

Dario Hug

La notion de consommateur : un ectoplasme juridique ?

Le droit suisse ne connaît pas de définition uniforme du « consommateur ». Son acceptation est tantôt plutôt large, tantôt étroite et tantôt même relativement indéfinie. La présente contribution expose les différentes manières de définir le consommateur dans la loi et présente succinctement les conséquences de cette qualité légale en droit des obligations et des contrats, d'une part, et en droit de lutte contre la concurrence déloyale, d'autre part. En outre, elle fournit des illustrations pratiques du caractère variable de la notion et s'interroge sur des défis à venir en rapport avec la conception traditionnelle du consommateur.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Notions générales de droit privé ; Droit de la consommation ; Droit de la concurrence, Droit des obligations

Proposition de citation : Dario Hug, La notion de consommateur : un ectoplasme juridique ?, in : Jusletter 29 mars 2021

Table des matières

- I. Introduction
- II. La notion de consommateur en droit suisse
 - 1. En rapport avec la qualité des parties
 - 1.1. Le consommateur
 - 1.2. Le professionnel
 - 2. En rapport avec la finalité du contrat de consommation
 - 2.1. Types de définitions
 - 2.2. Finalité mixte
 - 3. En rapport avec le critère de la prestation de consommation courante
- III. Conséquences de la qualité de consommateur
 - 1. En droit des obligations et des contrats
 - 1.1. La protection qui vise le consommateur
 - 1.2. La protection qui vise également le consommateur
 - 2. En droit de lutte contre la concurrence déloyale
 - 2.1. La protection qui vise le consommateur
 - 2.2. La protection qui vise également le consommateur
- IV. Quelques illustrations
 - 1. Le voyageur
 - 2. Le destinataire de clauses abusives
 - 3. Le bénéficiaire de l'indication des prix
- V. Quels défis pour la notion de consommateur ?
 - 1. Evolutions technologiques et sociétales
 - 2. Droit privé numérique de protection des consommateurs
 - 3. Interchangeabilité des rôles
 - 4. Consommation durable, protection de l'environnement et économie circulaire
- VI. Conclusion

I. Introduction

[1] Selon le dictionnaire LAROUSSE, un ectoplasme est, en particulier, une « *substance mystérieuse qui se dégagerait du corps de certains médiums pendant la transe et qui, à quelque distance, se matérialiserait pour former des membres, des visages, des organismes complets (fantômes), humains ou animaux, ou encore des objets divers* ». Plus familièrement, un ectoplasme serait également un « *personnage superficiel, inexistant dans le milieu où il gravite* ».

[2] Et la définition du consommateur : répond-elle à ces définitions, ou peut-être en partie ?

[3] Loin d'être une figure juridique qui passe inaperçue, force est de constater que la notion de consommateur demeure toujours difficile à appréhender de manière définitive et uniforme, singulièrement en Suisse. Les contours de la définition se dégagent – non pas d'un médium en transe, sauf à considérer que la loi et son interprétation puissent parfois amener les juristes à un état similaire – mais des diverses normes qui décrivent ou fixent cette qualité légale personnelle et fonctionnelle particulière.

[4] Le but de notre contribution est de fournir un état des lieux actuel et succinct¹ en rapport avec la définition et l'identification du consommateur. Après un rappel de la notion en droit suisse (II), nous traiterons de conséquences importantes de la qualité de consommateur (III) et nous fournirons différentes illustrations (IV). Nous mentionnerons, enfin, ce que nous semblent être les principaux défis pour l'avenir en rapport avec la notion (V), avant de conclure (VI).

II. La notion de consommateur en droit suisse

[5] Il est bien établi, pour ne pas dire notoire, que le droit suisse ne connaît pas de définition uniforme du consommateur et du contrat de consommation². A priori, cela peut surprendre ; le « consommateur » est la pierre angulaire du droit (contractuel) de la consommation³. En droit de l'UE, dont l'influence reste en la matière importante⁴, les critères de définition restent également tantôt personnels, fonctionnels ou matériels selon les normes applicables, en particulier les Directives sectorielles concernées⁵. La définition même du consommateur dans chaque Directive est donc essentielle afin d'en déterminer le champ d'application⁶.

[6] Une figure type – ou plus typique – du consommateur paraît néanmoins se dégager peu à peu : celle d'une personne physique qui acquiert des biens ou des services à des fins privées ou, en tout cas, à des fins étrangères à une activité professionnelle ou commerciale⁷. Dans ce contexte, un élément important est que l'autre partie (le « professionnel » ou le « fournisseur ») offre en principe⁸ lesdits biens ou services dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale (ég. *infra* II/1/1.2)⁹.

¹ Notre contribution n'a pas pour but de présenter et d'analyser de manière détaillée les tenants et aboutissants de la notion de consommateur et du contrat de consommation. Pour des approfondissements, SYLVAIN MARCHAND, *Droit de la consommation*, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 15 ss ; ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *La mise en œuvre de la protection du consommateur contractant*, Berne/Paris/Bruxelles 2011, N 7 ss ou encore DARIO HUG, *La formation du contrat de consommation : Entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse*, Neuchâtel/Bâle 2020, en part. N 483 ss.

² EMESE KAUFMANN-MOHI/LEANDER D. LOACKER, *Une fois consommateur, toujours consommateur ? – La réglementation des contrats dits à usage mixte au niveau européen et national*, in : Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (édit.), *Differenzierung als Legitimationsfrage*, Zurich 2012, p. 145–185, p. 165 ; ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST/ROMAN PERRIG, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berne 2016, p. 60 s. ; CR LCD-PASCAL PICHONNAZ, art. 8 N 125, in : Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017 (cité : CR LCD-AUTEUR).

³ PASCAL PICHONNAZ, *Les contrats dans le droit de la consommation*, in : *Actualités du droit des contrats*, CEDIDAC, Lausanne 2008, p. 45 ss, p. 52.

⁴ Pour des approfondissements, ARIANE MORIN, *L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation*, in : *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, CEDIDAC, Lausanne 2009, p. 17 ss.

⁵ HUG (n. 1), N 741 ; MARLIS KOLLER-TUMLER, *Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes*, in : Ernst A. Kramer (édit.), *Konsumentenschutz im Privatrecht*, SPR, X, Bâle 2008, p. 1 ss, p. 57 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 2), p. 60 s.

⁶ En rapport avec le champ d'application personnel de la Directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, JULIETTE SÉNÉCHAL, *Article 2 Définitions*, in : Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer (édit.), *EU Digital Law, Article by Article Commentary*, Munster/Bruxelles 2020, p. 50.

⁷ HUG (n. 1), N 761 ; CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 132. En droit de l'UE, cf. récemment l'art. 2 ch. 6 Directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques : « toute personne physique qui, en ce qui concerne les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

⁸ Réf. est ici faite à la question du « prosumer ». À ce sujet, CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 136.

⁹ CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 126.

[7] Une définition générale du consommateur comme celle qui vient d'être évoquée ne doit cependant pas faire perdre de vue que, dans un cas donné, elle pourrait être imparfaite, imprécise, voire erronée ; c'est d'ailleurs bien là que se matérialise une caractéristique ectoplasmique de la notion. On gardera donc à l'esprit d'éventuels écueils et pièges pouvant résulter d'une conception trop rigide et trop standardisée de la définition du consommateur. Si la protection légale en faveur de ce dernier intervient certes au moyen d'une protection qualifiée d'abstraite¹⁰ (en ce sens que l'application des règles protectrices ne dépend ni de l'expérience, ni de qualités personnelles particulières), la qualité de consommateur ne se détermine donc pas, quant à elle, de manière abstraite, mais en fonction du cas concret¹¹.

[8] Sous l'angle du droit suisse, on peut à notre avis systématiser la notion de consommateur en rapport avec la qualité des parties (1), la finalité du contrat de consommation (2) et le critère de la prestation de consommation courante (3).

1. En rapport avec la qualité des parties

1.1. Le consommateur

[9] La loi contient de nombreuses références directes ou implicites au « consommateur » ou à la « consommation »¹² (voire aux « clients » [par ex. l'art. 1 al. 1 LSFIn et l'art. 4 al. 1 let. a et al. 2 mentionne et définit les clients privés par opposition aux clients professionnels]). Sans prétendre à l'exhaustivité, rappelons les dispositions suivantes :

- Art. 97 Cst. (protection des consommateurs et des consommatrices) ;
- Art. 40 a al. 1 CO (démarchage à domicile), art. 210 al. 4 let. b CO (garantie en raison des défauts de la chose vendue) et art. 312 ss CO (prêt à la consommation) ;
- Art. 3 LCC et art. 2 al. 3 LVF (définitions du consommateur) ;
- Art. 3 al. 1 let. k, l, m et n LCD (pratiques commerciales déloyales en rapport avec le crédit à la consommation), art. 4 let. d LCD (incitation à révoquer un contrat de crédit à la consommation préalablement conclu), art. 8 LCD (utilisation de conditions commerciales abusives), art. 10 al. 2 let. b LCD (qualité pour agir des organisations de protection des consommateurs), art. 16 al. 1 et 16 a al. 1 LCD (indication des prix pour les marchandises et services), art. 19 al. 2 let. a et d LCD (obligation de renseigner des associations de protection des consommateurs), de même que le titre de l'art. 24 LCD (violation de l'obligation d'indiquer les prix au consommateur)¹³ ;

¹⁰ Pour des approfondissements et une évaluation critique du mécanisme de la protection abstraite, HUG (n. 1), N 2173 ss.

