DROITS DE LA CONSOMMATION ET DE LA DISTRIBUTION : LES NOUVEAUX DÉFIS

DROITS DE LA CONSOMMATION ET DE LA DISTRIBUTION : LES NOUVEAUX DÉFIS

Edité par
Blaise Carron et Christoph Müller

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

FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

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

ISBN 978-3-7190-3404-7

© 2013 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

Le droit de la consommation et le droit de la distribution sont souvent perçus comme des domaines juridiques largement indépendants. Un regard attentif sur les développements législatifs et jurisprudentiels récents démontre qu'au contraire ils sont complémentaires. Cet ouvrage aborde des thèmes actuels relatifs à l'une et à l'autre matière et souligne ainsi les avantages d'une approche globale, qui tient compte tant des besoins de protection des consommateurs que des conditions-cadres nécessaires pour une distribution efficace.

La première contribution décrypte les mécanismes du commerce électronique, dernier-né des modes de distribution pour lequel le législateur envisage actuellement une meilleure protection du consommateur (S. Marchand). Le deuxième article met l'accent sur un texte récent de droit public, la législation sur les risques de produits, dont les retombées en droit privé, aussi bien pour les consommateurs que pour les distributeurs, sont méconnues et sous-estimées (T. Bühler). Les deux études suivantes offrent d'une part un panorama et une comparaison systématique des différents contrats de distribution (C. Müller) et, d'autre part, une présentation des instruments, généraux et spécifiques, grâce auxquels le consommateur peut défendre ses intérêts lors de la formation du contrat (B. Carron). La dernière contribution apporte un éclairage procédural sur les actions collectives, plus particulièrement en matière de consommation (F. Bohnet).

La Faculté de droit, le CEMAJ et les éditeurs scientifiques de cet ouvrage tiennent à remercier les auteurs, les conférenciers et les participants à la journée du 24 mai 2013, en particulier Madame Leïla Saïd, assistante-étudiante à la Faculté de droit, qui a relu le manuscrit final, ainsi que Mesdames Sylvia Staehli, Mary-Claire Girola et Anouk Gillabert, secrétaires à la Faculté de droit, pour la relecture des textes, l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

Blaise Carron et Christoph Müller

Sommaire

Sylvain Marchand
Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève
Commerce électronique : la manifestation de volonté
au bout du doigt 1

Theodor Bühler
Avocat, Dr. en droit, professeur titulaire, privatdocent
en retraite à l'Université de Zurich
La législation sur les risques des produits, progrès pour les
consommateurs, nouveaux dangers pour les distributeurs 39

Christoph Müller
Professeur à l'Université de Neuchâtel
Les contrats de distribution 59

Blaise Carron
Professeur à l'Université de Neuchâtel
La protection du consommateur dans la conclusion d'un contrat 95

François Bohnet
Professeur à l'Université de Neuchâtel
Les actions collectives, spécialement en matière
de consommation 159

Abréviations

aCst.	(ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (aRS 1 p. 3)
aff.	affaire
al.	alinéa(s)
AnwG ZH	Anwaltsgesetz du Canton de Zurich du 17 novembre 2003 (RSZH 215.1)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BK	Berner Kommentar
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	comparer (conferre)
ch.	chiffre(s)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
consid.	considérant(s)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CoRo	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFI	Département fédéral de l'intérieur
doc.	Document

DPC	Directives de l'OFAS concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
etc.	et caetera
FF	Feuille fédérale
in	dans
infra	ci-dessous
JdT	Journal des tribunaux
JO	Journal officiel
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre
lit.	littera
n.	note
N	numéro(s) de paragraphe
not.	notamment
p.	page(s)
par.	paragraphe(s)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse

RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	Semaine judiciaire
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
supra	ci-dessus
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
Tit. fin.	Titre final

La protection du consommateur lors de la formation du contrat

par

Blaise Carron

Professeur à l'Université de Neuchâtel*

Introduction 98
I. Les fondements 99
A. La formation du contrat 99
1. La notion 99
2. Les distinctions 99
3. Les délimitations 100
B. Le droit contractuel de la consommation 101
1. Le consommateur 101
2. Le but et les sources du droit de la consommation 104
3. Le contrat de consommation 105
C. La protection contractuelle du consommateur 107
1. Les causes du besoin de protection 107
2. Les moyens de protection contractuels 108

* Je remercie Me Leonor Acker-Hernández, assistante-doctorante à la Faculté de droit de Neuchâtel, pour l'aide précieuse qu'elle m'a apportée lors des recherches et lors de la mise au point de cette contribution.

II. Le droit classique des obligations 109
A. Les devoirs d'information précontractuels 110
1. Les généralités 110
2. Les instruments de protection 112
a) L'instrument relatif au contenu du contrat : l'interprétation selon le principe de la confiance 112
b) Les instruments relatifs à la validité du contrat 115
3. Quelques règles particulières 119
a) Les devoirs d'information dans la LCA 119
b) Les devoirs d'information dans le commerce électronique 120
B. Le régime des conditions générales 121
1. Les généralités 121
2. Les instruments de protection 123
a) L'intégration des conditions générales et la règle de l'insolite 123
b) L'interprétation contra stipulatorem *126*
C. Quelques autres instruments 127
1. Les dispositions contenant une lacune de délégation 127
2. Les présomptions du CO visant des clientèles grand public 128
3. Le droit de révocation dans la vente avec paiements préalables 128
III. Les instruments spécifiques du droit de la consommation 129
A. En relation avec la conclusion du contrat 129
1. Les devoirs d'information précontractuels 129
a) Les généralités 129
b) Les catégories 131
c) Les conséquences de la violation du devoir d'informer 133
2. Les droits de révocation 135
a) Les généralités 135
b) Les catégories et les modalités 137
c) Les conséquences 139

B. En relation avec le contenu du contrat 142
1. Les normes (relativement) impératives 143
2. Le contrôle du contenu des conditions générales (art. 8 LCD) 144
a) Les généralités *144*
b) Le champ d'application *145*
c) Les conditions *149*
d) Les conséquences *151*
C. En relation avec la validité du contrat 152
1. Les exigences de forme 152
a) Les généralités *152*
b) Les catégories et les modalités *153*
c) Les conséquences de la violation *154*
2. Les exigences de contenu 155
3. Les exigences relatives au consentement 156
IV. Conclusion 157

Introduction

1. Après des débuts prometteurs[1], la dynamique législative visant à protéger les consommateurs s'est quelque peu essouflée au cours de la seconde moitié des années 2000 : le Conseil fédéral et le Parlement ont alors enterré divers projets visant à harmoniser le droit suisse de la consommation avec les standards européens[2]. Même si, depuis lors, deux projets modestes ont abouti[3] et si d'autres sont en cours d'élaboration[4], il nous semble opportun de faire le point sur la protection du consommateur en relation avec la formation du contrat, en tâchant de tenir compte de l'ensemble des moyens à disposition du praticien. Après quelques fondements (I.), nous présenterons les outils du droit classique des obligations (II.) et les instruments spécifiques du droit de la consommation (III.).

---

1 Notamment l'adoption de l'art. 31sexies aCst. féd. (devenu l'art. 97 Cst. féd.), de la LCD de 1986, de la LDIP de 1987 (art. 114 et 120 LDIP), de la LIC de 1992, du paquet Swisslex de 1992 (LVF, LCC, LRFP, art. 40*a* ss CO) et de la révision de la LCC en 2001.

2 En 2005, le Conseil fédéral a enterré coup sur coup le projet de loi sur le commerce électronique et la révision y relative du CO et le projet de modification de la loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs. Une année plus tard, la Commission des affaires juridiques du Conseil national proposait le classement du projet concernant le « droit d'utilisation d'immeubles en temps partagé » (art. 40*g* à 40*k* CO), ce que fit le Conseil national le 22 juin 2007.

3 Il s'agit de deux révisions ponctuelles concernant une ou deux dispositions particulières. La première concerne l'art. 8 LCD sur le contrôle du contenu des conditions générales abusives (RO 2011 4909 ; FF 2009 5539) et est entrée en vigueur le 1er juillet 2012. La seconde porte sur les art. 210 et 371 CO concernant la prolongation et la coordination des délais de prescription de la garantie pour défauts dans le contrat de vente et le contrat d'entreprise (RO 2012 5415 ; FF 2100 2699), entrée en vigueur le 1er janvier 2013.

4 P. ex. l'avant-projet de révision du droit de la révocation du 23 août 2012, consultable à « http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/06-441/Documents/vorentwurf-rk-06-441-2012-08-23-f.pdf » (18.04.2013).

I. Les fondements

A. La formation du contrat

2. La présente contribution se concentre sur les outils à disposition du consommateur lors de la *formation du contrat*. Il est donc nécessaire de préciser cette notion (1.) et de procéder à quelques distinctions (2.) et délimitations (3.).

1. La notion

3. La *formation* du contrat est régie par les articles 1 à 40*f* CO. Si l'on ignore le sous-titre concernant la représentation (art. 32 à 40 CO), ces dispositions traitent de la conclusion (art. 1 à 10 CO), de la forme (art. 11 à 16 CO) et de l'objet du contrat (art. 19 à 22 CO) avant d'aborder les vices du consentement (art. 23 à 31 CO) et la conclusion des contrats de démarchage à domicile (art. 40*a* à 40*f* CO).

4. Un contrat valablement formé et qui produit des effets présuppose d'une part l'*existence* (*infra* N 6) d'un accord des volontés et d'autre part la *validité* (*infra* N 7) de ce contrat[5].

2. Les distinctions

5. La formation du contrat comprend *deux étapes* principales :

6. La première est l'*existence* du contrat. Pour exister, il faut un accord venu à chef avec un contenu minimum.
La *venue à chef* de l'accord peut résulter de l'identité des volontés internes des parties ; on parle alors d'accord de fait (art. 18 al. 1 CO). Malgré la divergence des volontés internes, le juge peut appliquer le principe de la confiance et constater un accord de droit

---

5 TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012, N 481 ss ; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, N 286 ss.

entre les parties.
L'accord doit porter sur un *contenu* minimum, suffisamment déterminé ou déterminable[6]. Il rassemble les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat (art. 2 al. 1 CO)[7], c'est-à-dire ceux qui doivent être présents dans l'esprit des parties pour qu'un accord ait un contenu suffisamment précis[8].

7. La seconde étape insiste sur les aspects légaux : on parle de la *validité* de l'accord. Le contrat doit notamment être exempt de vices de forme (art. 11 ss CO), de l'objet (art. 19 ss CO) et du consentement (art. 21 et 23 ss CO).

3. Les délimitations

8. En principe, la présente contribution ne traite pas des éléments relatifs à l'exécution (art. 68 ss CO), à l'inexécution (art. 97 ss CO) et à l'extinction du contrat (art. 114 ss CO).

9. L'essentiel des instruments à disposition du consommateur concerne la formation du contrat. Néanmoins, comme toute partie à un contrat, il bénéficie des *instruments du droit classique* des obligations relatifs aux effets (art. 69 ss CO) et à l'extinction des obligations ; art. 114 ss CO) ainsi que des dispositions spéciales correspondantes.

10. Le droit de la consommation prévoit également certains *instruments spécifiques* concernant l'exécution, l'inexécution et l'extinction des contrats. On pense premièrement à l'art. 210 al. 4 CO, en vigueur depuis le 1er janvier 2013, qui prévoit la nullité d'une clause de garantie pour les défauts contenant un délai de prescription inférieur à deux ans (une année pour les choses d'occasion) dans le cadre d'un contrat de consommation portant sur une vente mobilière[9].

---

6 P. ex. ATF 84 II 266 consid. 2.

7 P. ex. ATF 103 II 190, *passim*.

8 TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 569, qui parlent d'accord « autonome » et « homogène ». Eg. ATF 103 II 190, consid. 1.

9 Pour plus d'informations, cf. la critique d'ERNST A. KRAMER, recht 2013, p. 52, qui relève l'incohérence flagrante entre le nouvel alinéa 4 de l'art. 210 CO et l'article 199 CO qui reste inchangé, de sorte que des délais de prescription

Deuxièmement, la LCC impose un régime particulier pour la résiliation anticipée du crédit à la consommation (art. 17 et 37 LCC)[10]. Troisièmement, l'art. 18 al. 1 et 2 LCC complète le régime de la demeure en n'autorisant une résolution du contrat de la part du prêteur ou du donneur de leasing que si le consommateur est en retard pour un montant minimal[11]. Quatrièmement, l'art. 16 LVF prévoit une nullité partielle des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité[12]. Ces outils ne seront pas développés plus en détail ci-après.

11. Enfin, la présente contribution n'aborde en principe pas non plus les *aspects procéduraux* de la protection du consommateur[13].

B. Le droit contractuel de la consommation

1. Le consommateur

12. La notion de consommateur ne connaît *pas de définition uniforme,* que ce soit dans la législation, dans la pratique ou dans les écrits scientifiques. Cette situation est regrettable car elle permettrait une

---

inférieurs à deux ans sont nuls alors que l'exclusion de garantie reste possible. Cf. ég. FF 2011 2699 et 3655.

10 L'art. 17 al. 2 LCC prévoit que les intérêts doivent être remis et que les frais afférents à la durée non utilisée du crédit doivent être réduits. A ce sujet, cf. MARCHAND SYLVAIN, Droit de la consommation : le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genève 2012, p. 219 ; cf. ég. KOLLER-TUMLER MARLIS, Konsumkreditverträge nach revidiertem KKG – eine Einführung, *in* : Brunner/ Rehbinder/Stauder (édit.), Annuaire de droit suisse de la consommation, Berne 2003, p. 3 – 49.

11 STAUDER BERND, Konsumkreditrecht, *in* : Kramer (édit.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Bâle 2008, p. 217-290.

12 10% du montant net du crédit ou du paiement au comptant ou, en cas de leasing, trois redevances mensuelles.

13 A ce sujet, cf. la thèse de doctorat récente de FORNAGE ANNE-CHRISTINE, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant : étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand, Fribourg 2010, *passim*. Cf. ég., dans le présent ouvrage, la contribution de BOHNET FRANÇOIS, Les actions collectives, spécialement en matière de consommation, p. 159 ss.

délimitation uniforme du champ d'application du droit de la consommation[14].

13. Le *législateur* a retenu les approches suivantes :
Certains textes, comme la LCD, ne contiennent *aucune définition* du concept de consommateur.
Les lois matérielles retiennent en principe une définition plutôt large. L'art. 2 al. 3 let. e LVF est le plus généreux en qualifiant de consommateur « toute personne qui conclut ou s'engage à conclure le forfait ». Cette définition englobe les personnes physiques et morales, quel que soit le but, professionnel ou privé, de la conclusion du contrat[15]. L'art. 40*a* CO propose une définition *positive* où le consommateur est celui qui conclut un contrat « portant sur des choses mobilières ou des services destinés à un usage personnel ou familial »[16]. L'art. 3 LCC adopte une définition *négative* en qualifiant de consommateur « toute personne physique qui conclut un contrat […] dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle »[17]. Dans un arrêt du 26 février 2013 relatif à la LCC, le *Tribunal fédéral* a précisé la notion de « but pouvant être considéré comme étranger à l'activité commerciale ou professionnelle » du consommateur : il a jugé qu'un prêt destiné à financer des études n'était pas étranger à l'activité commerciale ou professionnelle d'un étudiant et que celui-ci ne pouvait donc pas se prévaloir de la qualité de consommateur[18].

---

14 Dans ce sens, MARCHAND (n. 10), p. 28.

15 RAPIN CHRISTOPHE/WESSNER PIERRE, Les contrats du consommateur en Suisse, *in* : Le consommateur, Bruxelles et Paris 2010, p. 229 ss, N 28 et les références contenues.

16 Le caractère positif découle du fait que le but doit être lié à un usage personnel ou familial. A ce sujet, cf. arrêt du TF 5A_545/2011 du 24 octobre 2011 consid. 4.2, qui discute la notion d'usage personnel et familial.

17 Le caractère négatif ressort du fait que le but *ne* peut *pas* être professionnel ou commercial. Cf. ég. l'art. 2 al. 2 OIP, selon lequel « [e]st réputée 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 ».

18 Arrêt du TF 4A_575/2012 du 26 février 2013 consid. 2.1 et 2.5.

14. D'autres sources, principalement de droit formel, privilégient une approche plus *restrictive*. C'est le cas des règles de procédure civile sur les fors (art. 32 al. 2 CPC[19]) et de droit international privé sur le droit applicable (art. 120 al. 1 LDIP[20]). Une partie n'est un consommateur que si la transaction concernée porte sur une prestation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux[21].

