et après deux lois essentiellement fondées sur le droit privé (1962 et 1985), que l'idée d'une autorité de concurrence helvétique, à même d'imposer ses décisions, émerge⁹⁴. En 2003, l'adaptation se poursuit. Le législateur introduit des sanctions administratives et un programme de clémence. *De facto*, la Comco devient l'autorité exclusive de mise en œuvre publique du droit de la concurrence en Suisse, au détriment de sa mise en œuvre privée, d'ailleurs quasi inexistante⁹⁵.

À cette même période, le droit de l'UE amorce un nouveau virage. Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de Justice, dans l'arrêt *Courage* (2001), on assiste à une « découverte » de la mise en œuvre privée du droit de la concurrence⁹⁶. La Cour de Justice consacre le droit pour une partie à un accord illicite d'invoquer la violation de l'art. 101 TFUE pour obtenir une protection juridictionnelle civile face à son cocontractant⁹⁷. La Cour de Justice y constate l'importance des actions civiles pour la mise en œuvre du droit de la concurrence.

Dans l'arrêt *Manfredi* (2006), la Cour de Justice estime que toute personne, qu'elle soit une victime directe ou indirecte d'une infraction au droit de la concurrence, est en droit de demander la réparation du préjudice subi à son auteur. Il faut cependant qu'il existe un lien de causalité entre le préjudice et l'infraction au droit de la concurrence⁹⁸.

Ces décisions ont précisément conduit à l'adoption de la Directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence. Elle doit permettre d'assurer l'efficacité maximale des règles de concurrence, en combinant la protection publique et privée (consid. 6 Directive).

En Suisse, le refus du projet de modification de l'art. 12 LCart confirme le *statu quo* antérieur en limitant la protection de la concurrence à l'action publique de la

⁹² ATF 86 II 365, consid. 4b, JdT 1961 I 164 ; ATF 85 II 489, consid. 3, JdT 1960 I 322 ; ATF 82 II 292, consid. 3, JdT 1957 I 202 ; ATF 76 II 281, consid. 3, JdT 1951 I 226 ; ATF 22 I 175, consid. 6.

⁹³ ATF 22 I 175, consid. 6 ; ég. ATF 86 II 365, consid. 5c, JdT 1961 I 164.

⁹⁴ Message LCart-95, FF 1994 I 472, p. 505 ; voir ég. CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Intro. gén., n° 152 ; STURNY, p. 62 ss.

⁹⁵ Message LCart-03, FF 2001 1911, p. 1917 et p. 1926 s.

⁹⁶ CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99, Rec. 2001, p. I-6297 [CJCE, *Courage et Crehan*] ; voir ég. HEINEMANN, *Richtlinie*, p. 26.

⁹⁷ CJCE, *Courage et Crehan*, ch. 24.

⁹⁸ CJCE, *Manfredi*, ch. 101.

Comco. Ce constat est surprenant. Initialement, le droit suisse permettait une mise en œuvre privée du droit de la concurrence. Or, l'influence grandissante du droit communautaire a conduit, dans un premier temps à « déprivatiser » la matière. Le droit suisse s'est alors rapproché de la solution communautaire, en octroyant un rôle prépondérant à la Comco.

Plus récemment, la tendance du droit de l'UE, initiée par les arrêts *Courage* et *Manfredi*, consacre l'importance de la mise en œuvre privée des droits du consommateur. L'adoption de la Directive 2014/104/UE n'en est que la concrétisation. Elle permet de renforcer l'application globale du droit de la concurrence. En Suisse, la reconnaissance de ces développements n'est pas (plus) à l'ordre du jour. De l'avis même du CF, la combinaison des volets publics et privés améliorerait pourtant, de façon générale, la mise en œuvre du droit de la concurrence⁹⁹.

2. Droit de révocation légal

Le droit de révocation légal du consommateur a connu une évolution plus linéaire, caractérisée par l'adoption de droits de révocation supplémentaires. L'art. 225 CO (vente à l'essai ou à l'examen) prévoit depuis 1911 un mécanisme conventionnel permettant à l'acheteur d'empêcher la conclusion du contrat dans un certain délai. Toutefois, un véritable droit de révocation n'est introduit qu'en 1963 avec l'adoption de l'art. 226c CO¹⁰⁰. Depuis lors, le législateur a adopté de nouveaux droits de révocation, dans le cadre des dispositions relatives au démarchage à domicile ou autres contrats semblables, au courtage matrimonial et au crédit à la consommation. Depuis le 1^{er} janvier 2016, on assiste à une harmonisation avec le droit de l'UE sur la question du délai de révocation, porté à quatorze jours.