¹¹ KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 148.

¹² On ne s'intéressera pas à la « consommation » au sens pénal, à savoir notamment en lien avec la LStup ou encore les art. 22, 23 ou 197 CP (où le terme de « consommation » apparaît). De même, nous n'aborderons pas les aspects en rapport, notamment, avec l'imposition de la consommation comme le prévoit la LTVA ou l'imposition de produits tels que l'alcool, le tabac, les carburants (cf. art. 86, 87b, 105 et 131 Cst.), de même que la politique énergétique (art. 89 Cst.)

¹³ CR LCD-MARTENET (n. 2), art. 1 N 35.

- Art. 32 CPC (contrats conclus avec des consommateurs), art. 35 CPC (renonciation aux fors légaux) et art. 348 let. e CPC (exceptions au caractère immédiatement exécutoire d'un titre authentique découlant de contrats conclus avec des consommateurs);
- Art. 114 et 120 LDIP (compétence et droit applicable pour les contrats conclus avec des consommateurs), ainsi que les art. 15 ss CL (compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs);
- Art. 1 al. 1 let. b LRFP (principe de la responsabilité du producteur), ainsi que art. 3 al. 3 let. c et d LSPro (conditions requises pour la mise sur le marché d'un produit) et 8 al. 1 LSPro (obligations consécutives à la mise sur le marché);
- Ajoutons les mentions dans l'OIP (en part. art. 2 al. 2 OIP [définition du consommateur], dans la LIC [en part. art. 1 LIC [but d'information objective du consommateur] ou encore dans la LMétr (art. 1 let. c et 14 al. 1 LMétr).

[10] Cette multitude d'occurrences, dans des lois disparates et aux buts généralement différents pour la protection du consommateur (bien que certes souvent complémentaires) témoigne de la difficulté, aujourd'hui encore, à donner au droit de la consommation – et a fortiori à la notion de consommateur – des contours stricts et bien délimités. On relève également des situations « hybrides » où la distinction nette entre le consommateur et le professionnel est susceptible de s'estomper¹⁴ : le cas de la personne passant un acte nécessaire à sa profession future¹⁵, lorsque le bien ou le service est acquis pour un usage mixte (ég. *infra* II/2/2.2)¹⁶, celui où le professionnel se procure un bien ou un service en dehors de sa sphère de spécialité¹⁷ ou encore lorsqu'une personne morale agit à des fins non professionnelles¹⁸. Plus largement, se pose également la question de la protection des professionnels, des personnes morales vulnérables¹⁹ ou même des start-ups et des organisations non gouvernementales²⁰.

[11] La focalisation sur l'autre partie à la relation de consommation, soit le professionnel [1.2; ou le « fournisseur »] permet d'y voir (un peu) plus clair, cette qualité étant souvent plus limpide que celle du consommateur²¹.

¹⁴ En droit français, JEAN CALAIS-AULOY/HENRI TEMPLE/MALO DEPINCÉ, Droit de la consommation, 10^e éd., Paris 2020, N 10 ss.

¹⁵ En rapport avec l'application de la LCC, par ex. ATF 139 III 201 = JdT 2016 II 240 consid. 2 : « *Celui qui se procure un crédit pour le financement de ses études poursuit un but lié à son activité professionnelle ; en conséquence, la loi sur le crédit à la consommation n'est pas applicable* ».

¹⁶ KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 148. Comp. MARCHAND (n. 1), p. 17 s.

¹⁷ FORNAGE (n. 1), N 178 ss et 196.

¹⁸ En rapport avec l'application de l'art. 8 LCD, CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 130 : « *ainsi, à notre avis, la notion de consommateur doit aussi inclure la personne morale si celle-ci n'agit pas à des fins commerciales, à tout le moins lorsqu'il y a un déficit structurel de connaissance ou d'incidence sur le contrat* ». *Contra*, KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 2), p. 316 s.

¹⁹ Pour un aperçu de cette problématique, HUG (n. 1), N 2183 ss; PICHONNAZ (n. 3), p. 64 : « *En quelque sorte, le droit contractuel de la consommation a pour principal objet de régler les déséquilibres structurels entre les opérateurs économiques. Il s'agit dès lors de beaucoup plus que de s'occuper uniquement des sèche-cheveux et autres prestations de consommation courante* ».

²⁰ En rapport avec la Directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, SÉNÉCHAL (n. 6), p. 50 : « *However, despite the limitation under the Directive, Member States should remain free to extend the protection afforded to consumers by this Directive also to natural or legal persons that are non consumers within the meaning of this Directive, such as NGOs, start-ups or SMEs* ».

²¹ KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 2), p. 61 s.

1.2. Le professionnel

[12] La qualité de « professionnel » est consubstantielle à la notion de « consommateur », dont elle représente pour ainsi dire la contrepartie indispensable ; les deux faces d'une même pièce en somme²². Le droit suisse ne définit pas non plus la qualité de professionnel, contrairement au droit allemand par exemple (§ 14 BGB [« *Unternehmer* »])²³. Le Tribunal fédéral²⁴ et la doctrine²⁵ relèvent tout de même que le professionnel n'est pas sur un pied d'égalité avec le consommateur. Sans entrer dans les détails,²⁶ retenons que, dans l'optique du droit de la consommation, le professionnel est la personne physique ou morale qui fournit des biens ou services au consommateur, tout en agissant dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle (par ex. art. 40 al. 1 let. a CO, art. 2 let. a LCC ou encore art. 2 al. 1 LVF)²⁷.

[13] Ces dernières années, on décèle une tendance, suivant les domaines (not. vente aux enchères et plateformes en ligne et fourniture d'énergie), à la « dilution » du rôle du professionnel. Ces évolutions sont à remettre sur le compte d'une implication croissante d'acteurs « privés » du côté de l'offre également (et plus strictement du côté de la demande). La thématique des *prosumers* est particulièrement visée. Ceux-ci n'agissent pas nécessairement dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale (comp. art. 2 let. b LCC²⁸), mais tout de même dans une mesure excédant la pratique d'un simple hobby, voire sur une base très régulière et pouvant conduire à l'acquisition d'un revenu parfois significatif²⁹. Mais, le *prosumer* doit-il se voir opposer des règles protectrices³⁰ ? La question reste controversée³¹ et doit vraisemblablement se résoudre au cas par cas³². Ces difficultés de délimitation pourraient même être particulièrement exacerbées dans le contexte de la technologie Blockchain et des Smart Contracts, où l'identification des partenaires contractuels, notamment en vue de l'application de normes protectrices, reste un défi³³.

²² Comp. CJUE, aff. C-105/17 du 4 octobre 2018, N 33 en réf. « à la notion, corrélative mais antinomique du consommateur [...] ».

²³ KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 2), p. 62 ; PICHONNAZ (n. 3), p. 54.

²⁴ En rapport avec les art. 120 LDIP et 13 aCL, ATF 121 III 336 consid. 5d = JdT 1996 I 78.

²⁵ En rapport avec la notion de « fournisseur », PICHONNAZ (n. 3), p. 54 ndbp 43.

²⁶ Pour des approfondissements, HUG (n. 1), N 764 ss.

²⁷ ARIANE MORIN/ANNE-CHRISTINE FORNAGE, La vulnérabilité économique – Rapport suisse, TRA – Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant, VI, p. 97–117, p. 109 : « [...] une personne physique ou morale qui poursuit une finalité professionnelle ou commerciale [...] » tout en précisant que « Cette définition inclut donc les contractants exerçant une activité libérale comme ceux poursuivant des missions de services publics ».

²⁸ La teneur de cette disposition est la suivante : « Par prêteur, on entend toute personne physique ou morale qui : b. consent des crédits à la consommation, sans agir par métier, par l'intermédiaire d'un courtier en crédit participatif ».

²⁹ En rapport avec l'application de l'art. 8 LCD, CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 136.

³⁰ En droit de l'UE, cf. CJUE, aff. C-105/17 du 4 octobre 2018, N 37 qui retient une démarche au cas par cas.

³¹ Comp. CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 136 avec les réf. citées.

³² Comp. CJUE, aff. C-105/17 du 4 octobre 2018, N 37.

³³ En rapport avec les défis de la Blockchain et des Smart contracts pour la protection du consommateur, DARIO HUG, La protection du consommateur face aux nouvelles technologies de la conclusion et de l'exécution des contrats, in : Blaise Carron/Christoph Müller (édit.), 3^e Journée du droit de la consommation et de la distribution, Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques et techniques en particulier dans les secteurs : Banques – Assurances Privées – Transports, Neuchâtel 2018, p. 115 ss, en part, N 46 ss.