15. La *doctrine* propose plusieurs approches[22].
D'un point de vue historique, les critères de rattachement étaient à la fois *subjectifs* et *objectifs*. Ainsi, l'application des règles sur la vente à tempérament[23] – l'ancêtre du droit sur le crédit à la consommation – dépendait de l'inscription ou non de l'acheteur au registre du commerce (critère subjectif) et de la nature de l'objet vendu (critère objectif).
Dépassant les lacunes de cette théorie, l'approche moderne est *structuraliste téléologique*[24] : elle s'intéresse au déséquilibre structurel et

---

19 Art. 32 al. 2 CPC : « Sont réputés contrats conclus avec des consommateurs les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur et qui a été offerte par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

20 Art. 120 al. 1 LDIP : « Les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par […] » Cf. toutefois l'art. 15 al. 1 CL qui prévoit une définition négative ne retenant pas le critère de la prestation courante.

21 N'importe quel type de prestation correspondant aux besoins usuels peut être « de consommation courante », toutefois, la valeur de l'objet et les circonstances du cas d'espèce doivent être pris en compte. L'achat d'un véhicule de CHF 190'000.- ne constitue toutefois pas, selon le TF, une prestation de consommation courante (ATF 132 III 218). Cf. CPC-HALDY, Art. 32 N 6 ss.

22 Pour une présentation détaillée, cf. MARCHAND (n. 10), p. 15 ss et les nombreuses références contenues.

23 Art. 226*a* ss aCO, en particulier art. 226*m* al. 4 aCO (introduit par le ch. I de la LF du 23 mars 1962 [RO 1962 1082 ; FF 1960 I 537] ; abrogé par le ch. II 1 de l'annexe 2 à la LF du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation, avec effet au 1er janv. 2003 [RO 2002 3846 ; FF 1999 2879].

24 Dans ce sens, PICHONNAZ PASCAL, La protection du consommateur en droit des contrats : le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier, *in* : Thévenoz/Reich (édit.), Droit de la consommation, Liber amicorum Bernd Stauder, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 323-341, p. 326 et les

se concentre ainsi sur les buts du droit contractuel de la consommation[25]. Dans ce contexte, les auteurs distinguent les définitions positive et négative (supra N 13).

16. Pour cette contribution, nous retiendrons une définition inspirée de la Directive européenne la plus récente, qui a pour vocation de simplifier et d'actualiser les règles applicables et d'en éliminer les incohérences[26]. Par consommateur, nous entendons *toute personne physique qui envisage de conclure un contrat ou qui conclut celui-ci avec un professionnel, fournisseur de biens ou de services, à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*[27].

2. Le but et les sources du droit de la consommation

17. Le droit de la consommation *en général* poursuit *plusieurs buts* complémentaires[28], parmi lesquels figurent la santé et la sécurité du consommateur, son autonomie en tant qu'acteur du marché ainsi que la protection de ses intérêts économiques, juridiques[29] et politiques[30].
Le droit *contractuel* de la consommation protège avant tout les *intérêts*

---

références contenues. Eg. BRUNNER ALEXANDER, Konsumverträge – Begriff, Typologie und wirtschaftsrechtliche Bedeutung, *in* : Brunner/Rehbinder/Stauder (édit.), Annuaire de droit suisse de la consommation, Berne 2007, p. 3-45, p. 12 s.

25 BRUNNER (n. 24), p. 14 ss, en particulier p. 16, qui favorise cette dernière définition ; PICHONNAZ PASCAL, Les contrats dans le droit de la consommation, *in* : Braun (édit.), Actualités du droit des contrats. Le contrat à la croisée des chemins, Lausanne 2008, p. 45-78, p. 60, qui utilise cette expression.

26 Art. 2 ch. 1 Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1944/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOCE L 304/64 du 22 novembre 2011.

27 Cf. ég. MARCHAND (n. 10), p. 29 ; PICHONNAZ (n. 24), p. 326.

28 BRUNNER (n. 24), p. 8 s. Eg. PICHONNAZ (n. 24), p. 327 s.

29 Il s'agit des règles spécifiques pour la résolution des litiges (à ce sujet, cf. FORNAGE [n. 13], *passim*).

30 Il s'agit des mécanismes permettant la participation et la représentation des consommateurs dans les processus législatif et administratif.

économiques du consommateur avec un objectif de justice contractuelle[31]. Il limite en cela le principe de la liberté contractuelle, mais les restrictions qu'il impose visent à donner toute sa signification à la volonté exprimée par le consommateur éclairé[32].

18. En droit suisse, ces buts sont poursuivis par plusieurs *sources*[33]. La base constitutionnelle est l'art. 97 Cst. féd., qui prévoit notamment que « [l]a Confédération prend des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices »[34]. Ce mandat constitutionnel est mis en œuvre dans plusieurs lois et ordonnances fédérales, qui concernent notamment les contrats de démarchage (art. 40*a* ss CO), la vente (art. 6*a* et 210 al. 4 CO), la location de biens mobiliers (art. 266*k* CO), le courtage matrimonial (art. 406*a* ss CO), le crédit à la consommation (LCC), les voyages à forfait (LVF), les pratiques commerciales déloyales et l'information du consommateur (LCD, LIC, OIP), la sécurité des produits (LSPro, OSPro), la responsabilité du fait des produits (LRFP), les règles de procédure (art. 32 CPC et 243 ss CPC) et les règles de droit international privé (art. 114 et 120 LDIP, art. 15 ss CLug.).

3. Le contrat de consommation

19. Le *contrat de consommation* est un contrat conclu avec un consommateur, au sens où nous l'avons défini ci-dessus (*supra* N 16)[35]. Il se caractérise par le fait qu'il réunit un professionnel et un consommateur, que l'objet ou la prestation contractuelle vise à

---

31 BRUNNER (n. 24), p. 9 ; PICHONNAZ (n. 25), p. 62. Pour plus de détails, cf. *infra* N 19 ss.

32 TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 538.

33 Pour une liste plus détaillée, cf. MARCHAND (n. 10), p. 43 ss et le tableau synoptique, p. 53 ss. Eg. BRUNNER (n. 24), p. 32.

34 A ce sujet, cf. p. ex. KOLLER-TUMLER MARLIS, E-Banking und Konsumentenschutz, *in* : Wiegand (édit.), E-Banking : Rechtliche Grundlagen, Berne 2002, p. 143-180, p. 148.

35 MARCHAND (n. 10), p. 15. Pour une analyse détaillée, mais quelque peu dépassée, SCHMELZER MIKAEL, Der Konsumentenvertrag : Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur unter Berücksichtigung des IPR und der europäischen Rechtsangleichung, Thèse, Coire/Zurich 1995.

répondre à un besoin non professionnel du consommateur et que les dispositions spécifiques qui lui sont applicables répondent à un but de protection du consommateur[36].

20. Le droit contractuel suisse de la consommation est *influencé par son homologue européen,* et cela à au moins deux points de vue[37].
Premièrement, le *législateur* suisse a transposé toute une série de directives européennes. Ces textes constituent aujourd'hui le fondement du droit suisse de la consommation[38]. Il subsiste néanmoins des différences importantes : à plusieurs reprises ces dernières années, le législateur suisse a refusé de reprendre totalement ou partiellement le droit européen de façon autonome. Ce fut le cas pour les contrats à distance, le commerce électronique, le *time sharing* ou, plus récemment, pour les clauses abusives[39]. Ces choix laissent augurer d'une plus grande indépendance de la Suisse vis-à-vis de l'UE en matière de droit de la consommation. Le droit suisse contient en outre quelques spécificités inconnues du droit européen, au nombre desquelles figurent les règles sur le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406*a* ss CO) ainsi que la location d'une chose mobilière (art. 266*k* CO).
Deuxièmement, la *jurisprudence* du Tribunal fédéral favorise une harmonisation autonome dynamique du droit suisse au droit européen[40]. Dans plusieurs arrêts[41], le Tribunal fédéral a affirmé que, si le législateur suisse avait adopté des règles compatibles avec le

---

36 Dans ce sens, ATF 121 III 336 consid. 5.d, JdT 1996 I 78. Eg. ATF 132 III 268 consid. 2.2.2, JdT 2006 I 564.

37 KOLLER-TUMLER MARLIS, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, *in* : Kramer (édit.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Bâle 2008, p. 1-108, p. 86 ; PICHONNAZ (n. 25), p. 48 s.

38 Il s'agit notamment de la LVF, de la LCC, des art. 40*a-f* CO. MARCHAND (n. 10), p. 43 ss.

39 Cf. notamment MARCHAND (n. 10), p. 46 ss ; PICHONNAZ (n. 24), p. 325 s.

40 PICHONNAZ PASCAL, Le centenaire du Code des obligations, RDS 130 (2011) II, p. 117 ss, p. 201.

41 ATF 129 III 335 consid. 6, JdT 2003 II 75 ; ATF 130 III 182 consid. 5.5.1, JdT 2005 I 3.

droit européen, leur interprétation devait en principe être conforme à celle des instances judiciaires européennes.

C. La protection contractuelle du consommateur

1. Les causes du besoin de protection

21. Les contrats de consommation, en particulier le fait qu'ils impliquent un professionnel et un consommateur, mettent en évidence un *double déséquilibre*[42], qui justifie la protection du consommateur lorsqu'il permet au professionnel d'obtenir des avantages incompatibles avec la bonne foi contractuelle[43] :

22. 1° Un déséquilibre *informationnel*[44]. En raison d'une meilleure organisation, d'un niveau de connaissances spécifiques plus élevé et de la spécialisation dans la production et la commercialisation d'un type de produits ou de services, le professionnel dispose d'informations que le consommateur n'a ni les moyens ni le temps nécessaire d'acquérir[45].

23. 2° Un déséquilibre *structurel*. Même si l'on a affaire à un consommateur éclairé qui dispose d'un niveau d'informations suffisant, un déséquilibre structurel subsiste souvent en raison de la position économique des parties lors des pourparlers contractuels ainsi que lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat de consommation[46].

---

42 Cf. SGK-JACOBS RETO, Art. 97 Cst. N 2. Eg. PICHONNAZ (n. 24), p. 328 s.

43 PICHONNAZ (n. 25), p. 67.

44 Cf. ég. VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Thèse, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 310 s.

45 BRUNNER (n. 24), p. 17.

46 Dans ce sens, RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 24.

2. Les moyens de protection contractuels

24. *Deux moyens* principaux permettent de rétablir l'équilibre entre les parties au contrat de consommation :

25. 1° L'*amélioration de l'information*. Elle peut avoir, d'une part, un rattachement *subjectif*. L'information doit être communiquée à une personne spécifique, soit en vertu du principe général de la bonne foi contractuelle applicable au cas concret (*infra* N 34 ss), soit en raison de règles spéciales visant à protéger abstraitement sa qualité de consommateur (*infra* N 102 ss).
L'amélioration de l'information peut avoir, d'autre part, un rattachement *objectif*[47]. Le facteur déclencheur est la production ou la mise en circulation d'un bien ou l'offre d'un service. Le devoir d'informer est imposé à l'offreur[48] ou à des organes administratifs[49]. Ces renseignements visent à améliorer la transparence du marché et profitent à tous, y compris au consommateur[50]. Ils concernent aussi bien les qualités du bien ou du service que son prix (art. 16 ss LCD et OIP). Les instruments favorisant la transparence du marché ne feront pas l'objet de développements plus détaillés dans la présente contribution[51].

26. 2° Les *normes contractuelles*, souvent impératives. Elles relèvent à la fois du droit classique des obligations (*infra* N 43 ss) et du droit spécifique de la consommation (*infra* N 134 ss). Ces dispositions

---

47 BRUNNER (n. 24), p. 19 ss ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 44), p. 298 ss et 307 ss ; KOLLER-TUMLER (n. 37).

48 P. ex. l'art. 14 LMetr, l'art. 2 LIC et, pour les denrées alimentaires, l'art. 20 al. 1 LDA. L'imposition de communiquer peut aussi découler de conventions de droit privé (art. 3 LIC).

49 Cf. art. 10 LSPRo. A ce sujet, cf., dans le présent ouvrage, la contribution de BÜHLER THEODOR, La législation sur les risques des produits, progrès pour les consommateurs, nouveaux dangers pour les distributeurs, p. 39 ss.

50 HARTMANN STEPHAN, Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Thèse, Fribourg 2001, p. 72.

51 Pour une présentation plus détaillée, cf. HARTMANN (n. 50), p. 72 ss ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 44), p. 298 ss et 307 ss ; KOLLER-TUMLER (n. 37).

exigent une certaine forme, interdisent ou prescrivent un certain contenu ou prévoient un droit de révocation du consommateur[52].

27. Les *instruments spécifiques* du droit contractuel de la consommation interviennent lorsque les outils classiques du droit des obligations se révèlent inefficaces. On peut faire à ce sujet deux commentaires :

28. 1° Le droit de la consommation est *fragmentaire*. Le législateur n'a pas édicté de droit général de la consommation mais s'est contenté d'une série d'interventions ponctuelles[53]. Celles-ci concernent aussi bien la formation, les effets ou l'extinction de certaines obligations contractuelles que les aspects procéduraux.

29. 2° Le droit de la consommation *s'applique à tous les consommateurs*, y compris à ceux qui n'en auraient pas besoin[54]. Les outils ne se fondent plus sur une identification concrète des besoins de protection d'une partie, mais admettent abstraitement leur existence en raison de l'implication d'un consommateur.

II. Le droit classique des obligations

30. La seconde partie de cette contribution est consacrée aux *outils classiques* du droit des obligations qui permettent, directement ou indirectement, d'assurer une protection du consommateur lors de la formation du contrat. La présentation de ces instruments met l'accent sur la manière dont le statut de consommateur peut influencer leur mise en œuvre.

31. Ces instruments classiques ont une *fonction importante* lors de la formation d'un contrat de consommation pour au moins deux raisons. Premièrement, vu le caractère fragmentaire du droit de la consommation (*supra* N 28), ils permettent de protéger les intérêts d'un consommateur dans de nombreuses situations non réglées par le droit spécial de la consommation. Deuxièmement, les développements du droit classique des obligations – en particulier

52 MARCHAND (n. 10), p. 39.
53 KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 162.
54 KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 160.

l'importance croissante de la justice contractuelle aux dépens de l'autonomie de la volonté[55] – permettent une intervention toujours plus incisive du juge. Le consommateur qui parvient à établir concrètement[56] l'existence des déséquilibres (informationnel et structurel) typiques des contrats de consommation (*supra* N 21 ss) ne fait que faciliter une telle intervention judiciaire.

32. Nous traiterons deux outils principaux : les devoirs d'information précontractuels (A.) et le régime des conditions générales (B.). Dans une troisième partie, nous mentionnerons quelques instruments supplémentaires (C.).

A. Les devoirs d'information précontractuels

33. Après quelques généralités sur les devoirs d'information précontractuels (1.), nous présenterons les instruments classiques protégeant le consommateur d'une violation de ces obligations commise par le professionnel (2.) ainsi que quelques règles particulières (3.).

1. Les généralités

34. Le droit classique des obligations ne prévoit en principe pas d'obligation d'information avant la conclusion d'un contrat[57]. Toutefois, les parties en pourparlers doivent respecter l'*obligation de bonne foi objective* prévue à l'art. 2 al. 1 CC[58]. Ce principe général impose un devoir de renseigner le cocontractant à certaines conditions.

35. L'existence et l'étendue du devoir d'information dépend des *circonstances concrètes*. Il faut notamment tenir compte de la nature du

---

55 PICHONNAZ (n. 40), p. 180.

56 Comparer avec les instruments spécifiques du droit de la consommation (*infra* N 100).

57 HARTMANN (n. 50), p. 25 et les références contenues.

58 ATF 108 II 305 consid. 2.d, JdT 1983 I 608.

contrat, du déroulement des négociations ainsi que des intentions et des connaissances des parties impliquées[59].

36. Un devoir d'information du professionnel vis-à-vis d'un consommateur n'existe que si quatre *conditions* cumulatives sont concrètement réunies[60] :

37. 1° Le professionnel détient ou devrait détenir l'information en question.