Un constat s'impose. Contrairement au droit de la concurrence, l'évolution du droit de révocation est restée exclusivement cantonnée au droit privé, plus spécifiquement au droit des contrats. Le droit de révocation est en effet un instrument du droit contractuel de la consommation¹⁰¹. Néanmoins, cet aspect civil n'a pas empêché l'adoption de règles impératives ou semi-impératives pour le professionnel, en vue de corriger la position de supériorité qu'il est réputé avoir par rapport au consommateur. De l'autre côté, nous l'avons vu, l'évolution du droit de la concurrence s'est caractérisée par la mise en place graduelle de moyens ressortant au droit administratif, impératif par essence. Dans les deux cas, on distingue pourtant une tendance croissante à l'interventionnisme étatique en faveur du consommateur.

⁹⁹ Message LCart-12, FF 2012 3631, p. 3654.

¹⁰⁰ KRAMER, p. 71.

¹⁰¹ MÜLLER, n^o 102.

Par rapport au droit européen, le droit suisse présente une différence significative : il n'existe pas de droit de révocation légal du consommateur en matière de contrats conclus par Internet. Or, compte tenu de la multiplication du commerce transfrontalier une telle différence dans le niveau de protection du consommateur entre la Suisse et l'UE n'est pas optimale. Elle consacre un déficit de protection légale pour le consommateur dont le contrat est soumis au droit suisse.

Il est probable que la plupart des entreprises suisses actives au niveau national et international adopteront, tôt ou tard, les solutions consacrées par le droit de l'UE, plus protecteur, afin de proposer à leurs clients le même standard de protection, voire même un standard plus élevé. Octroyer un standard de protection conventionnel supérieur au minimum légal apparaît comme un instrument marketing important. Le cas de Zalando est, à ce titre, illustratif. S'agissant d'une entreprise allemande spécialisée dans le commerce électronique, Zalando propose à ses clients un droit de révocation conventionnel soumis à un délai de 30 jours¹⁰². Ce délai est supérieur au délai de 14 jours prévu par le droit de l'UE¹⁰³.

Le législateur helvétique gagnerait peut-être à octroyer aux consommateurs, non seulement un droit de révocation en matière de commerce électronique, mais surtout, un délai plus long que le standard européen. Toutefois, il n'est à notre avis pas possible de compter uniquement sur l'autorégulation du marché. Une protection légale minimale peut servir d'impulsion à l'adoption de standards supérieurs notamment à des fins marketing. L'expérience nous paraît confirmer que la protection n'est que très rarement initiée spontanément par les milieux économiques, en dehors de toute intervention du législateur en faveur de la partie faible.

En résumé, en matière de droit de révocation, l'évolution du droit suisse est plus linéaire. S'agissant d'un mécanisme intervenant au niveau de la conclusion du contrat, le droit de révocation est resté exclusivement cantonné au droit privé. On constate cependant une tendance à la multiplication des droits de révocation, en raison d'une reprise autonome « à la carte » de certaines directives de protection des consommateurs seulement. En sus, on retrouve des particularités helvétiques. Par rapport au droit de l'UE, le droit suisse paraît moins protecteur, mais plus accessible. Il ne prévoit cependant pas de droit de révocation en matière de contrats conclus par Internet.

¹⁰² Art. 8 et 9 CGV Zalando. Cet argument est mis en avant à des fins publicitaires sur le site Internet de l'entreprise.

¹⁰³ Voir *supra* I.1.b.aa.

Conclusion

Cet aperçu de la manière dont le législateur helvétique aborde, d'une part, le droit de révocation et, d'autre part, la mise en œuvre privée du droit de la concurrence nous a permis de mettre en exergue les éléments suivants.

Premièrement, si nos deux domaines d'études divergent quant à l'approche législative qui leur est consacrée et quant à leur implémentation, il ne faut pas perdre de vue qu'ils visent tous deux la protection du consommateur. Ils mettent en lumière le rôle central de ce dernier dans et pour l'économie. Avec la multiplication de règles destinées à assurer au consommateur un haut standard de protection, on assiste également à une tendance générale, surtout au niveau de l'UE, à sa responsabilisation accrue.