2. En rapport avec la finalité du contrat de consommation

[14] Une autre manière d'individualiser le consommateur, respectivement le contrat de consommation, consiste à s'intéresser à la finalité particulière de la relation envisagée ou passée avec le professionnel. Conformément à l'approche théorique structuraliste téléologique³⁴, l'élément d'identification est que la relation de consommation intervient dans le but de satisfaire des besoins privés (personnels ou familiaux) du consommateur, à savoir des besoins extérieurs à une activité professionnelle ou commerciale.

2.1. Types de définitions

[15] En optant pour la méthode d'identification fondée sur la finalité de la relation en cause, on rencontre plusieurs types de définitions légales³⁵ :

- **Positive** : se focalise sur la finalité privée de la prestation acquise par le consommateur (par ex. art. 40 a al. 1 CO ou art. 32 CPC);
- **Négative** : se focalise sur la finalité étrangère à l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur (par ex. art. 3 LCC);
- **Hybride** : cumule des éléments de la définition positive et de la définition négative (par ex. art. 120 LDIP);
- **Indirecte (ou implicite)** : la finalité privée (ou consumériste) se déduit du contexte littéral, systématique téléologique ou historique dans lequel s'inscrit la norme considérée (par ex. art. 6 a CO ou 8 LCD).

[16] Comme pour l'analyse de la notion de consommateur en rapport avec la qualité des parties (*supra* II/1), on constate qu'il n'existe pas un seul type ou une seule définition du contrat de consommation. Celui-ci est bien plus défini selon un besoin d'intervention spécifiquement identifié en faveur de la partie faible, désignée en tant que « consommateur », dans le contexte d'une relation particulière. En ce sens, le droit suisse se distingue du droit civil allemand, lequel prévoit une définition (plus) générale du consommateur (§13 BGB [« *Verbraucher* »])³⁶.

[17] Une conception fondée strictement sur la finalité privée emporte cependant le risque d'appliquer des règles protectrices à des personnes qui n'en auraient pas ou plus nécessairement besoin³⁷. Par hypothèse, un contrat de gestion de fortune destiné à faire fructifier à des fins privées une épargne de plusieurs millions de francs pourrait en effet être qualifié de contrat de consom-

³⁴ BLAISE CARRON, La protection du consommateur lors de la formation du contrat, in : Blaise Carron/Christoph Müller (édit.), Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis (contrats, sécurité des produits, actions collectives, Neuchâtel, 2013, p. 95 ss, N 15; HUG (n. 1), N 570 ss; HUG (n. 33), N 37 ss; PICHONNAZ (n. 3), p. 60.

³⁵ Pour des approfondissements, HUG (n. 1), N 665 ss; FORNAGE (n. 1), N 79 ss.

³⁶ La teneur de cette disposition est la suivante : « *Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können* ».

³⁷ En réf. à l'approche structuraliste, comp. PICHONNAZ (n. 3), p. 60 qui donne l'ex. de la construction d'une villa comme pouvant constituer une prestation objet d'un contrat conclu avec un consommateur.

mation³⁸. Or, il n'est pas du tout manifeste qu'un besoin de protection similaire à celui d'une personne âgée démarchée par téléphone à domicile existe pour celle qui confie à un professionnel la gestion d'éléments considérables de sa fortune personnelle. Il est vrai, dans la LDIP et le CPC, le critère de la prestation de consommation courante circonscrit l'étendue de la protection légale conférée dans un cas donné (ég. *infra* II/3)³⁹.

[18] Le recours à la finalité de l'acte soulève également la question de savoir à partir de quand la finalité privée est « suffisante » pour justifier l'application de règles protectrices. Autrement dit, qu'en est-il si le bien ou le service en question est utilisé tant à des fins professionnelles que privées ? Les normes protectrices sont-elles applicables ? Et dans l'affirmative, à partir de quel degré d'utilisation de ce bien ou de ce service le sont-elles ? Ces interrogations s'inscrivent dans la thématique de la finalité mixte (2.2).

2.2. Finalité mixte

[19] En cas de finalité (ou d'usage⁴⁰) mixte de la prestation par le consommateur (double finalité ou pluralité de finalités ; « *Mischnutzung* »⁴¹)⁴², le critère (ou principe) de la prépondérance est un moyen de déterminer si la prestation est en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur⁴³.

[20] Conformément au critère de la prépondérance, les règles protectrices s'appliquent « *s'il est raisonnable de considérer que l'usage prépondérant de la chose sera un usage personnel ou familial* »⁴⁴. Dans ce contexte, également, nous considérons que la finalité doit se déterminer de manière objective et concrète⁴⁵. Relativement limpide dans sa compréhension, ce critère pose néanmoins des difficultés de preuve. Il est même susceptible de conduire à des résultats peu heureux, voire artificiels (par ex. la soumission à des règles protectrices pour certaines opérations privées passées au moyen d'une carte de crédit et pas pour des opérations professionnelles, comp. art. 1 al. 2 let. b et 3 LCC)⁴⁶.

³⁸ Comp. DAMIEN OPPLIGER, Le for du consommateur au sein de la Convention de Lugano appliqué aux investissements spéculatifs des Ultra High Net Worth Individuals – L'exemple de l'affaire Erwin Müller c/J. Safra Sarasin SA, Jusletter du 14 septembre 2015. Cf. ég. HUG (n. 1), N 2192.

³⁹ Comp. HUG (n. 1), N 824.

⁴⁰ KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 148 préconisent l'utilisation du terme de finalité mixte plutôt que d'usage mixte (en anglais : « *dual purpose* », voire « *multiple purpose* » lorsque plusieurs finalités sont poursuivies).

⁴¹ ATF 121 III 336 consid. 5e/cc = JdT 1996 I 78. Pour des approfondissements, HELMUT HEISS, Der Rechtsbegriff « Konsument », in : Helmut Heiss/Leander D. Loacker (édit.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zurich/Bâle/Genève 2020, p. 85–108, p. 95 s.

⁴² Par ex. l'acquisition par un consommateur, au moyen d'un crédit à la consommation, d'un ordinateur utilisé tant pour du travail à domicile que pour effectuer des commandes privées en ligne. KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 148.

⁴³ FORNAGE (n. 1), N 188 ss ; CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 133.

⁴⁴ MARCHAND (n. 1), p. 17 s.

⁴⁵ Pour des approfondissements sur la détermination de la finalité, HUG (n. 1), N 584 ss. Cf. déjà, sous l'angle du droit allemand, AXEL HALFMEIER, Widersprüchliches Verhalten als opt-out aus dem Europäischen Verbraucherschutzrecht ? Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22. Dezember 2004, VIII ZR 91/04, GPR 2005, p. 184 ss, p. 184 ss.

⁴⁶ MARCHAND (n. 1), p. 17 s ; CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 134.

[21] Au critère de la prépondérance s'oppose le critère de l'insignifiance (ou de la marginalité)⁴⁷. En référence à la jurisprudence européenne GRUBER⁴⁸ (droit de procédure⁴⁹ [art. 13 de la Convention de Bruxelles de 1968⁵⁰]), on retrouve, en Suisse, l'opinion selon laquelle, pour que les règles de protection du consommateur s'appliquent, la finalité professionnelle doit être insignifiante ; la règle vaudrait tant pour le droit de procédure que pour le droit matériel⁵¹. En l'état, cependant, les considérations de l'arrêt GRUBER ne peuvent vraisemblablement pas être généralisées⁵². Il est également intéressant de noter ici que, dans un arrêt SCHREMS du 25 janvier 2018, rendu en rapport avec les art. 15 et 16 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la CJUE a considéré que « l'article 15 du règlement no 44/2001 doit être interprété en ce sens qu'un utilisateur d'un compte Facebook privé ne perd pas la qualité de consommateur, au sens de cet article, lorsqu'il publie des livres, donne des conférences, exploite des sites Internet, collecte des dons et se fait céder les droits de nombreux consommateurs afin de faire valoir ces droits en justice »⁵³. Autrement dit, la qualité de consommateur peut être donnée, y compris sous l'angle procédural, lorsqu'il existe une (autre) finalité n'étant, quant à elle, pas d'une nature qu'on pourrait qualifier comme étant strictement et individuellement consumériste. Du point de vue procédural interne, le critère de la prestation de consommation courante – qui poursuit un but de limitation analogue⁵⁴ – permet par ailleurs de circonscrire les exceptions au for ordinaire au domicile du défendeur⁵⁵.

[22] Reprenant des auteurs européens, MORIN et FORNAGE⁵⁶ rappellent que le considérant 17 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs⁵⁷, ne retient pas nécessairement l'exigence d'insignifiance⁵⁸. En Suisse, on pourrait également considérer que le critère de la pré-

⁴⁷ Pour des approfondissements et la présentation des évolutions en matière de droit international privé et de procédure, LEANDER D. LOACKER, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht*, Munich 2006, p. 56 s.

⁴⁸ CJUE, aff. C-464/01 du 20 janvier 2005.

⁴⁹ KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 150. Ces auteurs rappellent que la Cour y a précisé le sort des contrats à usage mixte.

⁵⁰ Cf. désormais le art. 17 ss du Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 351 du 20 décembre 2012 (« Bruxelles I bis »).

⁵¹ KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 170 et 179.