38. 2° Le fait est inconnu du consommateur et celui-ci n'est pas censé le connaître. Le professionnel doit en outre pouvoir identifier ce déficit informationnel (caractère reconnaissable de l'ignorance).

39. 3° Le professionnel sait ou devrait savoir que l'information est importante pour le consommateur (caractère reconnaissable de l'importance de l'information).

40. 4° Le professionnel ne peut faire valoir un intérêt supérieur à celui du consommateur, qui l'autoriserait à conserver le secret.

41. Malgré le fait que les devoirs d'information précontractuels s'appliquent à tous et qu'ils requièrent une analyse concrète des circonstances, ils permettent une *protection particulière du consommateur* dans la mesure où leur étendue dépend des connaissances des parties (*supra* N 35). Dès lors, la deuxième condition – le caractère reconnaissable du besoin d'information du cocontractant – est d'autant plus facilement établie que le déséquilibre informationnel entre les parties est important. Les besoins de protection typiques (*supra* N 21) du consommateur, s'ils sont établis dans le cas concret, influencent directement l'étendue des devoirs d'information du professionnel.

42. Contrairement à une partie de la doctrine[61], nous sommes d'avis que l'art. 97 Cst. féd. et les déséquilibres à l'origine du droit de la

---

59 ATF 105 II 75 consid. 2.a, JdT 1980 I 66. Pour des explications détaillées, cf. VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 44), p. 311 s.

60 HARTMANN (n. 50), p. 30 s. et les références jurisprudentielles contenues.

61 Cf. notamment BRUNNER ALEXANDER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, PJA 1992, p. 591 ss, p. 600.

consommation n'imposent pas généralement et abstraitement des devoirs d'information fondés sur l'obligation de bonne foi[62]. Il faut examiner chaque situation concrète et établir si les conditions d'application (*supra* N 36 ss) sont remplies.

2. Les instruments de protection

43. *Plusieurs instruments* du droit classique des obligations protègent le consommateur lorsque le professionnel a violé les devoirs d'information requis par le principe de bonne foi.

44. Le premier est la *responsabilité précontractuelle (culpa in contrahendo)*[63]. Si le contrat n'est pas conclu, le consommateur lésé peut agir contre le professionnel en réparation de son dommage[64]. A cette occasion, il peut exiger la réparation de son intérêt négatif, c'est-à-dire d'être remis dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne s'il n'avait pas entamé ou poursuivi de pourparlers contractuels[65].

45. Conformément au champ d'investigation fixé, nous nous limitons aux instruments entourant la formation du contrat. Nous traiterons successivement des outils relatifs au contenu (a.) et à la validité (b.) du contrat.

a) L'instrument relatif au contenu du contrat : l'interprétation selon le principe de la confiance

46. L'interprétation des manifestations de volonté peut révéler un dissentiment caché, c'est-à-dire que le professionnel et le

---

62 Il en va différemment des devoirs d'information découlant de la législation spéciale du droit de la consommation (cf. *infra* N 102 ss). Dans le même sens, HARTMANN (n. 50), p. 51 ss.

63 A ce sujet, cf. KUONEN NICOLAS, La responsabilité précontractuelle, Thèse, Fribourg/Zurich 2007, p. 381 ss. En relation avec le consommateur, BRUNNER (n. 24), p. 19.

64 TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 645.

65 VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 44), p. 406. Certains exigent que le consommateur soit remis dans la situation dans laquelle où il se trouverait s'il avait été correctement informé (HARTMANN [n. 50], p. 125 s.).

consommateur se sont exprimés de manière concordante mais qu'ils n'ont pas eu la même compréhension des déclarations échangées[66]. Il y a alors désaccord des volontés internes et absence de réelle et commune intention des parties, tels que le retient l'art. 18 al. 1 CO. Selon la méthode appliquée par le Tribunal fédéral[67], l'analyse ne peut s'arrêter à la constatation de l'absence d'un accord de fait, il faut encore se demander s'il existe un *accord de droit* découlant du principe de la confiance.

47. En application du *principe de la confiance*, un contrat de consommation est conclu selon la volonté présumée des parties, c'est-à-dire conformément au sens qu'elles pouvaient et devaient donner à leurs manifestations de volonté selon les règles de la bonne foi objective[68].

48. Pour procéder à cette interprétation normative, le juge doit d'une part analyser le contenu des manifestations de volonté et, d'autre part, se pencher sur le contexte de cet échange, à savoir les circonstances antérieures et concomitantes à la conclusion du contrat[69]. Il doit se mettre à la place du destinataire de la déclaration, en tenant notamment compte de ses *connaissances personnelles et professionnelles*[70]. Si l'interprétation selon le principe de la confiance rejoint celle dont se réclame le destinataire, elle est adoptée comme si elle exprimait la volonté commune des parties[71].

49. Dans les contrats de consommation, il existe un *rapport étroit entre le principe de la confiance* et *l'information précontractuelle*. En effet, il est courant que la manifestation de volonté émane du professionnel, le

---

66 CoRo-WINIGER, Art. 18 CO N 138.

67 ATF 137 III 362 consid. 3.2.1, JdT 2012 II 116 ; ATF 126 III 375 consid. 2.e, JdT 2001 I 161.

68 TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 590.

69 ATF 133 III 61 consid. 2.2, JdT 2008 I 74 ; 130 III 686 consid. 4.3.1, JdT 2005 I 247.

70 ATF 129 III 702 consid. 2.4, JdT 2004 I 535. Le TF affirme même que, si le destinataire ne connaît pas la matière contractuelle, l'interprétation normative ne permet de retenir une solution atypique que s'il ressort clairement que le destinataire l'a bel et bien comprise, en dépit du texte pourtant clair du contrat (ATF 129 III 702 consid. 2.4.3, JdT 2004 I 535).

71 WINIGER (n. 66), N 140.

consommateur se contentant d'accepter son offre sans pouvoir en discuter le contenu. En cas d'absence d'accord de fait, la manifestation de volonté du professionnel ne s'interprète pas selon sa propre compréhension, mais selon la signification que pouvait et devait raisonnablement lui attribuer le consommateur. Ce sens se détermine en tenant compte de l'ensemble des circonstances, notamment du degré d'information du destinataire de l'offre, qui est en principe inférieur à celui du professionnel (*supra* N 21)[72].

50. Par *exemple*, le principe de la confiance protège un acheteur de voiture inexpérimenté auquel le vendeur n'a pas expliqué le sens de l'expression « sortant de l'usine/neuf ». Le Tribunal fédéral a précisé que le sens donné par des experts ou des services officiels n'est pas pertinent, mais bien le sens commun que pouvait lui attribuer raisonnablement l'acheteur-consommateur, dont les connaissances sont inférieures à celle du vendeur-professionnel, des experts et des services administratifs. Dès lors, la désignation d'une voiture comme « sortant de l'usine/neuve » ne peut, selon le principe de la confiance, être comprise comme un véhicule certes jamais mis en circulation mais importé trois ans avant la conclusion du contrat[73].

51. En *conclusion*, lorsque survient un litige sur l'interprétation d'un contrat, le consommateur sera bien inspiré de relever toutes les circonstances concrètes établissant les déséquilibres informationnel et structurel entre le professionnel et lui-même. Elles constitueront autant d'arguments prouvant la pertinence de l'interprétation subjective dont il se réclame en application du principe de la confiance.

---

72 Dans ce sens, BRUNNER (n. 24), p. 22 et les références contenues, qui insiste sur le fait que le contexte, en particulier le déséquilibre informationnel entre les parties, doit être pris en compte dans l'interprétation de contrats de consommation.

73 ATF 116 II 431 consid. 3.b, JdT 1991 I 45.

b) Les instruments relatifs à la validité du contrat

aa) L'invalidité pour vice du consentement

52. Le consommateur peut *mettre en cause la validité d'un contrat*, notamment en cas d'interprétation selon le principe de la confiance effectuée en sa défaveur, en établissant qu'il l'a conclu sous l'emprise d'une erreur de base[74] ou du fait du dol du professionnel[75].

53. Pour admettre une *erreur de base* selon l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, il faut établir la conjugaison de trois *conditions*[76] :

54. 1° Le consommateur doit être dans l'*erreur*, c'est-à-dire que des éléments de fait sur lesquels il s'est fondé ne correspondent pas à la réalité. La cause d'une telle erreur peut résider dans la non-fourniture négligente d'informations par le professionnel[77].

55. 2° Il faut que cette erreur soit *subjectivement importante* : le fait sur lequel le consommateur s'est trompé doit constituer, de son point de vue, une condition *sine qua non* de la conclusion du contrat[78].

56. 3° L'erreur doit être *objectivement importante*. Selon la loyauté commerciale, l'objet de l'erreur doit constituer un élément essentiel du contrat[79].

---

74 Cf. pour les contrats bancaires, KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 163 s.

75 Nous ne retiendrons pas l'hypothèse de la crainte fondée, en pratique difficilement imaginable en relation avec une violation des devoirs d'information.

76 Cf. p. ex. CoRo-SCHMIDLIN, Art. 23, 24 CO N 33 ss ; SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil, 6e éd., Berne 2012, N 37.23 ss.

77 Cf. SCHMIDLIN (n. 76), N 56. S'il s'agit d'une rétention intentionnelle, il s'agit d'un dol (*infra* N 58 ss).

78 La jurisprudence exige que ce caractère subjectivement important soit reconnaissable par le cocontractant (ATF 118 II 297 consid. 2.b, JdT 1993 I 399 ; arrêt du TF 4A_316/2008, cons. 3.1), mais la question est controversée en doctrine (favorable : SCHWENZER [n. 76], N 37.27 ; contre : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [n. 5], N 781).

79 ATF 132 III 737 consid. 1.3.

57. Si l'erreur découle d'une violation par le professionnel de son obligation (précontractuelle) d'informer le consommateur (*supra* N 34 ss), les conditions de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO seront *en principe remplies*. Les devoirs d'information ne portent en effet que sur des informations importantes pour le consommateur et qui sont reconnaissables comme telles par le professionnel (*supra* N 39).

58. L'état de fait du *dol* selon l'art. 28 CO requiert la réunion des *conditions* suivantes[80] :

59. 1° Une *erreur* du consommateur. Ce concept a déjà été défini ci-dessus (*supra* N 54). Au contraire du régime de l'art. 24 CO, l'erreur n'a ici pas besoin d'être essentielle.

60. 2° Il faut une *tromperie intentionnelle*. Elle peut résulter aussi bien d'une action du professionnel, par exemple de la communication d'une information erronée, que d'une omission, lorsqu'un devoir d'information existe et que le professionnel entretient une erreur par dissimulation[81].

61. Si le professionnel a communiqué de fausses informations ou a dissimulé des informations vraies en violation de son obligation de bonne foi, les conditions du dol seront *en principe remplies*.

62. En vertu de l'art. 31 CO, le consommateur dans l'erreur ou victime d'un dol peut manifester sa volonté d'*invalider le contrat* (al. 1) dans le délai d'une année à compter de la découverte de l'erreur ou du dol (al. 2)[82]. La nullité est relative et protège les intérêts du consommateur : seul celui-ci peut se prévaloir du vice du consentement, par un acte juridique unilatéral non soumis à une forme spéciale. S'il y renonce, le contrat produit pleinement ses effets. Si, au contraire, le consommateur déclare ne pas être lié par le contrat et s'il respecte les règles de la bonne foi (art. 25 CO), l'invalidation produit des effets en principe *ex tunc*,

---

80 Cette possibilité est évoquée par PICHONNAZ (n. 25), p. 68.

81 CoRo-SCHMIDLIN, Art. 28 CO N 9 ss, N 13.

82 Selon l'art. 31 al. 3 CO, l'auteur du dol peut devoir réparer le préjudice (intérêt négatif) causé à sa victime, peu importe que le contrat ait été invalidé ou non. Ce remède n'est toutefois pas directement lié à la formation du contrat.

exceptionnellement *ex nunc* pour les cas d'erreur[83] touchant des contrats de durée où la restitution des prestations créerait des difficultés trop importantes[84].

63. En principe, le consommateur, victime d'une violation des devoirs d'information et désirant invalider le contrat pour vice du consentement, cherchera à obtenir la *nullité totale* du contrat. Néanmoins, une nullité partielle n'est pas exclue, par application analogique de l'art. 20 al. 2 CO.

bb) L'invalidité pour lésion

64. Un autre instrument permettant de protéger le consommateur en cas de violation du devoir d'information précontractuel est la *lésion*[85]. Pour admettre une lésion selon l'art. 21 CO, trois *conditions* doivent être réunies :

65. 1° Il faut une *disproportion évidente* entre les prestations échangées[86].

66. 2° Il faut une *faiblesse* du consommateur. Celle-ci peut notamment consister dans sa gêne, son inexpérience ou sa légèreté.

67. 3° Le professionnel doit *exploiter sciemment* cette faiblesse[87].

---

83 Pour les cas de dol, il ne peut y avoir d'effet *ex nunc*, même pour les contrats de durée.

84 ATF 129 III 320 consid. 7.1.2, JdT 2003 I 331 ; 134 III 438 consid. 2.4, SJ 2009 I 77. Eg. CoRo-SCHMIDLIN, Art. 31 CO N 30 ss.

85 BRUNNER (n. 24), p. 25 s., qui semble toutefois admettre systématiquement l'inexpérience du consommateur, quelles que soient les circonstances du cas d'espèce. Eg. PICHONNAZ (n. 25), p. 68.

86 La disproportion concerne les prestations promises. Selon le Tribunal fédéral, elle est évidente lorsqu'elle « saute aux yeux » (ATF 92 II 168, JdT 1967 I 130). Le juge l'apprécie librement (art. 4 CC) en fonction de l'ensemble des circonstances du cas concret, cf. BSK-HUGUENIN, Art. 21 CO N 5 ; CoRo-SCHMIDLIN, Art. 21 CO N 5.

87 Une manière d'échapper à cette condition tout en tentant d'invalider le contrat serait d'invoquer la contrariété aux mœurs prévue à l'art. 19 s. CO. A ce sujet, cf. TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 856.

68. Comme pour les vices du consentement (*supra* N 62), un contrat entaché de lésion peut faire l'objet d'une *invalidation* par le consommateur (art. 21 al. 1 CO)[88]. Celui-ci doit agir dans un délai d'une année, qui court dès la conclusion du contrat (art. 21 al. 2 CO). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le consommateur peut non seulement invalider le contrat entaché de lésion en requérant une nullité relative totale, mais il peut aussi obtenir l'adaptation de son contenu par le juge[89].

69. Le fait d'être en présence d'un *contrat de consommation* influence le régime de la lésion à plusieurs titres, si les déséquilibres typiques de cette relation sont établis en l'espèce. Premièrement, le consommateur peut prouver le déséquilibre informationnel en vue d'établir son inexpérience et ainsi démontrer que la condition de faiblesse est remplie (*supra* N 66)[90]. Deuxièmement, la rétention d'informations par le professionnel, alors qu'il connaissait ce déséquilibre, est un indice de l'exploitation volontaire de l'inexpérience du consommateur (*supra* N 67). Troisièmement, si la lésion est établie, le juge qui adapte le contrat peut tenir compte des déséquilibres informationnel et structurel (*supra* N 68).

70. On peut *illustrer* notre propos avec l'exemple suivant[91]. Un professionnel propose un meuble de peu de valeur, qui est une imitation légale d'une ligne beaucoup plus réputée, sans jamais prétendre que le meuble appartient à ladite ligne. Un consommateur lui offre un prix qui ne pourrait être que celui du meuble appartenant à la ligne originale. Le contrat est conclu pour ce montant, qui correspond à plusieurs fois le juste prix du meuble en question. En vertu de son obligation de bonne foi, le professionnel

---

88 La formulation de l'art. 21 CO, qui parle de résiliation, est impropre (TERCIER/PICHONNAZ [n. 5] N 852).

89 ATF 123 III 292 consid. 3, JdT 1998 I 586.

90 Dans ce sens, ATF 92 II 168 consid. 5, même s'il ne s'agissait pas d'un contrat de consommation. Critique, MARCHAND (n. 10), p. 58 s.

91 Pour un autre exemple impliquant un consommateur-vendeur, ce qui ne correspond pas à la définition retenue dans cette contribution, cf. HARTMANN (n. 50), p. 94 s.

aurait dû mentionner la valeur moindre du meuble. S'il omet de le faire et s'il exploite ainsi l'inexpérience du consommateur, il peut commettre une lésion au sens de l'art. 21 CO[92]. Le juge peut alors adapter le contrat en fixant un prix non lésionnaire.