Celle-ci intervient par la mise en place de nouveaux droits de révocation qu'il lui appartient d'exercer, ainsi que sous l'angle de la mise en œuvre privée du droit de la concurrence. Le consommateur dispose de plus en plus d'outils à même de sauvegarder ses droits, mais il lui incombe d'en faire usage afin de bénéficier concrètement de leur protection. À côté de ces mécanismes individuels, la protection se double, en matière de lutte contre les cartels, d'un volet administratif déjà fortement développé.

Deuxièmement, on assiste, en pratique, à une européanisation du droit suisse. Elle est inévitable. L'*Alleingang* de la Suisse n'est pas une solution viable, compte tenu de l'importance des échanges commerciaux avec les pays membres de l'UE¹⁰⁴. De même, l'augmentation des achats transfrontaliers ne justifie plus des solutions législatives divergentes entre États voisins. Des règles helvétiques moins protectrices risquent, en pratique, de dissuader les consommateurs étrangers de contracter avec des entreprises en Suisse. Le cas échéant, ces entreprises devront par ailleurs, et de toute manière, se plier aux exigences européenne en cas de relations commerciales avec des personnes domiciliées dans les États membres.

Cette européanisation du droit suisse a ses forces et ses faiblesses. Positivement, on appréciera le *pragmatisme législatif helvétique*. Son propre est de bénéficier d'un recul sur les solutions adoptées en droit de l'UE, dont la complexité et la technicité sont croissantes. Négativement, on regrettera *une certaine méfiance* envers ce droit. Si la reprise automatique est niée pour des motifs de souveraineté, c'est, en réalité, la reprise autonome qui implique la plus grande perte de

¹⁰⁴ En 2014, l'UE représentait 45% des exportations et 66% des importations de notre pays. Voir <www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/06/05/blank/key/handelsbilanz.html> (dernière consultation le 18.2.2016).

souveraineté. En effet, la Suisse ne participe pas en amont à l'élaboration de textes qu'elle reprend souvent en aval, pourtant « librement » et « souverainement », mais dans les faits sans en avoir réellement le choix en raison d'impératifs d'ordre économique¹⁰⁵.

¹⁰⁵ MIGNON, n° 388.

Bibliographie

- AMSTUTZ Marc (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse : KKG, FusG, UWG und PauRG*, 2e éd., Zurich 2012 (cité : CHK-AUTEUR).
- BORER Jürg, « Zivil- und strafrechtliches Vorgehen », in GEISER Thomas/KRAUSKOPF Patrick/MÜNCH Peter (édit.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Bâle 2005, p. 523 ss (cité : BORER).
- BOVET Christian, « Réforme 2012 du droit suisse de la concurrence : une introduction », in HOCHREUTENER Inge/STOFFEL Walter/AMSTUTZ Marc (édit.), *Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision = Pratique du droit de la concurrence : Abus de position dominante, procédure, révision*, Zurich 2013, p. 1 ss (cité : BOVET).
- CARRON Blaise, « La protection du consommateur lors de la formation du contrat », in CARRON Blaise/MÜLLER Christoph (édit.), *Droits de la consommation et de la distribution, Les nouveaux défis : contrats, sécurité des produits, actions collectives*, Neuchâtel/Bâle 2013, p. 95 ss (cité : CARRON, *Protection*).
- CARRON Blaise, *Les transactions couplées en droit de la concurrence, analyse économique et juridique comparée*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité : CARRON, *Transactions couplées*).
- DONAUER Daniel/MÖRI Barbara A., « Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz: aktuelle Entwicklungen », in *PJA* 2015, p. 339 ss (cité : DONAUER/MÖRI).
- EUROPEAN COMMISSION, *Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union* [en ligne]. Disponible sur <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html> (cité : EUROPEAN COMMISSION).
- FOLKERT Wilman, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts – The EU Legislative Framework*, Cheltenham/Northampton 2015 (cité : FOLKERT).
- HARTMANN Stephan, « Konsumentenschutzrechtliche Widerrufsrechte im schweizerischen Recht: Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung », in *RDS* 2008, p. 307 ss (cité : HARTMANN).
- HEINEMANN Andreas, « Die EU-Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadenersatz », in *EuZ* 2015, p. 26 ss (cité : HEINEMANN, *Richtlinie*).
- HEINEMANN Andreas, « Consommation et concurrence : améliorer le statut juridique des consommateurs et leurs associations en droit des cartels », in OJHA Lauren/VULLIEMIN Pierre-François (édit.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne 2009, p. 45 ss (cité : HEINEMANN, *Consommation*).
- HONSELL Heinrich *et al.* (édit.), *Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basler Kommentar*, Bâle 2012 (cité : BSK LCA-AUTEUR).