⁵² Pour des approfondissements en faveur de l'application du critère de l'insignifiance, KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 152 ss. Cf. ég. HEISS (n. 41), p. 97. Comp. DIRK STAUDENMAYER, in : Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer (édit.), *EU Digital Law*, Article by Article Commentary, Munster/Bruxelles 2020, p. 65.

⁵³ CJUE, aff. C-498/16 du 25 janvier 2018 N 41. Comp. HEISS (n. 41), p. 97 s.

⁵⁴ Plus nuancés, KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 168 relèvent que le critère de la prestation de consommation courante « *restreint considérablement la protection des consommateurs dans le droit de la procédure nationale. Les consommateurs se retrouvent ainsi dans une position moins favorable que dans le droit procédural international où l'art. 15 CLrèv ne prévoit pas une telle restriction* ».

⁵⁵ HUG (n. 1), N 613 s.

⁵⁶ MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 108.

⁵⁷ Cf. désormais ég. le consid. 17 de la Directive 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, ainsi que le consid. 22 de la Directive 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE. Plus nuancés et critiques, SÉNÉCHAL (n. 6), p. 51 et STAUDENMAYER (n. 52), p. 65 s. précisent que les États membres restent libre de déterminer si et à quelles conditions la qualité de consommateur est donnée en cas d'usage mixte.

⁵⁸ La teneur dudit considérant est la suivante : « *La définition de consommateur devrait englober les personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Cependant, en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas*

pondérance doit généralement s'appliquer, tempéré par l'exigence que le contrat porte sur une prestation de consommation courante⁵⁹. Il est vrai que les rapports entre, d'une part, le critère de la prestation de consommation courante (*infra* II/3) et, d'autre part, les textes de l'UE et le droit national d'inspiration européenne, restent toujours à clarifier sous l'angle d'une approche générale, à savoir détachée du cas concret⁶⁰. En arrière-plan, on identifie également une tension entre l'exigence de sécurité et de prévisibilité juridiques (en soi mieux garanties par le critère de l'insignifiance⁶¹) et la nécessité de la protection plus large du consommateur (en soi mieux garantie par le critère de la prépondérance). De là à affirmer de manière péremptoire que le critère de l'insignifiance s'applique en droit de procédure et celui de la prépondérance en droit matériel, il n'y a qu'un pas ; à notre avis, toutefois, il n'est en l'état (toujours) pas possible de le franchir de façon indifférenciée.

[23] En revanche, excepté le cas particulier dans la législation sur le voyage à forfait (*infra* IV/1), une personne agissant *exclusivement* dans un but professionnel ne pourra en principe prétendre à bénéficier de la qualité de consommateur⁶².

3. En rapport avec le critère de la prestation de consommation courante

[24] Le droit suisse de la protection du consommateur connaît un critère particulier que ne prévoit pas le droit de l'UE et de ses États membres. Il s'agit du critère de la prestation de consommation courante, que l'on retrouve aux art. 32 CPC, 114 et 120 LDIP). Les dispositions de droit matériel (not. la LCC et l'art. 8 LCD) ne le connaissent pas.

[25] D'après ce critère, qui se détermine au cas par cas, le bénéfice des dispositions légales protectrices est réservé aux affaires du consommateur que l'on pourrait qualifier de « quotidiennes » (« *Alltagsgeschäfte* »). Ce n'est que si le bien ou le service acquis par le consommateur répondent à l'assouvissement d'un besoin personnel ou familial (usage privé) que la typicité consumériste sera donnée⁶³.

[26] Lorsque le contrat porte sur une prestation de consommation courante, le consommateur peut également agir à son propre domicile (art. 32 al. 1 let. a CPC et art. 114 al. 1 let. a LDIP). La loi consacre alors une exception au principe général du for au domicile du défendeur (cf. art. 10 CPC). En outre, à certaines conditions, le droit de la résidence habituelle du consommateur s'applique impérativement au contrat (art. 120 LDIP).

prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur ». Pour des approfondissements critiques, KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 161 ss. Comp. HEISS (n. 41), p. 96.

⁵⁹ HUG (n. 1), N 614.

⁶⁰ Par ex. ATF 133 III 295 consid. 7.2 = JdT 2008 I 60 où, en rapport avec l'art. 13 aCL, le TF applique le critère de l'insignifiance en réf. à l'arrêt GRUBER. KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 166.

⁶¹ Pour des développements, KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 152 s.

⁶² MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 108.

⁶³ Pour des approfondissements sur le critère de la prestation de consommation courante avec des ex. tirés de la jurisprudence, HUG, Le consommateur en procédure civile suisse, RJN 2018, p. 19 ss, p. 29 ss ; FORNAGE, N 1405 ss.

III. Conséquences de la qualité de consommateur

[27] La présentation de la notion de consommateur ne peut être détachée de l'examen des effets et des conséquences que reconnaît la loi au constat de la réunion de cette qualité particulière.

[28] En bref, que se passe-t-il lorsque la qualité de consommateur est donnée ?

[29] Sans pouvoir, dans le cadre limité de cette contribution, présenter l'intégralité des tenants et aboutissants de cette interrogation, il nous paraît néanmoins possible, dans une optique générale, d'en systématiser les conséquences : d'une part, en droit des obligations et des contrats (1) et, d'autre part, en droit de lutte contre la concurrence déloyale (2). S'agissant des conséquences de l'application des art. 32 CPC, ainsi que 114 et 120 LDIP, nous venons de les évoquer en rapport avec le critère de la prestation de consommation courante (*supra* II/3).

1. En droit des obligations et des contrats

1.1. La protection qui vise le consommateur

[30] Dans le CO et les lois sectorielles, on retrouve des normes qui visent la protection matérielle du consommateur (par ex. art. 40a ss CO, LCC ou LVF) ou sa protection procédurale (art. 32 CPC, 114 et 120 LDIP ou encore 15 ss CL)⁶⁴. Cette intervention ponctuelle et spécifique du législateur témoigne du morcellement du droit suisse de la consommation⁶⁵. La LCD⁶⁶ n'est pas non plus épargnée par ce phénomène (*infra* III/2). Le droit des obligations et des contrats reste donc en principe neutre ; sauf disposition contraire, il ne prévoit pas de protection spécifique du consommateur⁶⁷.

[31] Ainsi, il n'existe pas, en tant que tel, de contrôle des conditions générales abusives par le droit commun des contrats (cf. art. 8 LCD). Un contrôle spécifique⁶⁸ – à la fois plus large quant à son champ d'application personnel⁶⁹ et plus limité quant à sa protection matérielle – est réservé aux clauses insolites (*infra* III/1/1.2)⁷⁰. La règle *in dubio contra stipulatorem* (ég. *infra* III/1/1.2) confère également une certaine protection au consommateur⁷¹. Une homogénéisation du système de contrôle des conditions générales, pour autant que souhaitable, supposerait quoi qu'il en soit une réflexion d'ensemble sur les buts de chaque loi (protection de la concurrence, de la loyauté

⁶⁴ MORIN/FORNAGE (n. 27) p. 105 ss ; PICHONNAZ (n. 3), p. 62.

⁶⁵ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ (n. 2), Introduction générale, N 51.

⁶⁶ Comp. CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ (n. 2), Introduction générale, N 53 qui considèrent que la LCD « *Par révisions successives est devenue le réceptacle de diverses revendications sociales et a perdu de son homogénéité sur le plan matériel* » avant d'évoquer « *une loi fourre-tout* ».

⁶⁷ En rapport avec les maximes d'interprétation (« *Auslegungsmaximen* »), BK OR-CHRISTOPH MÜLLER, art. 18 N 175, in : Regina Aebi-Müller/Christoph Müller, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, Berne 2018 (cité : BK OR-AUTEUR).

⁶⁸ Outre ce contrôle spécifique, les clauses préformulées restent évidemment toujours soumises aux mêmes mécanismes de contrôles que les règles contractuelles « ordinaires », à savoir en particulier le contrôle du respect des normes légales impératives, comp. HUG (n. 1), N 1755 ss.

⁶⁹ La règle de l'insolite ne vise pas uniquement les relations B2C, UWG Kommentar-HELMUT HEISS, art. 8 N 52, in : Reto Heizmann/Leander D. Loacker (édit.), UWG Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zurich/St-Gall 2019 (cité : UWG Kommentar-AUTEUR).

⁷⁰ MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 101.

⁷¹ BK OR-MÜLLER (n. 67), art. 18 N 175.

ou rétablissement de l'équité contractuelle) en rapport avec la correction du déséquilibre informationnel et structurel du consommateur⁷².

1.2. La protection qui vise également le consommateur

[32] L'approche du droit civil suisse peut être qualifiée de moniste ; le législateur a renoncé à effectuer une ségrégation de principe entre le droit civil et le droit commercial⁷³. Cela se traduit notamment en l'absence d'un Code de la consommation (ex. France et Italie) ou de loi spécifique, mais à caractère général de protection du consommateur (ex. Autriche et Liechtenstein)⁷⁴. Le consommateur est donc pour l'essentiel un partenaire contractuel comme les autres, sous réserve de l'application de dispositions protectrices spécifiques, comme évoqué (*supra* III/1/1.1). En rapport avec le devoir d'information précontractuel, cela implique, par exemple, que le professionnel n'a pas un devoir général de conseil envers le consommateur⁷⁵.