3. Quelques règles particulières

a) Les devoirs d'information dans la LCA

71. Depuis le 1er janvier 2007, l'article 3 LCA impose à l'assureur certains *devoirs d'informations précontractuels*[93]. Il doit renseigner l'assuré sur les éléments essentiels – l'identité de l'assureur, les risques assurés, l'étendue de la couverture d'assurance, les primes et autres obligations du preneur d'assurance, la durée et la fin du contrat d'assurance – mais aussi sur des points non essentiels du contrat, tels que la distribution et la participation aux excédents, les valeurs de rachat et de transformation ainsi que le traitement des données[94].

72. Les *conséquences* de la violation du devoir d'informer sont prévues à l'art. 3*a* LCA. Selon cette disposition, le preneur d'assurance a le droit de résilier le contrat par écrit, avec effet dès réception par l'assureur. Ce droit s'éteint quatre semaines après que le preneur d'assurance a eu connaissance de la contravention et des

---

92 Notons qu'en cas de lésion commise par le professionnel qui viole son devoir d'information, les conditions de l'erreur de base ou du dol sont certainement remplies. Or, le régime de ces deux dernières institutions est plus favorable dans la mesure où le délai d'un an de l'art. 31 al. 2 CO expire plus tard que celui prévu à l'art. 21 al. 2 CO. Par conséquent, le consommateur devrait renoncer à invoquer la lésion.

93 Cf. RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 50. Cette modification a été motivée par un souci d'euro-compatibilité (cf. Message du CF du 9 mars 2003, FF 2003 3418).

94 Cf. à ce sujet BSK VVG Nachf.Bd.-KUHN/GEIGER-STEINER, Art. 3 N 4 ss ; BRULHART VINCENT, Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur, *in* : Chappuis/Winiger (édit.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 201 ss.

informations selon l'article 3 LCA, mais au plus tard un an après la contravention[95].

b) Les devoirs d'information dans le commerce électronique

73. En matière de *commerce électronique*, la LCD impose quelques devoirs minimaux d'information[96].

74. Pour qu'un comportement ne soit ni déloyal ni illicite, l'*art. 3 al. 1 let. s LCD* exige de celui qui propose des marchandises, des œuvres ou des prestations, d'indiquer de manière claire et complète son identité et son adresse de contact, de préciser les différentes étapes techniques conduisant à la conclusion d'un contrat, de fournir les outils techniques appropriés permettant de détecter et de corriger les erreurs de saisie avant l'envoi d'une commande et de confirmer sans délai la commande du client par courrier électronique. L'art. 3 al. 2 LCD précise que ces exigences ne s'appliquent pas à la téléphonie vocale et aux contrats conclus uniquement par l'échange de courriers électroniques ou de moyens de communication analogues.

75. Une part non négligeable du commerce électronique concerne des *contrats de consommation*. Les exigences posées par la LCD permettent de remédier, au moins partiellement, au déséquilibre informationnel affectant la relation entre professionnel et consommateur. Elles accroissent la transparence quant à l'identité du professionnel et aux étapes de la conclusion du contrat[97].

---

95 BSK VVG Nachf.Bd.-KUHN/GEIGER-STEINER, Art. 3a N 4.

96 A ce sujet, cf., dans le présent ouvrage, la contribution de MARCHAND, Commerce électronique : la manifestation de volonté au bout du doigt, p. 1 ss. Eg. MARCHAND (n. 10), p. 76 ss ; MÜLLER CHRISTOPH/RISKE OLIVIER, L'offre arnaqueuse, notamment par internet, *in* : Bohnet (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 1 ss, p. 24 ss.

97 KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Mit Berücksichtigung der Änderungen der Preisbekanntgabeverordnung, Jusletter du 20 février 2012, N 49 ss ; MÜLLER/RISKE, (n. 96), p. 27 ; WEBER ROLF H./WOLF CHRISTIAN A., Fragmentarische E-Commerce Gesetzgebung, Jusletter du 18 juin 2012, N 6.

76. Si un comportement du professionnel est déloyal au sens des dispositions précitées, le consommateur (mais aussi les associations de consommateurs ou la Confédération[98]) peuvent requérir le prononcé de *sanctions* civile ou pénale en vertu des articles 9 et 23 LCD. Toutefois, contrairement aux sanctions expressément prévues en droit de la consommation[99], la violation de l'art. 3 al. 1 let. s LCD ne devrait pas entraîner la nullité du contrat. La doctrine considère en effet, à juste titre, que le but de cette disposition ne justifie pas une telle sanction et que les dispositions sur les vices du consentement et la responsabilité précontractuelle protègent suffisamment le consommateur[100].

B. Le régime des conditions générales

1. Les généralités

77. Les *conditions générales* sont des clauses contractuelles pré-formulées décrivant de manière générale tout ou partie du contenu d'un contrat de consommation[101]. Leur auteur est en principe le professionnel, mais il peut s'agir d'un tiers, par exemple d'une association[102].

78. Des conditions générales peuvent se présenter sous forme de *clauses contractuelles intégrées* par une référence figurant dans le document contractuel individuel (conditions générales au sens étroit) ainsi que sous forme de *contrats pré-formulés*, qui sont rédigés par le professionnel, signés et acceptés par le consommateur sans

---

98 Pour la qualité pour agir, cf. art. 10 LCD.

99 Comparer avec l'art. 3 al. 1 let. *k* à *n* en relation avec l'art. 15 LCC.

100 KUT/STAUBER (n. 97), N 75 ; MÜLLER/RISKE, (n. 96), p. 35 ; WEBER/WOLF (n. 97), N 46.

101 Pour une définition, cf. TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 860.

102 P. ex. les normes SIA. GAUCH PETER, Die Verwendung « missbräuchlicher Geschäftsbedingungen » : Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, DC 1987, p. 51, p. 52 ; HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, PJA 2012, p. 1188 ss, p. 1193.

négociation, même si la question de l'intégration (*infra* N 82) se pose avec moins d'acuité pour la seconde catégorie[103]. En outre, les conditions générales peuvent couvrir la totalité d'un contrat, mais les parties peuvent aussi le négocier partiellement et n'intégrer que quelques clauses standardisées, qui sont alors seules soumises au régime décrit ci-dessous (*infra* N 82 ss et 140 ss).

79. Vu leur rédaction unilatérale et vu que le consommateur n'a d'autre choix que de les accepter ou de les refuser (*take it or leave it*), les conditions générales présentent des *risques importants*[104].

80. Elles présentent néanmoins des *avantages* non négligeables. Elles constituent premièrement un outil de rationalisation efficace pour les professionnels, lorsque l'on a affaire à des contrats de masse. Deuxièmement, elles profitent aussi au consommateur, qui n'a ni le souhait, ni les ressources et le temps de négocier individuellement les clauses des contrats couvrant ses besoins quotidiens.

81. L'*efficacité juridique* des conditions générales suppose qu'elles passent trois examens avec succès[105]. Le premier concerne l'existence d'un accord contractuel quant aux conditions générales : il porte sur la validité de leur intégration (*infra* N 82 ss). Si l'intégration des conditions générales est valable, le deuxième test concerne leur interprétation et la détermination de leur contenu (*infra* N 91 ss). Une fois le contenu déterminé, il faut troisièmement s'assurer de la validité des conditions générales pour qu'elles soient pleinement efficaces ; cet examen peut être caché (*infra* N 90) ou ouvert (*infra* N 140 ss).

---

103 MARCHAND (n. 10), p. 140.

104 BRUNNER (n. 24), p. 22 s. ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 44), p. 313 s.

105 Pour les conditions générales en droit bancaire, KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 164, qui distingue *Konsens- bzw. Geltungskontrolle*, *Auslegungskontrolle* et *Inhaltskontrolle* et précise que la limite entre chacun d'eux est parfois floue. Cf. ég. TERCIER/ PICHONNAZ (n. 5), N 869 ss et BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, *in* : Kramer (édit.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Bâle 2008, p. 112-196, p.135 ss.

2. Les instruments de protection

a) L'intégration des conditions générales et la règle de l'insolite

82. Pour produire des effets juridiques, les conditions générales doivent être *intégrées* au contrat : les parties doivent échanger des manifestations de volonté conformément auxquelles elles conviennent que les conditions générales complètent leur accord et en font partie intégrante[106]. L'intégration valable des conditions générales nécessite la conjonction de plusieurs éléments[107] :

83. 1° L'accord individuel des parties doit se référer aux conditions générales, en principe de manière expresse et au moyen d'une *clause d'intégration*[108].

84. 2° Les conditions générales doivent être *disponibles* et accessibles aux parties[109]. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'elles en aient effectivement pris connaissance[110].

85. 3° La *langue* des conditions générales doit en principe être celle du lieu de consommation[111] ou de la transaction[112], voire celle du consommateur[113].

---

106 TERCIER/PICHONNAZ (n. 5) N 869 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 5), N 1128 ss.

107 ATF 135 III 225 consid. 1.3, JdT 2009 I 475. Pour les spécificités relatives aux contrats sur internet, cf. la contribution dans cet ouvrage de MARCHAND, (n. 96), *passim*.

108 La jurisprudence admet la possibilité d'une intégration par actes concluants (Arrêt du TF 4C.282/2003 du 15 décembre 2003, consid. 3.1). La littérature n'exclut pas non plus une intégration implicite, découlant d'un contrat-cadre ou d'une pratique habituelle entre les parties (TERCIER/PICHONNAZ [n. 5] N 870 ; ég. MARCHAND (n. 10), p. 145, qui mentionne un ATF peu pertinent), ce qui devrait être exclu en matière de consommation.

109 KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 165 ; MARCHAND (n. 10), p. 145. Critique, BIÉRI LAURENT, La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales, RDS 2012 I p. 201 ss, p. 203 ss qui considère que cette condition n'est plus adaptée.

110 ATF 119 II 443 consid. 1.a ; ATF 109 II 452 consid. 4, JdT 1984 I 470.

111 MARCHAND (n. 10), p. 145 s.

86. Lorsque les conditions générales ont fait l'objet d'une intégration globale, c'est-à-dire lorsque le consommateur les a acceptées en bloc, la *règle de l'insolite (Ungewöhnlichkeitsregel)* est applicable[114]. En vertu de cette règle – sa formulation est ici adaptée aux contrats de consommation – sont soustraites de l'adhésion du consommateur toutes les clauses inhabituelles sur l'existence desquelles le professionnel n'a pas spécialement attiré l'attention du consommateur[115]. En effet, selon le principe de la confiance, le professionnel doit s'attendre à ce qu'un consommateur n'adhère pas à une clause insolite.

87. Pour déterminer si une clause d'un contrat de consommation est insolite, il faut *premièrement* se placer du point de vue du consommateur, au moment de la conclusion du contrat (aspect subjectif de surprise). La réponse est individuelle, une clause usuelle dans une branche pouvant être insolite pour un étranger à cette branche. Le principe de la confiance commande de se fonder sur les conceptions personnelles du consommateur, dans la mesure où elles sont reconnaissables pour le professionnel[116]. Ici encore, les déséquilibres informationnel et structurel typiques du droit de la consommation, tels qu'ils existent dans le cas individuel et concret, serviront d'indice en vue d'établir le critère subjectif.

88. *Deuxièmement* il faut que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat (clause objectivement déséquilibrée). Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du consommateur, plus il se justifie de la considérer comme insolite[117].

---

112 KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 167.

113 Cf. l'ATF 104 Ia 278 consid. 4c, qui laisse la question de la pertinence de la langue ouverte et n'exclut pas qu'elle joue un rôle.

114 PICHONNAZ (n. 24), p. 329 ; RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 62.

115 ATF 119 II 443 consid. 1a. Eg. ATF 135 III 225 consid. 1, JdT 2009 I 475.

116 CoRo-MORIN, Art. 1 CO N 176.

117 ATF 119 II 443 consid. 1.a.

89. Le caractère insolite d'une clause disparaît si le professionnel a *expressément attiré l'attention* du consommateur à son sujet. Dans les contrats de consommation, une mise en évidence graphique, par exemple l'utilisation de majuscules ou du gras, suffit la plupart du temps.
Un tel procédé n'est toutefois pas toujours adapté. D'abord, à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le recours à une typographie particulière n'est pas toujours pertinent, notamment lorsque le consommateur ne comprend pas la clause en question[118]. Ensuite, il est inutile de mettre en exergue les passages insolites d'un texte si cela concerne la totalité ou la plus grande partie de celui-ci. Il semble alors plus adéquat de souligner le caractère insolite des conditions générales dans le contrat individuel[119]. La solution la plus sûre, mais peu adaptée aux contrats de masse, est d'obtenir l'accord exprès du consommateur dans le contrat individuel[120].

90. Lorsque le Tribunal fédéral tient compte de l'atteinte aux intérêts juridiques du consommateur dans l'appréciation du caractère insolite d'une clause (*supra* N 88), il ne se contente pas de vérifier l'intégrité du consentement du consommateur mais procède à un *contrôle caché* du contenu du contrat. Le contrôle est dit « caché » dans la mesure où il est exécuté sous couvert du critère de l'insolite, qui ne devrait en principe permettre qu'un contrôle du consentement du consommateur. Si la doctrine majoritaire salue le principe d'un tel contrôle, elle est, à juste titre, critique vis-à-vis de l'honnêteté de la méthode utilisée[121] et recommande un contrôle ouvert[122]. En relation avec les contrats de consommation, cette question devrait perdre de

---

118 Cf. ATF 104 Ia 278 consid. 4.c., qui traite d'une élection de for mise en évidence graphiquement, mais dont le cocontractant ne pouvait saisir le contenu.

119 MARCHAND (n. 10), p. 146.

120 TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 882.

121 KOLLER THOMAS, Einmal mehr : das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, PJA 2008 p. 943 ss, p. 945.

122 SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen : Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, RSJB 2012, p. 1 ss, p. 3. Eg. les références doctrinales contenues dans l'ATF 135 III 1 consid. 2.2, JdT 2011 II 516.

sa portée en raison de l'adoption récente de l'art. 8 LCD (*infra* N 140 ss)[123].

b) L'interprétation contra stipulatorem

91. L'interprétation des conditions générales obéit en principe aux *mêmes règles* que celle des autres clauses contractuelles[124]. Le juge s'efforce d'abord de déterminer la commune et réelle intention des parties ; s'il n'y parvient pas, il applique le principe de la confiance et recherche s'il peut imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si ce sens ne correspond pas à la volonté intime de cette partie[125]. Le Tribunal fédéral précise que les termes utilisés s'entendent en principe dans leur sens courant[126].

92. Si l'interprétation ne permet pas de dégager le sens de clauses ambiguës, le Tribunal fédéral applique subsidiairement la règle *in dubio contra stipulatorem*[127] : les conditions générales sont interprétées dans le sens le moins favorable au professionnel qui les a rédigées[128]. Cette règle *favorise la protection du consommateur* et tient ainsi compte des déséquilibres typiques, informationnel et structurel, de la relation entre consommateur et professionnel[129].

---

123 BOHNET FRANÇOIS, Les clauses procédurales abusives, *in* : Bohnet (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle et Neuchâtel 2012, p. 63 ss, N 36. La question reste néanmoins ouverte pour tous les cas où l'art. 8 LCD ne s'applique pas. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché (ATF 135 III 1 consid. 3.5, JdT 2011 II 516).

124 ATF 135 III 1 consid. 2, JdT 2011 II 516, et les références contenues. Eg. WINIGER (n. 66), N 145 ; RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 63.

125 ATF 133 III 675 consid. 3.3.

126 ATF 104 II 281 consid. 2, JdT 1980 I 9.

127 ATF 133 III 607 consid. 2.2 ; WINIGER (n. 66), N 148.

128 MARCHAND (n. 10), p. 147.

129 Dans ce sens, BRUNNER (n. 24), p. 23 s. Eg. PICHONNAZ (n. 25), p. 65 s. qui souligne justement que cette règle n'est pas limitée aux consommateurs.

C. Quelques autres instruments

1. Les dispositions contenant une lacune de délégation

93. Dans une disposition légale, le législateur se contente parfois de tracer les contours généraux : il ne laisse pas de lacune mais charge le juge, par une sorte de délégation, de compléter la norme et d'apporter une réponse concrète et claire au problème qu'elle est censée régler. On parle alors de lacune de délégation ou de lacune *intra legem*[130]. Le juge doit effectuer une évaluation supplémentaire, qui ne découle pas directement de la loi. Le législateur le renvoie souvent à des éléments censés guider cette concrétisation. Il s'agit de facteurs extra-légaux, comme les règles de l'équité (art. 4 CC) ou la prise en compte des circonstances concrètes (cf. p. ex. art. 43 al. 1 et art. 44 al. 1 CO).