- KOLLER-TUMLER Marlis, « Konsumkredite – eine kleine Tour d’Horizon mit Blick auch auf die EU », in EMMENEGGER Susan (édit.), *Kreditrecht*, Bâle 2010, p. 19 ss (cité : KOLLER-TUMLER).
- KRAMER Ernst, « Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts », in *RDS* 1979, p. 49 ss (cité : KRAMER).
- LANG Christoph G., *Die kartellrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, thèse, Berne 2000 (cité : LANG).
- MACRÌ Maria Carmela, « Private Enforcement: Antitrust Damages Actions », in TOSATO Gian Luigi/BELLODI Leonardo (édit.), *EU Competition Law*, vol. 1, 2^e éd., Leuven 2014, p. 765 ss (cité : MACRÌ).
- MARCHAND Sylvain, *Droit de la consommation : le droit suisse à l’épreuve du droit européen*, Zurich 2012 (cité : MARCHAND).
- MARTENET Vincent/BOVET Christian/TERCIER Pierre (édit.), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : CR Concurrence-AUTEUR).
- MARTENET Vincent/HEINEMANN Andreas, *Droit de la concurrence*, Genève/Zurich/Bâle 2012 (cité : MARTENET/HEINEMANN).
- MIGNON Vincent, *Le droit privé à l’épreuve du droit privé communautaire : analyse méthodique comparée des droits français, allemand et suisse*, thèse, Berne 2010 (cité : MIGNON).
- MORIN Ariane, « L’influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation », in OJHA Lauren/VULLIEMIN Pierre-François (édit.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne 2009, p. 17 ss (cité : MORIN).
- MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse*, Berne 2012 (cité : MÜLLER).
- PAISANT Gilles, « Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers », in OJHA Lauren/VULLIEMIN Pierre-François (édit.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne 2009, p. 1 ss (cité : PAISANT).
- PARLAK Süleyman, « Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence Be Rejected Now the Indirect Purchaser Has Standing after Manfredi and the White Paper of the European Commission? », in *WoCo* 2010/33, p. 31 ss (cité : PARLAK).
- PICHONNAZ Pascal, « Quelques nouveautés liées aux contrats de consommation », in PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz (édit.), *La pratique contractuelle 4 : symposium en droit des contrats*, Genève 2015, p. 39 ss (cité : PICHONNAZ).
- REARDON James F., *Consumer Collective Redress Mechanisms in Competition Law: Comparative Analysis of Swiss, American and European Laws & Proposals for Switzerland*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2014 (cité : REARDON).
- SCHÖBI Felix, « Die neue Verbraucherkreditrichtlinie und das Konsumkreditgesetz », in *Jusletter* du 1^{er} septembre 2008 (cité : SCHÖBI).
- STAUDER BERND/FAVRE-BULLE XAVIER (édit.), *Commentaire romand, Extrait du Code des obligations I, Droit de la consommation*, Bâle 2004 (cité : CR Consommation-AUTEUR).
- STURNY Monique, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht: Historische Entwicklung und Analyse*, thèse, Berne 2014 (cité : STURNY).

- TANG Soop-Tzi, *The Statutory Right of Withdrawal in E-Commerce : Comparative Study of European Law and Swiss Law*, Mémoire de Master, Neuchâtel 2015 (cité : TANG).
- TERCIER Pierre, « Droit privé de la concurrence », in VON BÜREN Roland/DAVID Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, vol. V/2 : *Kartellrecht*, Bâle 2000, p. 319 ss (cité : TERCIER).
- THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand, Droit des obligations I, art. 1 – 529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR).
- VANDE WALLE Simon, *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan: a comparative Perspective*, Antwerpen 2013 (cité : VANDE WALLE).
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2006 (cité : VIGNERON-MAGGIO-APRILE).
- VON BAR Christian/CLIVE Eric (édit.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law : Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Groupe)*, vol. 1, Munich 2009 (cité : VON BAR/CLIVE).