[33] Le CO étant également un code ouvert, l'art. 2 CC – injonction faite à chacun de se comporter selon les règles de la bonne foi – permet au Tribunal de régler les questions que le législateur aurait renoncé à traiter⁷⁶. Pour le législateur ou la jurisprudence, il peut être justifié d'intervenir directement ou indirectement aux fins de protéger les intérêts de la partie économiquement faible. Le but est que le contrat reflète, le cas échéant, un « *exercice équivalent de la liberté contractuelle de chaque partie* »⁷⁷. Ces interventions concernent tout particulièrement la formation du contrat et l'exécution du contrat (information, vices du consentement, contrats d'adhésion, lésion et clauses abusives, interprétation et modération de l'exercice des droits contractuels)⁷⁸. Notons toutefois que, sous l'angle de la LCD, la bonne foi n'est pas protégée de manière générale, mais uniquement en rapport avec des comportements pouvant avoir une influence sur la concurrence⁷⁹. La « bonne foi » n'a donc pas la même portée pour le consommateur suivant qu'elle est envisagée sous l'angle du droit commun des contrats (par ex. en rapport avec le devoir d'information précontractuel général⁸⁰) ou sous l'angle de la lutte contre la concurrence déloyale (par ex. aux art. 2 et 8 LCD).

[34] En droit commun des contrats, on rencontre principalement des moyens de protection en rapport avec les conditions générales, omniprésentes et incontournables dans la relation de consommation⁸¹. Si ces règles s'appliquent à tous les contractants, leur fonction reste néanmoins primordiale en présence d'un « consommateur » :

⁷² Dans ce sens, en rapport avec l'intégration de la concurrence dans les réflexions en rapport, en particulier, avec l'art. 8 LCD, CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ (n. 2), Introduction générale, N 24.

⁷³ KARL OFTINGER, Handelsrecht und Zivilrecht – Monismus oder Dualismus des Privatrechts und seiner Gesetzbücher, in : SJZ/RSJ 50/1954, p. 153 ss, p. 155.

⁷⁴ HUG (n. 33), p. 115 ss, N 35 s. Pour un aperçu de différentes conceptions législatives, HUG (n. 1), N 2128 ss.

⁷⁵ MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 112.

⁷⁶ MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 97.

⁷⁷ MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 98.

⁷⁸ Pour des approfondissements, MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 98 ss.

⁷⁹ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ (n. 2), Introduction générale, N 18.

⁸⁰ Comp. MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 98 ss.

⁸¹ Pour des approfondissements sur les différentes interventions du droit commun des contrats et les contrats de consommation du point de vue de la vulnérabilité économique, MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 97.

[35] Conformément à la **règle de l'accessibilité**, la partie qui entend intégrer des conditions générales doit permettre à l'autre de prendre raisonnablement connaissance de celles-ci au plus tard lors du moment de la conclusion du contrat. Face à un consommateur destinataire de clauses préformulées, cette règle est stricte. La validité de l'acceptation de leur intégration est subordonnée à une déclaration de volonté expresse du consommateur, une intégration tacite n'étant pas admise en principe⁸².

[36] La **règle de l'insolite** est « [...] *fondée sur le principe de la confiance [et] vise la protection de la partie qui consent à ce que des conditions générales régissent une relation contractuelle* »⁸³. Il y a peu, le TF a précisé que la règle relève de la doctrine du consentement (« *Konsenslehre* »), qu'elle est fondée sur le principe de la confiance et la bonne foi en affaires, mais qu'elle n'a pas pour vocation première de protéger la partie faible ou moins expérimentée⁸⁴. La position et l'expérience du partenaire contractuel – le cas échéant du consommateur – doivent néanmoins être prises en compte dans le contexte de l'examen du caractère subjectivement insolite de la clause⁸⁵. Il n'est au demeurant pas exclu qu'en rattachant expressément la règle de l'insolite au consentement (par opposition au contrôle caché de contenu lié au contenu matériel), l'examen du caractère insolite d'une clause puisse, le cas échéant, intervenir d'office. Le Tribunal doit en effet vérifier d'office (« *von Amtes wegen* ») si un contrat a été conclu, à tout le moins lorsqu'une partie soutient qu'elle n'est pas liée⁸⁶.

[37] Quant à la règle ***in dubio contra stipulatorem*** de même que, plus généralement, l'interprétation des conditions générales, celles-ci sont également en tant que telles indépendantes de la notion de consommateur⁸⁷.

2. En droit de lutte contre la concurrence déloyale

2.1. La protection qui vise le consommateur

[38] S'intéresser à la protection qui vise⁸⁸ le consommateur dans la LCD suppose, tout d'abord, de rappeler les buts de cette loi. Celle-ci vise à « *garantir une concurrence loyale et non faussée dans l'intérêt des entreprises actives sur le marché, des consommateurs et des autres parties concernées* » (cf. art. 1 LCD)⁸⁹. L'un des trois piliers de la loi est la protection des consommateurs ; on y retrouve donc différentes normes visant à l'assurer⁹⁰.

⁸² CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 58.

⁸³ Arrêt du TF 4A_540/2018 du 7 mai 2019 consid. 1.5.

⁸⁴ Arrêt du TF 4A_499/2018 du 10 décembre 2018 consid. 3.3.2. Comp. les développements jurisprudentiels depuis ATF 109 II 452.

⁸⁵ Arrêt du TF 4A_499/2018 du 10 décembre 2018 consid. 3.3.2 *in fine*.

⁸⁶ ATF 127 III 248 consid. 3b avec les réf. citées. BK OR-MÜLLER (n. 67), art. 1 N 242 et art. 2 N 13.

⁸⁷ BK OR-MÜLLER (n. 67), art. 18 N 175 ; PICHONNAZ (n. 3), p. 66 précise qu'elles « *cherchent à résoudre le déséquilibre structurel lié à l'intégration de conditions générales par un partenaire contractuel plus puissant* ».

⁸⁸ Pour les besoins de la présente contribution, il est fait abstraction de la question de la mise en œuvre des sanctions civiles de la LCD (art. 9 et 10 LCD), en particulier en rapport avec les art. 3 et 8 LCD.

⁸⁹ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ (n. 2), Introduction générale, N 17.

⁹⁰ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ (n. 2), Introduction générale, N 24.

[39] L'art. 8 LCD, relatif au contrôle des conditions générales abusives dans les contrats de consommation, est à cet égard une norme de protection importante⁹¹. Du point de vue du contrôle des conditions générales, tant par le droit commun des contrats que par la législation contre la concurrence déloyale – système étant de ce fait qualifié de dualiste⁹² – l'insertion de la disposition dans la LCD n'est pas rarement critiquée⁹³. Ce choix systématique entraîne des débats quant à la définition même du « consommateur » devant être protégé contre les clauses abusives (cf. ég. *infra* IV/2).

[40] Se pose également la question des implications, sur le contrat civil conclu avec le consommateur, d'une violation de la LCD, singulièrement de l'une de ses dispositions sur la conclusion d'un contrat (par ex. art. 3 al. 1 let. g LCD). Cette thématique concerne la validité du contrat subséquent (« *Gültigkeit des Folgevertrages* »). Deux conceptions s'opposent : d'une part, celle consistant à rejeter la nullité du contrat, tout en permettant au consommateur de mettre unilatéralement fin au contrat – par ex. au moyen des règles sur les vices du consentement (art. 21 CO, 23 ss CO et 28 CO)⁹⁴. D'autre part, celle consistant à rejeter la validité du contrat subséquent, au motif de sa nullité au sens de l'art. 20 CO, en particulier pour des motifs de protection du consommateur⁹⁵.

[41] Se fondant sur l'ATF 108 II 419 (JdT 1983 I 204), et le caractère considéré comme subsidiaire à la responsabilité civile de la *culpa in contrahendo*⁹⁶, une partie de la doctrine considère par ailleurs que l'auteur d'un dol (art. 28 CO) commet un acte illicite (art. 41 CO)⁹⁷. En reprenant par analogie cette opinion aux conséquences sur le contrat en cas de violation des dispositions de la LCD (en part. les art. 3 LCD), on pourrait considérer qu'elle implique qu'une telle violation consacre un acte illicite (art. 2 LCD). Suivant les cas, cela fonderait dès lors la nullité du contrat subséquent conclu avec le consommateur⁹⁸. Il reste néanmoins important de garder à l'esprit les caractéristiques spécifiques de la LCD, à savoir le fait qu'elle vise la protection d'un intérêt d'ordre collectif et que son application exige une influence du comportement et/ou de la pratique commerciale considérée sur le marché (« *Marktbezug* »)⁹⁹.

[42] Dès lors, en présence d'un consommateur, en vertu du mandat de l'art. 97 Cst., on pourrait à notre avis présumer la nullité du contrat conclu à la suite d'une violation de la LCD, à tout le moins lorsque la norme violée interdit un certain comportement au professionnel (par ex. art. 3

⁹¹ UWG Kommentar-HEISS (n. 69), art. 8 N 52.

⁹² CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 30.