94. Pour concrétiser la disposition légale, le juge doit apporter une réponse cohérente par rapport au système, en utilisant les raisonnements juridiques habituels, tels que l'analogie ou l'argumentation *a contrario*. Lorsque la norme fait appel à l'équité, le juge doit tenir compte de la *situation sociale, économique et intellectuelle* des parties concernées, en particulier de celle *du consommateur* qui peut faire valoir les déséquilibres (informationnel et structurel) typiques du droit de la consommation.

95. Les normes exigeant une prise en compte de la situation concrète sont un *outil à double-tranchant* en droit de la consommation. En effet, leur caractère ouvert porte atteinte à la sécurité du droit et complique singulièrement l'estimation de l'issue d'un litige. Si ces dispositions sont trop nombreuses, le risque pris lors de l'ouverture d'un procès augmente, ce qui favorise le professionnel en tant que partie forte au contrat[131].

---

130 Cf. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 51 N 42 ss. Il ne s'agit en fait pas d'une véritable lacune.

131 Dans ce sens, KOLLER-TUMLER MARLIS, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Thèse, Berne 1995, p. 210.

2. Les présomptions du CO visant des clientèles grand public

96. En relation avec l'offre de conclure un contrat, le législateur a formulé deux *présomptions* ayant une portée générale mais contribuant à la protection des consommateurs[132] :

97. 1° L'art. 6*a* CO prévoit que l'envoi d'une chose non commandée n'est pas une offre et que ce comportement doit être considéré comme une déréliction[133]. Cette disposition protège le consommateur dans la mesure où elle empêche une conclusion par acte concluant en cas de conservation de la chose.

98. 2° L'art. 7 al. 3 CO précise que le fait d'exposer des marchandises, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre. Le législateur empêche ainsi qu'un professionnel attire le consommateur dans son commerce au moyen d'une vitrine trompeuse.

3. Le droit de révocation dans la vente avec paiements préalables

99. L'art. 227*a* al. 2 ch. 7 CO prévoit qu'un contrat de vente avec paiements préalables n'est valable que s'il est conclu par écrit et qu'il indique le droit de révocation. Ce droit, en principe typique de la protection spécifique du consommateur, trouve ici une application générale. Néanmoins, vu l'importance pratique réduite de ce contrat[134] et le traitement de cet outil dans le cadre des instruments spécifiques au droit de la consommation (*infra* N 117 ss), nous renonçons à en faire une présentation détaillée.

---

132 MARCHAND (n. 10), p. 28 ; RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 51, qui traitent de trois présomptions.

133 Pour plus de détails, cf. CoRo-MORIN, Art. 6*a* CO N 3 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 5), N 425a ss.

134 BSK-STAUDER/STAUDER, Bemerkungen zu Art. 227*a*-228 CO N 5.

III. Les instruments spécifiques du droit de la consommation

100. Le droit contractuel de la consommation a été développé pour les situations où l'efficacité des instruments classiques du droit des obligations reste insatisfaisante. Le point de vue adopté par le législateur ne se fonde alors plus sur la relation contractuelle concrète (*supra* N 31), mais sur l'hypothèse abstraite que les déséquilibres typiques (informationnel et structurel ; *supra* N 21 ss) existent : le droit de la consommation vise la justice contractuelle en renforçant la liberté de choix et de décision de tous les consommateurs, même de ceux qui n'en ont pas besoin[135].

101. Parmi les solutions ponctuelles proposées par le droit de la consommation (*supra* N 28), certaines ont trait à la formation du contrat. On peut distinguer des outils relatifs à la conclusion (A.), au contenu (B.) et à la validité (C.) du contrat.

A. En relation avec la conclusion du contrat

1. Les devoirs d'information précontractuels

a) Les généralités

102. Le principe de l'autonomie privée impose à chacun d'obtenir les informations nécessaires pour apprécier une affaire. La bonne foi contractuelle (art. 2 al. 1 CC) relativise ce principe dans la mesure où, sur la base des circonstances concrètes, elle impose au professionnel certains devoirs d'informer le consommateur (*supra* N 33 ss)[136]. Le droit de la consommation constitue une seconde exception : pour certains contrats (p. ex. le contrat de voyage à forfait) ou certaines modalités de conclusion (p. ex. les contrats de démarchage), des règles légales expresses imposent au professionnel

---

135 KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 160.

136 P. ex. STAUDER BERND, Reiserecht, *in* : Kramer (édit.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Bâle 2008, p. 291-407, p. 322, qui affirme, en relation avec le voyage à forfait, que le principe de bonne foi peut exiger des renseignements allant au-delà de ceux prévus par la LVF. Cf. ég. HARTMANN (n. 50), p. 26 ss.

des *devoirs d'information* du consommateur[137]. A l'inverse des devoirs d'information fondés sur la bonne foi, ils s'appliquent quel que soit le besoin d'information concret du consommateur[138].

103. Les devoirs d'informer ont pour *but* de permettre au consommateur d'exercer pleinement sa liberté contractuelle[139]. Ils y participent au moins de deux manières[140]. D'abord, ils favorisent la *transparence* et rétablissent l'équilibre informationnel entre professionnel et consommateur. Ils ont ensuite un *rôle économique*. Le consommateur, qui conclut un contrat une seule fois, supporte un coût d'acquisition de l'information bien plus élevé que le professionnel, qui conclut le même contrat un grand nombre de fois et peut répartir ce coût sur une multitude de transactions.

104. Les devoirs d'information constituent un outil important du droit de la consommation. Ils présentent néanmoins certaines *limites*[141]. Premièrement, ils contribuent certes à corriger le déséquilibre informationnel et favorisent une décision rationnelle, mais ils ne peuvent garantir ni le comportement rationnel du bénéficiaire ni le résultat juste et équilibré de la négociation contractuelle[142]. Deuxièmement, *trop d'informations tuent l'information* : les consommateurs, en particulier les plus vulnérables, ne peuvent souvent pas gérer la pléthore de données et ne parviennent pas à identifier le contenu de l'information ou les éléments essentiels de celle-ci. Enfin, l'efficacité des informations dépend largement des *sanctions* prévues pour la violation relative à leur transmission[143]. La plupart des textes de droit de la consommation prévoient des sanctions civiles, qui restent moins efficaces que des sanctions pénales.

---

137 HARTMANN (n. 50), p. 57 ss ; KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 75.

138 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 76 ; KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 155.

139 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 75.

140 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 76 ; KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 155.

141 HARTMANN (n. 50), p. 14 ; KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 76 s. ; KOLLER-TUMLER (n. 34), p. 155.

142 HARTMANN (n. 50), p. 14 ; PICHONNAZ (n. 40), p. 218.

143 Au sujet des sanctions civiles relatives à la formation du contrat, cf. *infra* N 111 ss.

b) Les catégories

105. Outre les devoirs d'information prévus par le droit privé de la consommation (*infra* N 106 ss), le *droit public* garantit une information générale et abstraite des consommateurs de la part des acteurs du marché[144]. La LF sur l'information des consommatrices et consommateurs[145] permet ainsi la comparaison des qualités des biens et de certains services (art. 1 LIC). L'Ordonnance sur l'indication des prix[146] vise à assurer une indication claire des prix, à permettre leur comparaison et à éviter que l'acheteur ne soit induit en erreur (art. 1 OIP).

106. En *droit privé*, une obligation spécifique d'informer le consommateur existe notamment pour les situations suivantes[147] :

107. 1° Le *démarchage à domicile* ou les contrats semblables[148]. Selon l'art. 40*d* al. 1 CO, le professionnel doit informer le consommateur de son droit de révocation, de la forme de l'avis et du délai dans lequel il doit être expédié[149].

108. 2° Le *crédit à la consommation*[150]. La LCC précise d'une part les informations que le contrat doit impérativement contenir[151]. Etant donné qu'elles influencent sa validité, nous les traiterons ci-dessous

---

144 Cf. BRUNNER (n. 24), p. 19 s. ; RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 35.

145 LIC ; RS 944.0.

146 OIP ; RS 942.211.

147 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 75 s.

148 A ce sujet, cf. CoRo-STAUDER/STAUDER, Intro. art. 40*a*-40*f* CO ; BSK-GONZENBACH/KOLLER-TUMLER, Vor Art. 40*a*-40*f* CO ; BRUNNER ALEXANDER, Haustürgeschäfte, *in* : Kramer (édit.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Bâle 2008, p. 197-217 ; HARTMANN (n. 50), p. 63 ss.

149 HARTMANN STEPHAN, Konsumentenschutzrechtliche Widerrufsrechte im schweizerischen Recht – Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung, RDS 2008 I p. 307 ss, p. 314, qui exige que le consommateur soit également informé de l'adresse à laquelle il doit envoyer sa déclaration de révocation.

150 A ce sujet, cf. STAUDER (n. 11), p. 262 ; CHK-BRUNNER, Art. 1-42 LCC ; HARTMANN (n. 50), p. 68 s.

151 Cf. BRUNNER, (n. 150), N 37 ss ; CoRo CO I (2003)-FAVRE-BULLE, Art. 9 LCC N 1 ss.

(*infra* N 178 ss). D'autre part, l'art. 36 LCC, qui s'applique à toutes les formes de crédit à la consommation[152], précise que la publicité en matière de crédit à la consommation est soumise à la LCD. Cette disposition prévoit, pour les annonces publiques ne constituant pas une simple publicité de rappel[153], que le professionnel doit clairement indiquer son identité ainsi que les informations de coûts relatifs au crédit, tels que le montant net du crédit, le coût total de celui-ci et le taux annuel effectif global (art. 3 al. 1 let. k-l LCD). En outre, il doit utiliser des formulaires contenant des indications complètes et exactes sur l'objet du contrat, le prix, les conditions de paiement, la durée du contrat, le droit de révocation ou de dénonciation et le droit de payer le solde par anticipation (art. 3 al. 1 let. m LCD). Enfin, le professionnel doit signaler que l'octroi d'un crédit est interdit s'il occasionne le surendettement du consommateur (art. 3 al. 1 let. n LCD).

109. 3° Le *contrat de voyages à forfait*[154]. La LVF présume que les informations, figurant dans le prospectus du professionnel, font partie du contenu du contrat, à moins d'un accord ultérieur des parties ou d'une réserve expresse dans le prospectus dont le professionnel a fait clairement usage avant la conclusion du contrat (art. 3 LVF)[155]. En outre, l'art. 4 al. 3 et 4 LVF prévoit qu'avant la conclusion du contrat, le professionnel doit transmettre des informations concernant les exigences en matière de passeports et de visas ainsi que les formalités sanitaires. Enfin, selon l'art. 4 al. 1 et 2 LVF, le contenu du contrat doit être communiqué par écrit ou

---

152 L'art. 8 LCC ne mentionne pas l'art. 36 LCC, mais la LCD s'applique tout de même aux contrats de leasing, de comptes liés à une carte de crédit ou à une carte de client avec une option de crédit ainsi qu'aux crédits consentis sous la forme d'une avance sur compte courant (cf. STAUDER [n. 11], p. 262).

153 ATF 120 IV 287 consid. 2.e.

154 A ce sujet, cf. CHK-ZEITER, Art. 1 ss LVF ; CoRo CO I (2003)-STAUDER, Remarques préliminaires à la LVF ; STAUDER (n. 136) ; HARTMANN (n. 50), p. 66 ss.

155 MARCHAND SYLVAIN, De l'helvético-compatibilité de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait, PJA 1994, p. 721 ss, p. 724 ; STAUDER (n. 136), p. 319 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 44), p. 304.

sous une autre forme appropriée au consommateur avant la conclusion du contrat. Ce contenu inclut au moins les informations-clés figurant à l'art. 6 LVF, qui comprennent des éléments objectivement essentiels (identité du professionnel, date, heure, lieu du commencement et de la fin, prix du voyage[156]) et d'autres renseignements (modalités de la réclamation pour mauvaise exécution, coordonnées de l'assureur).

110. 4° *Le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat*[157]. L'art. 406*g* CO prévoit que le professionnel doit communiquer, avant la conclusion du contrat, les difficultés particulières pouvant survenir dans l'accomplissement du mandat en raison de la personne du consommateur[158].

c) Les conséquences de la violation du devoir d'informer

111. Lorsqu'un professionnel viole un devoir d'information spécifique du droit de la consommation, le consommateur peut en principe recourir aux *instruments classiques* du droit des obligations. Le professionnel peut premièrement faire l'objet d'une prétention fondée sur la *culpa in contrahendo* (*supra* N 44). Celle-ci n'autorise toutefois que la réparation de l'intérêt négatif du consommateur – dommage qu'il aura parfois de la difficulté à établir – et ne permet pas d'exiger l'exécution du contrat conformément aux informations erronées du professionnel[159]. Deuxièmement, le consommateur peut faire valoir un vice du consentement – erreur ou dol (*supra* N 52 ss) – pour invalider le contrat. Cet outil est efficace, mais il exige du consommateur qu'il prouve, dans le cas concret, son erreur ou la tromperie ainsi que leur influence sur la volonté viciée[160].

---

156 L'indication du prix doit respecter les exigences de l'art. 13 OIP (cf. art. 10 al. 1 let. n OIP). A ce sujet, STAUDER (n. 136), p. 316 s.

157 A ce sujet, cf. CoRo-WERRO, Art. 406*a*-406*h* CO N 1 ss ; BSK-PIETRUSZAK, Vor Art. 406*a*-406*f* CO N 1 ss ; HARTMANN (n. 50), p. 70 s.

158 Cette obligation existe aussi pendant l'exécution du contrat.

159 RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 49 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 44), p. 398 s.

160 TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 806.

112. En sus des conséquences classiques de la violation du devoir d'informer, le droit de la consommation prévoit les *sanctions spécifiques* suivantes :

113. 1° Le *démarchage à domicile* ou les contrats semblables[161]. L'absence d'information de la part du professionnel ne remet pas en cause la validité du contrat ; elle empêche néanmoins le délai de révocation de commencer à courir (art. 40*e* al. 2 let. b CO)[162].

114. 2° Le *crédit à la consommation*[163]. La violation du contenu obligatoire d'un crédit à la consommation est traitée plus loin (*infra* N 178 ss). La violation des obligations relatives à la publicité ouvre la voie aux sanctions civiles et pénales du droit de la concurrence déloyale (art. 9 s. et 23 ss LCD)[164].

115. 3° Le *contrat de voyages à forfait*[165]. La présence d'informations erronées ou trompeuses dans le prospectus a pour effet que ces informations font partie du contrat, sans que le consommateur doive établir l'accord réel du professionnel sur ces éléments (art. 3 LVF)[166]. Les informations non communiquées en violation de l'art. 4 al. 1 et 2 LVF ne font pas partie du contrat : le professionnel ne peut en particulier pas les invoquer si elles lui sont favorables[167]. A notre avis, il est néanmoins erroné de conclure à la non-existence du contrat dans son entier en invoquant l'absence d'accord sur des

---

161 A ce sujet, cf. STAUDER/STAUDER (n. 148) ; GONZENBACH/KOLLER-TUMLER (n. 148) ; BRUNNER (n. 148).

162 RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 50 ; HARTMANN (n. 50), p. 166.

163 A ce sujet, cf. STAUDER (n. 11), p. 263 ; BRUNNER, (n. 150), N 1ss ; CoRo CO I (2003)-FAVRE-BULLE, Introduction à la LCC.

164 Cf. CoRo CO I (2003)-FAVRE-BULLE, Art. 36 LCC N 6 ; BRUNNER, (n. 150), N 48.

165 A ce sujet, cf. ZEITER (n. 154) ; STAUDER (n. 154) ; STAUDER (n. 136).

166 VIGNERON-MAGGIO-APRILE (n. 44). Eg. MARCHAND (n. 10), p. 241, qui précise qu'en cas de contradiction entre le prospectus et les éléments écrits du contrat, il faut appliquer le principe de la confiance pour déterminer le contenu du contrat.

167 RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 50 ; STAUDER (n. 136), p. 320 (en vertu d'une interprétation téléologique, le consommateur peut, lui, s'y référer valablement) et p. 327 (mentionnant d'autres conséquences possibles mais qui ne sont pas relatives à la formation du contrat).