⁹³ Par ex. UWG Kommentar-HEISS (n. 69), art. 8 N 51 : « *Vielmehr liegt der Stein de Art. 8 im Mosaik des AGB-Rechts sowohl wegen seiner lauterkeitsrechtlichen Natur als auch wegen seines Inhalts teilweise quer* ».

⁹⁴ BSK UWG-GREGOR BÜHLER, art. 3 al. 1 let. s N 47, in : Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bâle 2013 (cité : BSK UWG-AUTEUR).

⁹⁵ Par ex. CR LCD-WERRO/CARRON (n. 2), art. 3 al. 1 let. s, N 38 ss.

⁹⁶ MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 99 en réf. ég. à l'ATF 130 III 345 consid. 2.1. = JdT 2004 I 207.

⁹⁷ ATF 108 II 419 consid. 5 = JdT 1983 I 204. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10^e éd., Zurich 2014, N 870; MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 99.

⁹⁸ Pour des approfondissements sur les sanctions de nature contractuelle d'une violation de la LCD (validité du contrat subséquent ou rejet de la validité du contrat subséquent), HUG (n. 1), N 190 ss.

⁹⁹ ATF 126 III 198 consid. 2c : « *Pour qu'il y ait acte de concurrence déloyale, il ne suffit pas que le comportement apparaisse déloyal au regard de la liste d'exemples figurant aux art. 3 à 8 LCD ; il faut encore, comme le montre la définition générale de l'art. 2 LCD, qu'il influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Autrement dit, il doit influencer le jeu de la concurrence, le fonctionnement du marché.* » UWG Kommentar-JUNG (n. 69), art. 2 N 11 : « *Damit wird deutlich, dass es der Generalklausel sowie den auf ihr aufbauenden Sondertatbeständen der Art. 3 bis 8 nicht um die Sanktionierung jeglichen treuwidrigen Verhaltens, sondern nur um die Ahndung von wettbewerbsrelevanten Lauterkeitsverstößen im geschäftlichen Bereich geht, was auch bereits die explizite Nennung des Geschäftsgebarens als Unterfall des nach Art. 2 relevanten Verhaltens andeutet* ». Cf. ég. CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 2 N 46.

al. 1 let. h LCD¹⁰⁰)¹⁰¹. En l'absence de définition générale du consommateur, la difficulté réside évidemment dans son identification, surtout si le contrat conclu en violation de la LCD doit être déclaré comme nul. Cette sanction peut être d'autant plus délicate face au dilemme du *take it or leave it* : soit le consommateur accepte la prestation en concluant le contrat, soit il y renonce purement et simplement. Dans ce contexte, une nullité trop « directe » pourrait le priver définitivement d'une prestation. Il n'en demeure pas moins que la nullité déploie généralement un effet préventif important.

2.2. La protection qui vise également le consommateur

[43] Nous avons rappelé ci-dessus les buts de la LCD, ainsi que le troisième pilier de la LCD consistant à protéger les consommateurs (*supra*, III/2/2.1). Il en découle, en vertu des deux autres piliers que sont le bon fonctionnement de la concurrence (ex. art. 3 al. 1 let. a LCD et 7 LCD) et la bonne foi (spécialement l'absence de tromperie ; ex. art. 3 al. 1 let. f LCD et 5 LCD)¹⁰², que de nombreuses règles de la LCD ne visent pas strictement le consommateur, mais le visent également. Celles-ci s'appliquent dès lors tout autant – et de manière complémentaire – aux contrats de consommation que les règles qui visent la protection du consommateur (comp. *supra* III/2/2.1).

[44] Dans la LCD, la principale difficulté reste d'identifier si la pratique commerciale considérée vise exclusivement le consommateur ou si elle le vise également. Compte tenu du but collectif de la LCD (*supra*, III/2/2.1), le principe devrait à notre sens être qu'une pratique commerciale considérée ne vise pas exclusivement la protection du consommateur. L'art. 8 LCD consacre une exception notable à cette affirmation. On l'a dit (*supra* III/2/2.1), la disposition ne vise que le contrôle des clauses abusives en rapport avec les contrats de consommation, et partant, les « consommateurs » (ég. *infra* IV/3).

[45] Avant de relever certains défis en rapport avec la notion de consommateur, nous proposons quelques illustrations (IV) de son caractère ectoplasmique.

IV. Quelques illustrations

1. Le voyageur

[46] Le consommateur (« le voyageur ») au sens de la LVF est défini à l'art. 2 al. 3 LVF. La doctrine considère généralement que le « consommateur » peut également être une personne morale¹⁰³. À la différence d'autres règles de protection du consommateur, la LVF ne retiendrait pas nécessairement une finalité privée¹⁰⁴. Ainsi, un voyage peut être effectué à des fins professionnelles,

¹⁰⁰ CR LCD-KUONEN (n. 2), art. 3 al. 1 let. h, N 1 : « L'art. 3 al. 1 let. h LCD condamne le recours à des méthodes de vente particulièrement agressives [...] ».

¹⁰¹ HUG (n. 1), N 190 ss.

¹⁰² CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ (n. 2), Introduction générale N 22 s.

¹⁰³ MORIN/FORNAGE (n. 27), p. 107 s. ; CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 125. Nuancé, CHK PauRG-ALEXANDRA ZEITER /MICHAEL SCHLUMPF, art. 2 N 5, in : Marc Amstutz et al. (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftliche Nebenerlasse : FusG, UWG, PauRG und KKG, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : CHK-AUTEUR).

¹⁰⁴ Plutôt *contra*, CHK PauRG-ZEITER/SCHLUMPF (n. 103), art. 2 N 5 soutiennent une limitation aux voyages touristiques (« *Urlaubsreisen* »).

pour autant que des prestations touristiques y soient combinées¹⁰⁵. L'application de la LVF est donc également directe en cas de « voyages à forfait d'usage mixte » (sur la finalité mixte, *supra* II/2/2.2)¹⁰⁶.

[47] En conséquence, du point de vue de la protection du consommateur en droit formel, cela peut avoir l'incidence suivante : pour un voyageur privé (le consommateur au sens « traditionnel »), les règles des art. 32 CPC, ainsi que 114 et 120 LDIP (en présence d'un élément d'extranéité) sont susceptibles de s'appliquer. En revanche, pour un voyage d'affaires, on ne sera vraisemblablement pas en face d'un contrat de consommation, alors même que l'art. 19 LVF retient, sous l'angle du droit matériel, le principe du caractère semi-impératif des dispositions de la LVF (sous réserve, le cas échéant, d'une élection de droit, qui devrait ici rester possible [comp. art. 120 al. 2 LDIP]).

2. Le destinataire de clauses abusives

[48] Ni la LCD en général (comp. cep. art. 2 al. 2 OIP par renvoi des art. 16 ss LCD), ni l'art. 8 LCD ne définissent la notion de « consommateur »¹⁰⁷. Il est admis que la LCD vise le consommateur final, soit celui « *qui utilise le bien ou service pour un usage privé et non pas comme intermédiaire* »¹⁰⁸. Selon la volonté du législateur, l'art. 8 LCD ne s'applique pas aux PME en tant que destinataires de conditions générales. En revanche, l'applicabilité de l'art. 8 LCD aux personnes morales poursuivant une fin non lucrative semble moins claire¹⁰⁹. S'agissant de la Directive 93/13/CE sur les clauses abusives, elle définit le consommateur en tant que personne physique agissant à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité professionnelle (art. 2 let. b Directive).

[49] Dans ce prolongement, relevons que, faute de mentionner cette exigence, l'application de l'art. 8 LCD n'est pas limitée aux contrats conclus avec un consommateur portant sur une prestation de consommation courante¹¹⁰. L'art. 8 LCD doit également être interprété comme contenant une définition négative, et non pas positive du contrat de consommation (*supra* II/2/2.1 sur les types de définitions). Il suffit dès lors que la prestation envisagée ne soit pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur¹¹¹. Une telle définition négative étant a priori plus large qu'une définition positive¹¹², cela pourrait impliquer de considérer la personne morale agissant à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité commerciale ou professionnelle comme consommateur au sens de l'art. 8 LCD¹¹³.

¹⁰⁵ PIERRE TERCIER/BLAISE CARRON/LAURENT BIERI, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., N 5880 ; CHK PauRG-ZEITER/SCHLUMPF (n. 103), art. 2 N 5.

¹⁰⁶ KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 168.

¹⁰⁷ Critique en rapport avec l'art. 8 LCD, FLORENCE BETTSCHART, Une bonne réglementation du point de vue des consommateurs, in : *LeGes* 2017/3, p. 483–485, p. 485 : « [...] *sans doute aussi parce que sa teneur d'une clarté douteuse ne permet pas de l'utiliser facilement* ».

¹⁰⁸ CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 127.

¹⁰⁹ Pour ces développements, CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 127 avec les réf. citées.

¹¹⁰ Du même avis, CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 131 avec un aperçu de la controverse.

¹¹¹ CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 132.

¹¹² HUG (n. 1), N 690.

¹¹³ Pour une présentation des conséquences des définitions positive et négative sur la qualification du contractant et sur la qualification de la relation contractuelle, HUG (n. 1), N 692 ss.

3. Le bénéficiaire de l'indication des prix

[50] En rapport avec l'obligation d'indiquer les prix (art. 16 ss LCD), la loi contient une définition expresse du consommateur. L'art. 2 al. 2 OIP dispose qu'est réputé consommateur toute personne qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle. Selon cette conception, le consommateur est le « dernier maillon de la chaîne » (et donc pas un intermédiaire), peu importe qu'il soit une personne physique ou même morale, tant que l'acquisition de la prestation ou du service est sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle¹¹⁴. L'acquisition commerciale n'est en revanche pas visée par l'art. 16 LCD¹¹⁵. À nouveau, on constate, et parfois même en rapport étroit avec la LCD, que la définition du consommateur n'est pas figée dans le marbre.

[51] Quels restent les principaux défis pour la notion de consommateur (V)?

V. Quels défis pour la notion de consommateur ?

[52] Les défis pour le droit de la consommation et, en particulier, la notion de consommateur nous paraissent aujourd'hui nombreux.

1. Evolutions technologiques et sociétales

[53] Avec le caractère international toujours plus marqué des transactions, la révolution industrielle 4.0, le développement de l'Internet of Things (IoT), de la technologie Blockchain et des Smart Contracts, ainsi que de nouvelles formes d'organisation des rapports sociaux (par ex. les DAO) ou encore de l'économie circulaire¹¹⁶, le rôle même du « consommateur » devra être réévalué¹¹⁷. Ces nouvelles formes d'échange ont souvent en commun qu'elles permettent une circulation de biens et de services, potentiellement de manière ininterrompue (7 j/7 et 24h/24) et sans s'arrêter aux frontières nationales.

[54] Cet état de fait soulève des interrogations de politique juridique quant à la personne à protéger et aux moyens à appliquer pour garantir la protection de la partie faible, ainsi que sur la manière de garantir leur efficacité.

¹¹⁴ CR LCD-HOFMANN (n. 2), art. 16/16a N 46 ss; CR LCD-MARTENET (n. 2), art. 1 N 35.

¹¹⁵ CR LCD-HOFMANN (n. 2), art. 16/16a n 50; BSK UWG-SCHMID (n. 94), art. 16/16a N 30 précise que l'art. 3 al. 1 let. a, b et e LCD s'appliquent également aux offres à des fins commerciales.

¹¹⁶ A ce sujet, Bert Keirsbilck/Evelyne Terryn (édit.), *Consumer Protection in a circular economy*, Cambridge/Anvers/Chicago 2019.

¹¹⁷ On peut encore y ajouter le développement de systèmes Peer-to-Peer, par ex. en matière de fourniture d'énergie, ANDREAS ABEGG/GIAN CARLE/GORAN SEFEROVIC, *Peer-to-Peer-Systeme bei Zusammenschlüssen zum Eigenverbrauch*, Jusletter du 14 septembre 2020.

2. Droit privé numérique de protection des consommateurs

[55] Aux évolutions technologiques et sociétales s'ajoutent, notamment en droit de l'UE, le développement progressif d'un droit privé numérique de protection des consommateurs (« *digitales Verbraucherprivatrecht* »¹¹⁸).

[56] Le 20 mai 2019, l'UE a ainsi adopté une nouvelle Directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques. Un autre défi est le changement de paradigme induit par le droit contractuel numérique (« *digitales Vertragsrecht* »), en particulier la numérisation croissante de services et produits; elle implique une interaction constante entre les fournisseurs et les clients et se détache de la conception habituelle de la relation de consommation en tant qu'échange ponctuel – voire unique – entre le consommateur et le professionnel.

[57] Cette thématique est également à mettre en rapport avec l'essor de la servitisation¹¹⁹, soit le remplacement de l'offre de produits « matériels » par une offre de services¹²⁰. Plus récemment, mentionnons encore l'adoption, le 27 novembre 2019, de la Directive UE 2019/2161 concernant une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs. La plupart des modifications induites par cette Directive concernent, en effet, les échanges numériques avec les « consommateurs »¹²¹.

3. Interchangeabilité des rôles

[58] En outre, il se pourrait même que, dans une relation donnée, les qualités de professionnel et de consommateur ne s'excluent plus mutuellement, mais deviennent interchangeables dans un seul et même contrat¹²².

[59] Or, dans l'approche traditionnelle du droit de la consommation, la répartition des rôles¹²³ est fixe (« *Konsumentenrecht ist Rollenrecht* »¹²⁴). On discerne ainsi un changement de paradigme, à tout le moins dans certaines situations. Les fondements mêmes de l'intervention normative en faveur du consommateur pourraient être ébranlés, à mesure que le déséquilibre structurel et

¹¹⁸ STEFAN MÜLLER, Auf dem Weg in ein Digitales Verbraucherprivatrecht, InTeR 2020 p. 1 s.

¹¹⁹ MIRJAM EGGEN, Digitales Vertragsrecht, Jusletter du 2 décembre 2019, en part. p. 2 ss. avec les réf. citées. L'auteure rappelle le cas d'une entreprise proposant le *leasing* de tapis, ainsi que leur nettoyage et leur traitement pendant toute la durée du contrat, avec le recyclage desdits tapis à la fin du contrat dans le but de favoriser une économie circulaire.

¹²⁰ <https://www.encyclopedie.fr/definition/Servitisation> (dernière consultation le 22 mars 2021).

¹²¹ ADRIAN KÜNZLER/GREGOR RAUCH, « New Deal for Consumers » : Neue Regelungen für den digitalen Binnenmarkt und für die Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht, EuZ 2020 p. 126–139, p. 126 s.

¹²² KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 149 avec les réf. citées.

¹²³ Sur le rôle spécifique des parties comme élément du droit de la consommation, HUG (n. 1), N 218 ss.

¹²⁴ KommZPO-URS FELLER/JÜRIG BLOCH, art. 32 N 11, in : Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., Zurich 2016; HUG (n. 1), N 218; CLAIRE HUGUENIN, Konsumentenrecht im OR im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Deregulierung, SJZ/RSJ 91/1995, p. 417 ss, p. 420.

informationnel¹²⁵ constitue une très importante – sinon la principale – justification à la source de ladite intervention¹²⁶.

[60] La thématique du *prosumer* en tant que fournisseur de biens ou services reste évidemment principalement visée ici. À ce titre, il est également intéressant de noter que la Directive (UE) 2019/2161 précitée envisage expressément des relations C2C, sous l'angle du « marché en ligne »¹²⁷ (à distinguer du « service d'intermédiation en ligne », art. 2 let. b Règlement [UE] 2019/1150 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne et qui met plutôt en avant la relation entre un consommateur et un professionnel¹²⁸)¹²⁹.

[61] Paradoxalement, et à tout le moins selon la conception traditionnelle, l'élargissement de la protection du consommateur peut même impliquer le rétrécissement de cette protection¹³⁰. Si une partie contractuelle est trop aisément qualifiée de consommateur, et que son vis-à-vis est également reconnu en tant que tel, on se retrouve face à un contrat C2C, constellation excluant généralement la protection (par ex. art. 32 al. 2 CPC [absence d'activité professionnelle ou commerciale du « professionnel »]; la question est plus controversée sous l'angle de l'art. 8 LCD¹³¹). Dans le contexte des marchés en ligne, il reste donc également d'importance que le consommateur sache s'il contracte avec un professionnel ou un autre consommateur¹³².

4. Consommation durable, protection de l'environnement et économie circulaire

[62] *Last but not least*, au consumérisme sans limites et à toute heure de la journée s'opposent les questions essentielles relatives au maintien de la biodiversité, au développement durable et, plus largement, à la protection de l'environnement¹³³. Dans ce contexte, loin d'être un acteur passif à la relation passée avec le professionnel, le rôle du consommateur devra nécessairement être

¹²⁵ KÜNZLER/RAUCH (n. 121), p. 127 : « *Hauptziel des europäischen Verbraucherrechts war seit je her, Verbrauchern möglichst klare und gezielte Informationen für ihre Kaufentscheidungen zur Verfügung zu stellen* ».

¹²⁶ Sur le déséquilibre entre parties comme élément du droit de la consommation, HUG (n. 1), N 202 ss. Comp. KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 149.

¹²⁷ L'art. 4 ch. 1 let. e 17) de la Directive 2019/2161 définit la « place de marché en ligne » comme « *un service utilisant un logiciel, y compris un site internet, une partie de site internet ou une application, exploité par le professionnel ou pour son compte qui permet aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec d'autres professionnels ou consommateurs* ».

¹²⁸ L'art. 2 ch. 2 let. a du Règlement (UE) 2019/1150 précise que les « services d'intermédiation en ligne » sont ceux qui « *permettent aux entreprises utilisatrices d'offrir des biens ou services aux consommateurs, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises utilisatrices et des consommateurs, que ces transactions soient ou non finalement conclues* ».

¹²⁹ KÜNZLER/RAUCH (n. 121), p. 129.

¹³⁰ KAUFMANN-MOHI/LOACKER (n. 2), p. 154.

¹³¹ CR LCD-PICHONNAZ (n. 2), art. 8 N 136.