éléments essentiels[168].
La loi ne prévoit pas de sanctions en cas de non-transmission des informations précontractuelles de l'art. 4 al. 3 et 4 LVF[169]. Le consommateur devrait tout de même pouvoir invalider le contrat pour erreur de base, si les exigences administratives dont il n'a pas été informé compromettent son voyage[170].

116. 4° *Le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat*[171]. En cas de violation des devoirs d'information figurant à l'art. 406*g* al. 1 CO, le consommateur doit pouvoir invalider le contrat pour erreur de base ou pour dol[172].

2. Les droits de révocation

a) Les généralités

117. Le droit de révocation autorise le consommateur, après un bref délai de réflexion, à révoquer son consentement par l'exercice d'un droit formateur et sans devoir évoquer un motif particulier[173]. L'accord des parties devient alors caduc[174]. Le droit de révocation constitue un moyen de corriger les déséquilibres informationnel et structurel

---

168 Dans ce sens, MARCHAND (n. 10), p. 242.

169 RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 50 ; STAUDER (n. 136), p. 320.

170 Du même avis, MARCHAND (n. 10), p. 244, qui précise que cela peut constituer une responsabilité précontractuelle du professionnel. Si le consommateur maintient le contrat ou que les ennuis apparaissent pendant le voyage, le consommateur peut exiger des dommages-intérêts sur la base des art. 14 ss LVF (STAUDER [n. 136], p. 321). Eg. TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G./COUCHEPIN GASPARD, Les contrats spéciaux, 4e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, N 6519, sans justification toutefois.

171 A ce sujet, cf. WERRO (n. 157), N 1 ss ; PIETRUSZAK (n. 157), N 1 ss.

172 TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G./PEDRAZZINI FRANCO, Les contrats spéciaux, 4e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, N 5502 ; BSK-PIETRUSZAK, Art. 406*g* CO N 13.

173 Pour une définition semblable, cf. MARCHAND (n. 10), p. 157 s. qui distingue deux catégories : le droit de révocation-regret et le droit de révocation-déception.

174 HARTMANN (n. 149), p. 311.

propres à la relation entre professionnel et consommateur[175]. Il s'agit d'un des principaux outils du droit de la consommation[176].

118. Le droit de révocation a pour *but* de protéger le consommateur d'une conclusion trop hâtive d'un contrat, qui découlerait soit des circonstances inattendues dans lesquelles la négociation contractuelle s'est déroulée (p. ex. lors d'un démarchage à domicile ; art. 40*a* ss CO), soit de la complexité ou de l'importance de l'objet (p. ex. un contrat de crédit à la consommation ; art. 16 LCC)[177].

119. Le droit de révocation est de nature *relativement impérative*[178]. Le consommateur ne peut pas y renoncer de façon anticipée[179]. Par contre, le délai de révocation peut être prolongé à son avantage.

120. Le droit de révocation fait l'objet actuellement d'une révision qui a trois objets essentiels : premièrement, le droit de révocation est étendu aux transactions à distance en plus du démarchage à domicile, deuxièmement, la terminologie, les délais (14 jours) et la conséquence (effets *ex tunc*, avec obligations réciproques de remboursement des prestations et règlement des coûts qui en découlent) sont harmonisés, troisièmement, le bénéficiaire de ce droit est clairement désigné comme consommateur[180].

---

175 Dans ce sens, PICHONNAZ (n. 24), p. 330 s.

176 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 82 ; PICHONNAZ (n. 25), p. 68 ss, citant notamment le projet de loi sur l'utilisation d'immeubles en temps partagé (FF 2006 2496), encore plus absolu dans sa formulation : il s'agit de « l'instrument principal de la protection du consommateur ».

177 BRUNNER (n. 24), p. 29 ; FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Droit de révocation et allocation des risques, *in* : Meier/Papaux (édit.), Risque(s) et droit, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 487ss, p. 488 ; HARTMANN (n. 149), N 52.

178 HARTMANN (n. 149), p. 311 s.

179 P. ex. l'art. 406*e* al. 1 CO qui le prévoit expressément.

180 Cf. avant-projet de révision du droit de la révocation du 23 août 2012, consultable à « http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/06-441/Documents/vorentwurf-rk-06-441-2012-08-23-f.pdf » (18.04.2013), p. 7 ss.

b) Les catégories et les modalités

121. Bien que la terminologie utilisée ne soit pas uniforme[181], le législateur a prévu un *droit de révocation* de la part du consommateur dans les situations suivantes[182] :

122. 1° Le *démarchage à domicile* ou les contrats semblables[183]. Les art. 40*a* ss CO décrivent le régime en détail. Ce droit ne s'applique qu'aux transactions dépassant 100 francs (art. 40*a* al. 1 CO). La qualification de démarchage à domicile dépend d'une part du lieu où le consommateur a été invité à prendre son engagement : il peut s'agir de son lieu de travail ou d'habitation, des transports publics ou de la voie publique, ou encore d'une manifestation publicitaire liée à une excursion (art. 40*b* CO), mais pas d'un stand de marché ou de foire (art. 40*c* let. b CO). Cette qualification dépend d'autre part de la façon dont les négociations se sont engagées : il n'y a pas de démarchage à domicile si c'est le consommateur qui a initié les négociations (art. 40*c* let. a CO).

123. La révocation doit avoir lieu dans un délai péremptoire de sept jours (art. 40*e* al. 2 CO). Ce délai commence à courir dès que le consommateur est informé par écrit (art. 40*d* al. 1 CO) de son droit de révocation et a proposé ou accepté le contrat (art. 40*e* al. 2 CO). Le terme « proposé » signifie que le délai peut commencer à courir avant la conclusion du contrat lorsque le consommateur a fait une offre[184]. Le délai est respecté si l'avis de révocation est remis à la poste le septième jour (art. 40*e* al. 4 CO). La déclaration de

---

181 L'art. 40*b* CO et l'art. 16 LCC parlent de « droit de révocation », l'art. 406*d* CO mentionne le « droit de résoudre le contrat » et l'art. 227*a* CO mentionne le droit « de renoncer à la conclusion du contrat » (au sujet de cette dernière catégorie, qui relève des instruments du droit classique des obligations, cf. *supra* N 99).

182 HARTMANN (n. 149), p. 316 ss ; KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 84.

183 A ce sujet, cf. STAUDER/STAUDER (n. 148) ; GONZENBACH/KOLLER-TUMLER (n. 148) ; BRUNNER (n. 148) ; HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 72 ss.

184 FORNAGE (n. 177), p. 487ss, p. 498 ; HARTMANN (n. 149), p. 317 s.

révocation est écrite (art. 40*e* al. 1 CO). Vu le but de la règle, il s'agit à notre avis d'une disposition d'ordre[185].

124. 2° Le *crédit à la consommation*[186]. Le droit de révocation du consommateur est prévu à l'art. 16 LCC. Le délai de péremption est de sept jours (art. 16 al. 1 LCC). Il commence à courir dès que le consommateur a reçu une copie du contrat. Conformément au principe de l'expédition, le délai est respecté si l'avis de révocation est remis à la poste le septième jour (art. 16 al. 2 LCC). L'avis de révocation doit être écrit (art. 16 al. 1 LCC).

125. 3° Le *mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat*[187]. L'art. 406*d* ch. 5 CO prévoit que le consommateur a le « droit de résoudre le contrat » dans un délai péremptoire de sept jours qui débute après la remise en main d'une copie du contrat signée par les parties (art. 406*e* al. 1 CO). L'avis de déclaration doit être écrit et remis à la poste au plus tard le septième jour (art. 406*e* al. 1 CO).

126. Cette énumération autorise encore les deux *commentaires* suivants : Premièrement, le projet de révision totale de la LCA[188] (art. 7 P-LCA), rejeté en mars 2013 par le Parlement fédéral, prévoyait un droit de révocation de deux semaines en faveur du preneur d'assurance, quel que fût le contrat d'assurance conclu[189]. L'adoption d'un tel instrument est d'autant plus urgente que, pour des raisons peu convaincantes, le contrat d'assurance est exclu du champ d'application du droit de révocation en matière de démarchage

---

185 La question de savoir si la forme écrite exigée pour la déclaration de la révocation est une condition de validité ou une simple disposition d'ordre ne servant qu'à la preuve du respect du délai est controversée en doctrine. Cf. CoRo-STAUDER/STAUDER, Art. 40*e* CO N 2 et les références contenues.

186 A ce sujet, cf. STAUDER (n. 11), p. 262 ; BRUNNER, (n. 150).

187 A ce sujet, cf. BSK-PIETRUSZAK, Art. 406*d* CO N 1 ss ; WERRO (n. 157), N 1 ss.

188 FF 2011 7199.

189 Après le Conseil national, le Conseil des Etats s'est opposé en mars 2013 à la révision totale de la LCA et a renvoyé le projet au Conseil fédéral en le chargeant d'élaborer une révision partielle de la loi existante, en insistant tout de même sur l'introduction d'un droit de révocation (BO 2013 E 265).

(art. 40*a* al. 2 CO).
Deuxièmement, à la différence du droit européen, le législateur suisse a renoncé après réflexion à introduire un droit de révocation pour les contrats à distance, en particulier pour les contrats conclus par internet[190], pour l'utilisation d'immeubles en temps partagé (*time-sharing*)[191]. Il s'agit à notre avis d'un silence qualifié, qui pourrait bientôt faire l'objet d'une révision[192].

c) Les conséquences

127. Lorsque l'on présente les effets juridiques du droit de révocation, il faut distinguer deux *hypothèses* :

128. 1° La situation *avant* l'exercice du droit de révocation. Pour le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (*supra* N 125), le contrat n'entre en vigueur pour le consommateur que sept jours après la remise d'un exemplaire signé (art. 406*e* al. 1 CO) et le professionnel ne peut pas accepter de paiement entre-temps (art. 406*e* al. 2 CO).
Pour le démarchage à domicile (*supra* N 123) et le contrat de consommation (*supra* N 124), la loi est muette. La doctrine traditionnelle et majoritaire admettait que le contrat produisait immédiatement des effets mais était soumis à une condition résolutoire : les effets cessaient si le consommateur exerçait son droit de révocation[193]. Toutefois, le Tribunal fédéral a affirmé dans un arrêt récent que le contrat était soumis pendant le délai de sept jours à une condition suspensive : le contrat déploie ses effets si le

---

190 MARCHAND (n. 10), p. 165 et les références contenues et p. 180 ss pour les contrats à distance en général.

191 PICHONNAZ (n. 25), p. 49 nbp. 22 et p. 69 nbp. 112.

192 Cf. avant-projet de révision du droit de la révocation du 23 août 2012, consultable à « http://www.parlament.ch/f/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/06-441/Documents/vorentwurf-rk-06-441-2012-08-23-f.pdf » (18.04.2013), p. 7 ss, qui prévoit notamment d'étendre le droit de révocation aux transactions à distance.

193 HARTMANN (n. 149), p. 312 et les références contenues.

consommateur n'exerce pas son droit de repentir pendant le délai de révocation[194].

129. 2° La situation *après* l'exercice du droit de révocation. Le contrat n'est alors pas valablement conclu[195]. Si les prestations n'ont pas déjà été exécutées, le contrat n'oblige personne[196].
Si les prestations ont déjà été effectuées, elles doivent être restituées, en principe en nature[197]. On peut apporter les précisions suivantes selon le contrat concerné :

130. Pour le *démarchage à domicile*, l'art. 40*f* al. 1 CO prévoit explicitement le remboursement des prestations reçues. Si la prestation consiste dans la cession d'une chose, le consommateur doit retourner celle-ci au professionnel à ses frais[198]. Il doit verser en outre une indemnité d'usage (art. 40*f* al. 2 CO)[199]. S'il s'agit d'une prestation de service déjà partiellement ou totalement fournie, l'art. 40*f* al. 3 CO renvoie à l'art. 402 CO et exige que le consommateur rembourse les frais et les avances du professionnel (p. ex. les salaires de ses collaborateurs, le matériel et une partie des frais généraux), à l'exclusion de tout honoraire ou bénéfice[200]. Outre ces frais, le professionnel ne peut exiger aucun dédommagement (art. 40*f* al. 4 CO), tels que clause pénale, coûts de résiliation ou dommages-intérêts pour *culpa in contrahendo*[201].

131. La *prescription des prestations en restitution* est l'objet d'une importante *controverse doctrinale*. Selon certains auteurs, la déclaration de

194 ATF 137 III 243 consid. 4.5, JdT 2012 II 254.

195 ATF 137 III 243 consid. 4.5, JdT 2012 II 254 : « […] und es ist bei Ausübung des Widerrufsrechts nicht von einem gültig geschlossenen Vertrag auszugehen. ».

196 MARCHAND (n. 10), p. 173.

197 HARTMANN (n. 149), p. 320.

198 MARCHAND (n. 10), p. 173. En cas de perte ou d'endommagement de la chose, les avis doctrinaux divergent (à ce sujet, cf. HARTMANN [n. 149], p. 319).

199 Même si la loi parle de loyer, les dispositions sur le droit du bail ne sont pas applicables. FORNAGE (n. 177), p. 499 et les références contenues.

200 MARCHAND (n. 10), p. 174. Ce point de vue est contesté par une partie de la doctrine. A ce sujet, cf. HARTMANN (n. 149), p. 321 et les références contenues.

201 CoRo-STAUDER/STAUDER, Art. 40*f* CO N 10.

révocation transforme immédiatement le contrat en un rapport de liquidation contractuel et la prescription décennale de l'art. 127 CO est applicable[202]. Pour d'autres, au contraire, l'exercice du droit de révocation entraîne l'application des règles sur l'enrichissement illégitime, en particulier celle de la prescription annuelle de l'art. 67 CO[203].

Dans l'ATF 137 III 243, le *Tribunal fédéral* tranche la question en affirmant que la prétention en restitution de prestations déjà exécutées est fondée sur les règles de l'enrichissement illégitime et est soumise au délai de prescription de l'art. 67 CO[204]. La motivation convaincante du jugement repose principalement sur quatre *arguments* :

Premièrement, le droit de révocation se justifie par le mode de conclusion du contrat (lors d'un démarchage à domicile ; *supra* N 118) ; il ne dépend pas d'un éventuel vice dans l'exécution du contrat[205]. Or, la jurisprudence constante prévoit que la restitution des prestations suite à un *vice de la formation* du contrat s'exécute selon les règles de l'enrichissement illégitime et de l'action en revendication (et pas selon celles du rapport de liquidation contractuel)[206].

Deuxièmement, les règles de l'enrichissement illégitime s'appliquent aussi à la restitution des prestations déjà échangées en vertu d'un contrat soumis à *condition suspensive* lorsque cette dernière ne s'est pas réalisée. Or, le contrat révoqué par le consommateur appartient à cette catégorie dans la mesure où la condition suspensive – l'absence de l'exercice du droit de révocation pendant le délai de sept jours (*supra* N 128) – ne s'est pas réalisée.

---

202 Notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 5), N 477a ; HUGUENIN (n. 183), p. 74.

203 Dans ce sens, ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e éd., Berne 1997, p. 313 ; HARTMANN STEPHAN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, thèse d'habilitation, Zurich/Bâle/Genève 2005, N 823 ; SCHMID JÖRG, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, thèse d'habilitation, Fribourg 1992, N 1808.

204 ATF 137 III 243, *passim*, JdT 2012 II 254.

205 ATF 137 III 243 consid. 4.5, JdT 2012 II 254.

206 ATF 137 III 243 consid. 4.4.3, JdT 2012 II 254.

Troisièmement, les juges se fondent sur la *systématique* de la loi : les art. 40*a* ss CO se trouvent dans le titre relatif à la formation (et non à l'exécution) des obligations[207].
Quatrièmement, le tribunal indique que les *travaux préparatoires* préconisent également l'application des règles sur l'enrichissement illégitime[208].

132. Les règles du *crédit à la consommation* prévoient un régime spécifique qui, en comparaison des art. 40*a* ss CO, accorde au consommateur une protection accrue[209]. Si le professionnel verse le prêt pendant le délai de révocation, le consommateur doit uniquement rembourser le montant reçu jusqu'à l'expiration de la durée du crédit prévu, mais il ne doit ni intérêts ni frais (art. 16 al. 3 LCC qui renvoie à l'art. 15 al. 2 et 3 LCC). Le consommateur bénéficie ainsi d'un prêt gratuit[210]. Ce régime a pour curieuse conséquence que l'exercice du droit de révocation enrichit le consommateur, qui bénéficie du crédit sans aucune contrepartie.