¹³² KÜNZLER/RAUCH (n. 121), p. 129.

¹³³ Bert KEIRSILCK/EVELYNE TERRY/N/ANAÏS MICHEL/IVANO ALOGNA, Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation : In-Depth Analysis for the Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, European Parliament, Luxembourg 2020.

plus actif¹³⁴, la loi pouvant et devant servir d'impulsion pour atteindre une consommation plus durable¹³⁵.

[63] À cet égard, les bases de la réflexion vers un changement de paradigme économique et sociétal – celui d'une économie linéaire vers une économie circulaire¹³⁶ – se rattachent à la notion même de « consommateur »¹³⁷. Traditionnellement considéré exclusivement comme l'acheteur de produits neufs, la fonction du consommateur dans l'économie circulaire deviendra ainsi, tour à tour, notamment, celle d'acquéreur, d'utilisateur, de réparateur, de vendeur, de partageur et de collaborateur, ou encore de recycleur¹³⁸. Ces évolutions ne manqueront pas de soulever de nouvelles interrogations et problématiques, en particulier également dans le contexte de l'économie numérique.

[64] On peut encore mentionner la problématique de l'incidence écologique des moyens de protection traditionnels du consommateur et la question de savoir, dans quelle mesure, le développement durable (cf. art. 73 Cst.) et la protection de l'environnement (art. 74 Cst.) doivent être observés par les règles du droit de la consommation¹³⁹. Par exemple, un droit de révocation (droit de retour) gratuit est-il compatible avec l'impératif de protection de l'environnement ? Comment l'information sur l'impact environnemental d'un produit doit-elle être conçue ou comment s'évalue la phase de livraison du point de vue de la durabilité ? Ou encore, ne faudrait-il pas prioriser la possibilité d'une réparation par le professionnel en cas de défaut de la chose vendue ?

[65] On le voit, des réflexions fondamentales doivent intervenir, singulièrement afin de déterminer si la protection du consommateur ne devient en réalité pas plutôt celle, plus large, du citoyen (« le client »)¹⁴⁰. Les débats devront inévitablement s'articuler autour de la protection de la partie faible et, surtout, de son identification, ce qui pourrait à terme représenter le plus grand défi pour l'application d'une législation protectrice, et donc perçue par le vis-à-vis concerné comme interventionniste et induisant une atteinte à la liberté économique et contractuelle. En Suisse, une réflexion d'ensemble et cohérente entre, d'une part, le droit des obligations et des contrats et, d'autre part, le droit de la lutte contre la concurrence déloyale mériterait également d'être entreprise eu égard aux nouveaux développements technologiques et sociaux. À terme, le but est d'assurer la cohérence et une appréciation critique du système de protection du consommateur ou, plus largement, de la partie faible.

¹³⁴ BERT KEIRSBILCK/SANDRA ROUSSEAU, The Marketing Stage : Fostering Sustainable Consumption Choices, in : Bert Keirsbilck/Evelyne Terryn (édit.), *Consumer protection in a circular Economy*, p. 93–126, p. 115 ss exposent des obstacles comportementaux de la part des consommateurs en rapport avec l'économie circulaire ; VANESSA MAK/EVELYNE TERRY, *Circular Economy and Consumer Protection : The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law*, *Journal of Consumer Policy* 43 (2020), p. 227–248, p. 229.

¹³⁵ A ce sujet, MAK/TERRY (n. 134).

¹³⁶ MAK/TERRY (n. 134), p. 229 : « *The term circular economy concerns the use and re-use of the earth's resources in a continuous flow and is used as an opposite to the linear economy, in which resources are used to create goods and services and then discarded (Raworth 2017, p. 220 ; Webster 2017) ».*

¹³⁷ HANS W. MICKLITZ, *Squaring the Circle ? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, in : Bert Keirsbilck/Evelyne Terryn (édit.), *Consumer protection in a circular Economy*, p. 323–345, p. 345.

¹³⁸ ELÉONORE MAITRE-EKERN/CARL DALHAMMAR, *A Scandinavian Perspective on the Role of Consumers in the Circular Economy*, in : Bert Keirsbilck/Evelyne Terryn (édit.), *Consumer protection in a circular Economy*, p. 201–223, p. 204 et 214 ss.

¹³⁹ Sur ces questions, EVELYNE TERRY/ELIAS VAN GOOL, *The role of European consumer regulation in shaping the environmental impact of e-commerce*, Working paper, 18 novembre 2020.

¹⁴⁰ MAK/TERRY (n. 134), p. 227–248.

VI. Conclusion

[66] Alors, le consommateur, ectoplasme ou pas ? Comme tout juriste, on sera tenté de répondre : « ça dépend » !

[67] Du point de vue d'une approche générale du droit de la consommation, tel est certainement encore le cas, assurément en Suisse où il n'existe pas de définition générale du consommateur, mais uniquement des manifestations ponctuelles. On ne saurait toutefois en dire autant lorsqu'on s'intéresse plus en détail à chaque réglementation envisageant la protection de ce partenaire particulier – le consommateur – cherchant inlassablement son propre partenaire particulier – le professionnel. Dans ce contexte, les définitions se précisent, certes, mais impliquent souvent de nuancer la figure typique du consommateur, y compris parfois en tant que seule personne physique (ainsi dans la LVF et l'OIP).

[68] La relation entre le « consommateur » et le « professionnel » résulte généralement en une symbiose, un ballet juridique, où ces deux rôles se complètent et servent mutuellement de repères à l'interprète pour définir et identifier le contrat de consommation. Ces rôles traditionnellement considérés comme fixes pourraient cependant ne pas résister aux affres du temps qui passe ni aux inéluctables évolutions technologiques qu'elles entraînent. On observe ainsi une « dilution » progressive de ces rôles, notamment en faveur du *prosumer*, ce qui pourrait soulever de nouvelles interrogations quant à la nécessité d'intervenir dans une relation entre particuliers (C2C), également du point de vue de l'applicabilité de l'art. 8 LCD.

[69] La conception traditionnelle du consommateur – bien que n'ayant à ce jour pas émergé en une définition véritablement uniforme en Suisse – risque de connaître une mue considérable, dans un monde où un « consommateur » deviendra potentiellement de plus en plus difficilement identifiable, et aura des casquettes multiples. Il suffit de penser aux défis pour l'application de normes protectrices que représentent non seulement la Blockchain et les Smart Contracts, mais également l'interconnectivité constante, le caractère international très marqué des échanges, surtout en ligne, de même que les possibilités qui s'ouvrent au « consommateur » en tant que fournisseur de prestations (le *prosumer*). Les développements de l'IoT et de l'économie circulaire sont également à inclure ici.

[70] D'une manière quelque peu paradoxale, ces évolutions sociétales et technologiques (ainsi que les défis écologiques), en particulier la transition vers une économie numérique¹⁴¹ et une économie circulaire, pourraient-elles valider le choix de concepteurs du CO en faveur de la voie moniste, par opposition à une approche séparant (plus) strictement le droit civil général (en particulier le droit des obligations) du droit commercial ? L'ectoplasme, si tant est que le consommateur en soit un, n'aura-t-il été qu'une apparition passagère ? La protection du « consommateur » n'aura-t-elle finalement été qu'une étape vers un renforcement plus général de l'intervention du législateur et de la jurisprudence en faveur de la partie économiquement faible, voire du citoyen entendu en tant que « client »¹⁴² ?

¹⁴¹ REINER SCHULZE/DIRK STAUDENMAYER, in : Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer (édit.), EU Digital Law, Article by Article Commentary, Munster/Bruxelles 2020, p. 1 : « *Digitisation is one of the most important trends of the current century. It will change our economy and society as fundamentally as the industrial revolution did. Our economy is in a process of transition towards a digital economy* ».

¹⁴² Dans ce sens, MICKLITZ (n. 137), p. 345 : « *The move from the consumer to customer indicates the erosion of the old concept, the move from the consumer in the proper sense of the word to the citizen consumer points into the direction the new design of consumer law has to move* ».

[71] Seul l'avenir nous le dira, bien qu'il nous paraisse assez clair qu'on ne pourra à terme faire l'économie d'une réévaluation critique de la législation de protection des « consommateurs » ; selon toute vraisemblance, la (re)définition même du « consommateur » y aura une place de choix. En l'état, et pour conclure, on peut néanmoins retenir que le consommateur est une personne physique qui, d'une manière reconnaissable pour les tiers, en particulier pour son partenaire contractuel, acquiert un bien ou un service à des fins privées ou, à tout le moins, à des fins étrangères à son activité professionnelle ou commerciale¹⁴³.

DARIO HUG, Dr en droit, Avocat au barreau et Chargé d'enseignement en droit de la consommation à l'Université de Neuchâtel. Je remercie la Professeure Anne-Christine Fornage pour sa bienveillante relecture de la contribution.

¹⁴³ En rapport avec le contrôle des conditions générales par le droit des obligations, KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 2), p. 62 : « [...] dass unter einem Konsumenten eine natürliche Person zu verstehen ist, die – in für den Vertragspartner erkennbarer Weise – Waren oder Dienstleistungen für den persönlichen oder familiären Verbrauch bzw. Gebrauch erwirbt ».