133. En cas de *mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat*, le professionnel ne peut accepter aucun paiement avant l'échéance du délai de révocation et aucun montant ne peut être réclamé au consommateur en cas de révocation (art. 406*e* al. 2 et 3 CO9.

B. En relation avec le contenu du contrat

134. Lors de la formation d'un contrat de consommation, les parties ne peuvent faire pleinement usage de leur liberté contractuelle pour fixer son contenu. D'une part, elles doivent respecter des normes (relativement) impératives (1.). D'autre part, les conditions générales intégrées au contrat ne peuvent être abusives au sens de l'art. 8 LCD (2.).

---

207 ATF 137 III 243, *passim*, JdT 2012 II 254.
208 ATF 137 III 243 consid. 4.2, JdT 2012 II 254.
209 FORNAGE (n. 177), p. 500 ; HARTMANN (n. 149), p. 321.
210 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 86.

1. Les normes (relativement) impératives

135. Le droit de la consommation fait régulièrement appel à des *normes (relativement) impératives*. On entend par là des dispositions légales auxquelles les parties ne peuvent pas déroger en défaveur du consommateur, sous peine de nullité[211].

136. Le *but* de ces dispositions est d'assurer que les parties ne réduisent pas à néant la protection offerte par la loi en adoptant des clauses individuelles ou en recourant à des conditions générales qui y dérogent[212]. Leur caractère relativement impératif autorise par contre des améliorations en faveur du consommateur (p. ex. une durée prolongée du délai de révocation).

137. Le législateur a parfois précisé *expressément* le caractère relativement impératif des normes concernées. Par exemple, en matière de crédit à la consommation, il « ne peut être dérogé aux dispositions de la présente loi au détriment du consommateur » (art. 37 LCC). L'art. 19 LVF procède du même principe, mais contient une exception pour « les cas expressément prévus » par le législateur.
Dans d'autres cas, le caractère relativement impératif des dispositions légales est *implicite*. On peut citer les art. 40*a* ss CO[213].

138. La *conséquence* d'une violation d'une règle impérative est en principe la *nullité de la clause* en question, qui est remplacée par la disposition impérative.

139. Toutefois, le droit de la consommation connaît des *exceptions* en vue d'éviter des abus de la part du professionnel.
Par exemple, l'art. 14 LCC prévoit que le taux annuel effectif global ne doit pas dépasser 15%, ce que confirme l'art. 1 OLCC. Pour dissuader les prêteurs d'imposer des intérêts usuraires, le législateur a prévu que la fixation d'un taux dépassant cette limite n'entraîne pas seulement la nullité partielle de la clause d'intérêt mais la *nullité totale du contrat* (art. 15 LCC). Le professionnel est alors privé de tous les

---

211 RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 55 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 5), N 647.
212 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 88.
213 GONZENBACH/KOLLER-TUMLER (n. 148), N 10.

intérêts et frais, et le consommateur n'est tenu que de rembourser le crédit jusqu'à l'expiration du crédit (art. 15 al. 1 LCC).
Un autre exemple de nullité aggravée est celle découlant de la violation de l'examen de la capacité du consommateur de contracter un crédit (art. 28 ss LCC). Une violation de peu de gravité entraîne la perte des intérêts et des frais (art. 32 al. 2 LCC), conformément aux art. 15 al. 2 et 3 LCC[214]. Par contre, une violation grave provoque ce que d'aucuns appellent une *« super-nullité »*, puisque le consommateur est libéré non seulement de tout frais ou intérêt mais aussi du remboursement du capital (art. 32 al. 1 LCC)[215].

2. Le contrôle du contenu des conditions générales (art. 8 LCD)

a) Les généralités

140. Le nouvel *art. 8 LCD* est en vigueur depuis le 1er juillet 2012. Il a le contenu suivant : « Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat ».

141. L'adoption de cette disposition est le fruit d'un *compromis politique* de dernière minute, au cours duquel la limitation du champ d'application matériel aux contrats de consommation a permis d'éviter un échec de la révision de la LCD[216]. Les modifications intervenues entre le projet du Conseil fédéral et la phase parlementaire laissent entrevoir l'influence du droit européen, en particulier de l'art. 3 al. 1 de la Directive 93/13/CEE du Conseil du

214 Message du Conseil fédéral du 14 décembre 1988, FF 1999 2879, 2909.

215 MARCHAND (n. 10), p. 223.

216 Modification de la loi contre la concurrence déloyale, BO 2011 N 227 ; BO 2011 E 304. Sur la genèse de cette disposition, cf. HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1190 ss. Eg. DUPONT ANNE-SYLVIE, Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance, *in* : Bohnet (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 99 ss, p. 106 s.

5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[217].

b) Le champ d'application

aa) Le champ d'application matériel

142. Le législateur a précisé le champ d'application matériel de l'art. 8 LCD à au moins deux égards.

143. Premièrement, l'art. 8 LCD requiert l'*utilisation de conditions générales*. Pour la définition des conditions générales, on peut renvoyer aux développements ci-dessus (*supra* N 77 ss). Il y a déjà utilisation lorsqu'une partie mentionne les conditions générales en vue de la conclusion possible d'un contrat[218]. L'art. 8 LCD est applicable dès la première utilisation du texte, à condition qu'il ait été conçu pour une utilisation multiple[219].

144. Deuxièmement, la portée de l'art. 8 LCD est limitée aux *contrats de consommation*[220]. Bien que la LCD utilise le concept de consommateur à plusieurs reprises[221], elle ne le définit pas. Ce choix soulève des questions épineuses. A notre avis, la définition du consommateur retenue pour la présente contribution (*supra* N 16) est applicable.

145. On peut faire à cet égard les *précisions* suivantes, qui s'inscrivent pour la plupart dans des débats doctrinaux encore très ouverts :

---

217 Directives sur les clauses abusives ; JO L 95 du 21.4.1993, p. 29 ss. Cet article a le contenu suivant : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. ».

218 HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1194.

219 PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 8 UWG, *in* : Jung/Spitz (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Handkommentar, Berne 2010, Art. 8 N 34.

220 Le texte de l'art. 8 LCD parle d'utilisation de conditions générales « au détriment du consommateur ».

221 Articles 3 al. 1 let. n, 10 al. 2 let. b, 16 al. 1, 16*a* al. 1, 19 al. 2 et 24 LCD.

146. 1° Le consommateur devrait en principe être une *personne physique*, à l'exclusion d'une personne morale[222]. A l'appui de cette thèse, nous rejoignons les arguments de la doctrine majoritaire relatifs à la volonté du législateur, en particulier le fait de ne pas vouloir accorder la protection de l'art. 8 LCD aux PME et d'avoir choisi une formulation proche du droit européen. Cela ne nous empêche pas de reconnaître que ce régime à deux vitesses n'est pas désirable et ne trouve pas de justification juridique, le problème des clauses abusives se posant aussi bien pour les personnes physiques que pour les personnes morales[223].

147. 2° La protection de l'art. 8 LCD n'est pas limitée aux contrats de consommation impliquant *une prestation courante*. Aux arguments de politique juridique (relatifs au besoin de protection du consommateur)[224], de cohérence entre le droit formel et matériel[225] et d'analyse historique (parallèle avec la genèse de l'art. 22 aLFors)[226], nous opposons à nouveau le choix délibéré du législateur d'adopter une solution euro-compatible pour sauver le texte[227]. Même si l'art. 8 LCD ne constitue pas une reprise autonome du droit européen, il n'en demeure pas moins que le projet du Conseil fédéral se référait déjà à la Directive sur les clauses abusives[228] et que le projet de

---

222 Dans ce sens, BOHNET (n. 123), N 62 et les références contenues ; DUPONT (n. 216), N 19 ss ; SCHMID (n. 122), p. 8 s. D'un avis différent, PICHONNAZ PASCAL, Clauses abusives et pratiques déloyales : une meilleure réglementation de la concurrence, Plaidoyer 5/2011 34, p. 35 ; PICHONNAZ PASCAL, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, DC 2012 p. 140 ss, p. 141.

223 D'un avis différent, MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD : un léger mieux sur le front des intempéries, REAS 2011 p. 328 ss, p. 331.

224 MARCHAND (n. 10), p. 20 s. ; MARCHAND (n. 223), p. 328.

225 FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz ? Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG, REAS 2011, p. 324 ss, p. 326 ; HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1194 s. ; MARCHAND (n. 10), p. 20 s. ; MARCHAND (n. 223), p. 328.

226 HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1195.

227 Dans le même sens, avec parfois d'autres justifications, BOHNET (n. 123), N 62 ; DUPONT (n. 216), N 31 ss ; SCHMID (n. 122), p. 9 ; STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, DC 2011, p. 184 ss, p. 186.

228 Message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la

compromis, élaboré par le Conseil des Etats, a singulièrement et intentionnellement rapproché la formulation de l'art. 8 LCD de celle de l'art. 3 al. 1 de la Directive sur les clauses abusives.

bb) Le champ d'application temporel

148. Le nouvel *art. 8 LCD* s'applique-t-il uniquement aux contrats conclus à partir du 1er juillet 2012 (date de son entrée en vigueur) ou à tous les contrats de consommation, quelle que soit la date de leur conclusion ?

149. La *loi* et le message ne fournissent aucune information. Il faut donc appliquer les règles générales du Titre final du Code civil (Tit. fin. CC). L'art. 1 Tit. fin. CC consacre le principe de non-rétroactivité[229], selon lequel un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du nouveau droit reste soumis à l'ancien droit[230]. L'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC[231] prévoit une exception : il admet la rétroactivité lorsque les nouvelles règles sont établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs.

150. La *doctrine* est divisée. Une première opinion conteste que l'art. 8 LCD fasse partie de l'ordre public et défend l'application du principe de non-rétroactivité[232]. Ces auteurs s'appuient notamment

---

loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 p. 5539 ss, p. 5575.

229 L'art. 1 al. 1 Tit. fin. CC a le contenu suivant : « Les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés. ».

230 Pour plus de détails, PICHONNAZ (n. 222), p. 142.

231 L'art. 2 al. 1 Tit. fin. CC a le contenu suivant : « Les règles du code civil établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs sont applicables, dès leur entrée en vigueur, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception. ».

232 BÜHLER GREGOR/STÄUBER RICHARD, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht 2012 p. 86 ss, p. 89 ; HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1211 ; RUSCH ARNOLD F., Schadenabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, RSDA 5/2012 p. 439, p. 444 ; SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle, ST 2/2012 p. 78 ss, 80 ; VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung, RSJ 2012 p. 177 ss, p. 182 nbp. 55.

sur les développements figurant dans l'ATF 133 III 105 relatifs à l'art. 2 Tit. fin. CC[233]. D'autres auteurs affirment que l'art. 8 LCD a été adopté dans l'intérêt de l'ordre public au sens de l'art. 2 Tit. fin. CC et exigent une application rétroactive de la disposition[234].

151. *A notre avis*, les exigences du Tribunal fédéral relatives à l'application de l'art. 2 Tit. fin. CC ne sont pas remplies par l'art. 8 LCD. En effet, avant d'admettre une rétroactivité, les juges exigent que les effets juridiques découlant de l'ancien droit soient contraires à l'ordre public et aux mœurs selon les conceptions du nouveau droit, autrement dit que l'application de l'ancien droit soit devenue inconciliable avec l'ordre public et les mœurs[235]. Cela n'est pas le cas en l'espèce : l'art. 8 LCD n'a été que légèrement adapté, d'une part en réduisant le champ d'application aux contrats de consommation et, d'autre part, en l'élargissant, la condition de la tromperie n'étant plus requise. Enfin, le Tribunal fédéral n'a jamais effectué un contrôle ouvert du contenu des conditions générales en se référant à la notion d'ordre public figurant à l'art. 19 al. 2 CO, en dépit des avis doctrinaux allant dans ce sens[236]. Il ne se justifie donc pas non plus d'accorder ce statut d'ordre public à l'art. 8 LCD.

152. Les *partisans* de l'application de l'art. 2 Tit. fin. CC motivent leur point de vue avec les arguments suivants : (1) la Confédération peut intenter des actions en cessation « si elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public » (art. 10 al. 3 let. b LCD) ; (2) la jurisprudence de la CJCE reconnaît que les règles de protection contre les clauses abusives reposent sur un intérêt public important et l'art. 6 de la Directive est considéré comme une norme d'ordre public ; (3) le Conseil fédéral a retardé l'entrée en vigueur de l'art. 8

233 Consid. 2.1.3 et 2.1.4.

234 PICHONNAZ (n. 222), p. 143 ; SCHMID JÖRG, Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG, Tagungsbeilage für die Schweizerische Bankrechtstagung 2012, p. 23 s.

235 ATF 133 III 105 consid. 2.1.2.

236 BSK-HUGUENIN, Art. 19-20 CO N 26 ; BK-KRAMER, Art. 19-20 CO N 158 et les renvois contenus.

LCD par rapport aux autres dispositions révisées de la LCD[237].
A notre avis, ces arguments ne sont pas suffisamment convaincants. Premièrement, les notions d'intérêt public de l'art. 10 al. 3 let. b LCD et d'ordre public de l'art. 2 Tit. fin. CC ne se recoupent pas. Deuxièmement, il n'est pas exclu qu'une disposition de droit européen fasse partie de l'ordre public européen, sans pour autant qu'il en soit de même en droit suisse, les deux ordres juridiques ne visant pas exactement les mêmes buts et ne reposant pas exactement sur les mêmes valeurs[238]. Troisièmement, le Conseil fédéral, selon ses propres mots, n'a pas retardé l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD pour permettre aux professionnels de renégocier les contrats existants mais pour leur permettre de « contrôler et adapter […] leurs conditions générales aux prescriptions légales »[239].

c) Les conditions

153. L'application de l'art. 8 LCD requiert la réunion de *conditions* qui font aussi l'objet de controverses doctrinales. Outre l'exigence d'utiliser des conditions générales (*supra* N 143) au détriment du consommateur (*supra* N 144 ss), on peut distinguer les *trois* conditions suivantes[240] :

154. 1° Une *disproportion entre les droits et les obligations du contrat*. Pour qualifier un comportement de déloyal, l'art. 8 LCD exige une disproportion entre les droits et les obligations découlant du contrat. Même si le litige porte sur une clause isolée des conditions générales,

---

237 Cf. PICHONNAZ (n. 222), p. 143.

238 Pour un exemple ayant trait à l'ordre public international de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, cf. ATF 132 III 189 consid. 3.1, où le TF souligne que le fait que la CJCE rattache une disposition au domaine de l'ordre public des Etats membres n'empêche pas le TF de parvenir à une conclusion inverse.

239 Communiqué de presse du SECO du 12 octobre 2011, cité par PICHONNAZ (n. 222), p. 140 nbp. 5.

240 Pour un catalogue presque similaire, cf. BOHNET (n. 123), N 63 ss ; SCHMID (n. 122), p. 10 ss. Pour un catalogue différent, BIERI LAURENT, Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD, *in* : Bohnet (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle et Neuchâtel 2012, p. 47 ss, N 12 ss.

il faut considérer la répartition globale des droits et obligations contractuels pour apprécier l'existence ou non d'une disproportion[241]. Si plusieurs contrats sont interdépendants, il faut également tous les considérer[242].

155. 2° Une disproportion *notable*. Une telle qualification est de nature formelle ; elle exige que l'on compare la clause problématique à un étalon[243]. Malgré le contenu ambigu des débats parlementaires[244], il est à notre avis judicieux de s'appuyer sur le droit dispositif, au moins pour les contrats nommés[245]. Ces règles reflètent en effet une solution que le législateur juge équilibrée. Pour les contrats innommés, on peut se référer aux normes de la partie générale ou aux normes dispositives spéciales, appliquées par analogie, subsidiairement à des considérations d'équité[246].

156. 3° Une disproportion *injustifiée*, c'est-à-dire *contraire aux règles de la bonne foi*. Il s'agit ici de mettre en évidence une disproportion matérielle. L'appréciation du caractère « injustifié » se fait en application des « règles de la bonne foi »[247]. Les deux expressions contenues dans l'art. 8 LCD n'ont pas (plus[248]) de signification autonome, elles se recoupent[249]. Le caractère injustifié s'apprécie au

241 KUT/STAUBER (n. 97), N 49 ss, N 119 ; SCHOTT (n. 232), p. 80.

242 HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1196 s.

243 HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1201.

244 Cf. les déclarations du Conseiller fédéral Schneider-Ammann, BO 2011 E 305 et BO 2011 N 800, qui laisse entendre que l'on ne se fonde pas nécessairement sur le régime légal lorsqu'il affirme que la formulation finalement retenue pour l'art. 8 LCD (« disproportion notable ») limite moins la liberté contractuelle que celle du projet du Conseil fédéral (qui mentionnait les « dérogations notables *au régime légal* » ; mise en évidence par l'auteur). SCHMID (n. 122), p. 11. Eg. HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1197, qui proposent une interprétation différente.

245 SCHMID (n. 122), p. 12 ; SCHWENZER (n. 76), N 46.04. Eg. MARCHAND (n. 10), p. 150, selon lequel l'important n'est pas l'étendue mais le résultat de la dérogation.

246 SCHMID (n. 122), p. 12.

247 BOHNET (n. 123), N 66 ; HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1201. Dans le même sens, STÖCKLI (n. 227), p. 184.

248 SCHMID (n. 122), p. 14, qui propose une explication convaincante.

249 SCHWENZER (n. 76), N 46.04a.

regard des circonstances particulières du cas d'espèce en adoptant le point de vue d'une personne loyale et correcte : on peut notamment tenir compte du type de contrat, de son but et de ses particularités, des intérêts des parties en jeu, de la maîtrise des risques, des principes de proportionnalité et de nécessité, de la possibilité de compenser une clause notablement désavantageuse par une clause avantageuse (p. ex. le prix)[250]. En raison de la présence d'un consommateur et des déséquilibres informationnel et structurel typiques de cette situation, on peut présumer qu'une disproportion notable viole le principe de la bonne foi et est donc injustifiée[251].

d) Les conséquences

157. Selon l'art. 2 LCD, un comportement déloyal, y compris au sens de l'art. 8 LCD, est *illicite*. Cette conséquence ouvre la voie des actions en constatation, en cessation ou en prévention de l'art. 9 al. 1 LCD ainsi que des actions en dommages-intérêts et en remise du gain mentionnées à l'art. 9 al. 3 LCD.

158. Pour les conséquences relatives à la formation du contrat, la loi est silencieuse. La doctrine quasi unanime, le message du Conseil fédéral ainsi que les débats parlementaires mentionnent la *nullité* d'une clause abusive selon l'art. 20 CO[252]. On peut faire à ce sujet les *commentaires* suivants :

159. 1° Une nullité *absolue*. Elle peut être invoquée par le consommateur et par tout tiers intéressé. Le juge doit la relever d'office et en tout temps[253].

---

250 PICHONNAZ (n. 222), p. 144.

251 BOHNET (n. 123), N 67 ; SCHMID (n. 122), p. 15.

252 SCHMID (n. 122), p. 16 et les références contenues. Eg. BOHNET (n. 123), N 69 ; PICHONNAZ (n. 222), p. 144. Cf. toutefois MARCHAND (n. 10), p. 150 s., qui critique l'imprécision des conséquences.

253 PICHONNAZ (n. 222), p. 144, qui souligne l'intérêt de cette nullité lorsque le caractère abusif d'une clause aura été reconnu dans une procédure opposant d'autres parties.

160. 2° Une nullité *partielle*. En application des critères de l'art. 20 al. 2 CO, seule la clause créant la disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations est nulle, les conditions générales restantes demeurant valables[254].

161. 3° Une nullité *sans adaptation* du contrat. Le juge ne peut pas, en application du principe de la réduction du contrat pour permettre son maintien (*geltungserhaltende Reduktion*), modifier la clause abusive de telle sorte qu'elle devienne juste tolérable[255]. Si les parties ont convenu d'une clause (non abusive) de comblement du contrat, le juge doit l'appliquer. A défaut, il doit recourir au droit dispositif et, en l'absence de disposition légale applicable directement ou par analogie, combler la lacune au moyen de la coutume ou du droit prétorien (art. 1 al. 2 CC)[256].

C. En relation avec la validité du contrat

1. Les exigences de forme

a) Les généralités

162. La liberté de la forme à l'art. 11 CO est une des composantes de la liberté contractuelle[257]. En dérogation au principe du consensualisme, les règles de droit de la consommation subordonnent parfois la validité d'un contrat ou d'une clause au respect d'une *forme spéciale*. Il s'agit en principe de la forme écrite (art. 12 ss CO).

163. Le *but* de la forme écrite est d'attirer l'attention du consommateur, de garantir une certaine transparence et de l'empêcher de prendre des décisions trop hâtives[258].

---

254 BIERI (n. 240), N 30 ; HESS/RUCKSTUHL (n. 102), p. 1209 et 1211.

255 Arrêt du TF 4A_404/2008 du 18 décembre 2008 consid. 5.6.3.2.1. et les nombreux renvois doctrinaux et jurisprudentiels contenus.

256 PICHONNAZ (n. 222), p. 144.

257 TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 553 ss.

258 RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 53 ; STAUDER (n. 11), p. 263 pour le contrat de crédit

164. L'*efficacité* des règles de forme en tant qu'instrument protégeant le consommateur fait aujourd'hui l'objet de critiques, sans qu'il existe pour autant des propositions plus adaptées[259]. Le développement de la signature électronique qualifiée (art. 14 al. 2*bis* CO), assimilée à la forme écrite, participe à cette relativisation de la forme écrite.

b) Les catégories et les modalités

165. Le législateur a imposé un formalisme pour les situations suivantes :

166. 1° Les contrats de *crédit à la consommation* (art. 9-12 LCC) se caractérisent par un formalisme important. Les art. 9 al. 1, 11 al. 1 et 12 al. 1 LCC prévoient que les différents contrats soumis à la LCC doivent revêtir la forme écrite.

167. Le document doit en principe porter les *signatures manuscrites* du professionnel et du consommateur (art. 13 al. 1 CO). On peut envisager les exceptions suivantes. Premièrement, elles peuvent être remplacées par la signature électronique qualifiée prévue à l'art. 14 al. 2*bis* CO. Deuxièmement, le professionnel peut recourir à un procédé mécanique en vertu de l'usage protégé par l'art. 14 al. 2 CO, la signature du consommateur devant alors figurer sur le même document[260].

168. La forme écrite *s'étend* à toutes les informations prévues dans la loi (art. 9 al. 2, 10, 11 al. 2 et 12 al. 2 LCC). Il n'est pas possible d'annexer des conditions générales au contrat ou de se contenter d'y renvoyer : elles doivent faire partie du document contractuel[261], exception faite des détails concernant l'examen de la capacité de contracter un crédit (p. ex. art. 9 al. 2 let. i LCC).

169. 2° Le contrat de *voyage à forfait* n'est pas soumis à une forme légale[262]. Néanmoins, l'art. 4 al. 1 LVF prévoit que le professionnel doit

---

à la consommation.

259 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 81.

260 STAUDER (n. 11), p. 264 et les références contenues.

261 STAUDER (n. 11), p. 264 et les références contenues.

262 MARCHAND (n. 10), p. 240 ; STAUDER (n. 136), p. 323 et les références contenues.

communiquer les clauses contractuelles par écrit au consommateur avant la conclusion du contrat. S'il les transmet autrement, il doit les confirmer par une copie écrite avant la conclusion du contrat, à moins qu'il s'agisse d'une réservation *last minute* (art. 4 al. 2 LVF)[263].

170. 3° Outre les véritables exigences formelles, le droit de la consommation connaît aussi des *formalités* (*Förmlichkeitserfordernisse*)[264]. Elles soumettent une action ayant une signification juridique à une exigence de forme. Par exemple, l'art. 40*d* CO prévoit que le professionnel doit informer par écrit le consommateur de son droit de révoquer en cas de démarchage à domicile.

c) Les conséquences de la violation

171. La violation des règles de forme concernant le *crédit à la consommation* est sanctionnée par une « *nullité aménagée* », qui doit être relevée d'office par le juge[265]. Conformément à la nullité traditionnelle, le consommateur ne doit rembourser que le capital du crédit et est libéré des intérêts et des frais (art. 15 al. 1 LCC). Toutefois, le législateur a aménagé les modalités du remboursement, qui ne doit pas avoir lieu immédiatement mais selon un échéancier contractuel adapté (art. 15 al. 2 LCC). Pour les contrats de leasing, l'art. 15 al. 4 LCC prévoit une nullité non rétroactive selon laquelle, malgré la nullité du contrat, le consommateur doit payer les redevances périodiques dues, la part de valeur de l'objet non couverte étant à la charge du professionnel[266].

172. Sauf situation exceptionnelle de réservation last-minute, la violation de l'art. 4 LVF empêche la conclusion du *contrat de voyage à forfait*. Si le consommateur entreprend tout de même le voyage, le contrat est

---

263 STAUDER (n. 136), p. 324 et les références contenues.

264 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 79.

265 MARCHAND (n. 10), p. 217, qui parle de nullité aménagée. Comp. RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 50, qui parlent de « nullité pure et simple ». Eg. KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 78.

266 Arrêt du TF 4C.58/2006 du 13 juin 2006 consid. 5. Eg. MARCHAND (n. 10), p. 218, qui parle d'un « concept inédit » du droit suisse.

conclu *de facto* mais le professionnel ne peut faire valoir à l'encontre du consommateur les clauses contractuelles non communiquées par écrit[267].

173. Les conséquences du non-respect d'une *formalité* (*supra* N 170) peuvent prendre des formes diverses[268]. Dans l'exemple de l'art. 40*d* CO, la violation de la formalité a pour effet que le délai de révocation commence à courir plus tard, une fois que la communication a eu lieu par écrit (art. 40*e* al. 2 let. b CO).

2. Les exigences de contenu

174. Selon l'art. 19 al. 1 CO, l'objet d'un contrat peut être *librement déterminé* dans les limites de la loi. Par conséquent, les parties ont en principe le droit d'aménager le contrat comme bon leur semble[269].

175. Le droit de la consommation impose néanmoins certaines *exceptions* à ce principe, notamment dans les domaines suivants :

176. 1° *Le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat*[270]. L'art. 406*d* CO exige la forme écrite qualifiée en inventoriant les informations devant figurer dans le contrat[271]. Cette énumération porte à la fois sur le contenu du contrat (identité des parties, prestations du mandataire, modalités de paiement, frais de rapatriement si applicables) et sur le rappel des droits protégeant le consommateur (droit de révocation et de résiliation[272]).

177. La non-transmission du contenu imposé par l'art. 406*d* CO entraîne la *nullité* du contrat[273]. Vu que cette disposition protège le

---

267 MARCHAND (n. 10), p. 242.

268 KOLLER-TUMLER (n. 37), p. 81.

269 TERCIER/PICHONNAZ (n. 5), N 557 ss.

270 A ce sujet, cf. WERRO (n. 157), N 1 ss ; PIETRUSZAK (n. 157), N 1 ss.

271 WERRO (n. 157), N 20.

272 Le législateur utilise curieusement l'expression « *résoudre* le contrat » (mise en évidence par l'auteur ; cf. l'art. 406*d* ch. 5 CO), alors qu'il s'agit d'un droit de révocation (MARCHAND [n. 10], p. 157) et « révoquer […] le contrat » (art. 406*d* ch. 7 CO), alors qu'il s'agit d'un droit de résiliation.

273 Message du CF du 15 novembre 1995, FF 1996 I 179. Eg. l'ancien art. 226*a* al. 3

consommateur, il s'agit d'une nullité que seul ce dernier peut invoquer[274].

178. 2° Le *crédit à la consommation*. Plusieurs dispositions précisent le *contenu minimal* des différents contrats soumis à la LCC (art. 9 al. 2, 10, 11 al. 2 et 12 al. 2 LCC). Les informations requises sont nombreuses et complexes. Elles portent sur les paramètres présumés déterminants pour l'acceptation d'un crédit par le consommateur : le montant du crédit, le taux annuel effectif global, les frais, les conditions de remboursement, les garanties, le droit de révocation, etc.[275]

179. En cas de violation de ces exigences, la LCC prévoit une « *nullité aménagée* », que nous avons déjà définie (*supra* N 171)[276]. En outre, le délai de révocation de l'art. 16 al. 1 LCC ne court pas si le professionnel ne s'est pas acquitté de son devoir d'information (art. 16 al. 2 LCC).

3. Les exigences relatives au consentement

180. Selon l'art. 13 al. 1 LCC, la *validité* d'un contrat entrant dans le champ d'application de la LCC et conclu par un mineur est soumise au *consentement* de son représentant légal. Jusque-là, le régime de la LCC correspond à celui du Code civil. Toutefois, l'art. 13 LCC prévoit que cet accord doit être donné *par écrit* (al. 1) et au plus tard *au moment de la signature* du contrat par le consommateur mineur (al. 2).

CO, qui prévoyait expressément la nullité du contrat (RO 1962 1082). HARTMANN (n. 149), p. 315 ; cf. ég. TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G./ PEDRAZZINI FRANCO, Les contrats spéciaux, 4e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, N 5505, qui trouvent l'affirmation absolue mais ne la contestent pas.

274 TERCIER PIERRE, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/ Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, RSJ 2000, p. 322 ss, p. 322.

275 RAPIN/WESSNER, (n. 15), N 36 s.

276 HARTMANN (n. 149), p. 315.

181. Si ces exigences formelles ne sont pas remplies, le contrat est affecté de la *nullité aménagée* de l'art. 15 al. 1 LCC (*supra* N 171). Une ratification par le représentant légal ou le fait que le mineur soit devenu majeur après la conclusion du contrat ne guérit pas le vice. Il s'agit là d'une exception à l'art. 19*a* al. 1 CC[277].

IV. Conclusion

182. La protection du consommateur lors de la formation du contrat est assurée par deux catégories principales d'instruments :

183. 1° Les règles *du droit classique des obligations*. Ces outils participent largement à la protection du consommateur, si ce dernier est à même d'établir concrètement l'existence d'un déséquilibre typique (informationnel et/ou structurel) entre le professionnel et lui-même. Les règles pertinentes, qui se trouvent pour la plupart dans la partie générale du Code des obligations, ont l'avantage de s'appliquer à tous les contrats de consommation. L'évolution moderne du droit des obligations, qui tend à restreindre la liberté contractuelle formelle au profit d'une plus grande justice contractuelle matérielle[278], favorise une prise en compte des intérêts des consommateurs lors de la mise en œuvre des institutions du droit classique des obligations.

184. 2° Les règles *spécifiques du droit de la consommation*. Ces outils ont été développés dans des domaines ponctuels lorsque le législateur présumait abstraitement et de manière irréfragable qu'un déséquilibre typique existait entre professionnel et consommateur. L'approche est fragmentaire. Les règles légales sont contenues dans des lois ou des dispositions éparses (LVF pour le contrat de voyage à forfait, LCC pour le contrat de crédit à la consommation, art. 8 LCD pour les conditions générales abusives) ou dans des chapitres isolés du Code des obligations (art. 40*a* ss CO pour le démarchage à

277 STAUDER (n. 11), p. 267.

278 Ce néologisme souligne le fait que l'esprit du spécialiste en droit de la consommation se focalise sur cette matière et tend, dès lors, à ignorer les autres solutions qui s'offrent à lui en dehors de cette discipline.

domicile, art. 406*a* ss CO pour le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat).

185. Par conséquent, une protection du consommateur raisonnable et efficace passe par une utilisation complémentaire des deux catégories présentées ci-dessus. Les recherches effectuées dans le cadre de la présente contribution laissent à penser que les praticiens et les auteurs tendent à délaisser la première catégorie au profit de la seconde. Cette attitude s'explique peut-être par un « effet tunnel »[279] lié à une spécialisation en droit de la consommation et par le fait qu'une grande partie des règles se situent aujourd'hui dans des lois spéciales, hors du Code des obligations.

186. Afin d'éviter une approche fragmentaire et la multiplication des outils ponctuels ainsi qu'une décodification non souhaitable du droit des obligations, le législateur devrait, *de lege ferenda*, tenter de conserver l'unité du droit privé au sein du Code et tâcher d'y intégrer les règles spécifiques du droit de la consommation. Certaines d'entre elles sont susceptibles de généralisation – on pense notamment au contrôle des conditions abusives ou au droit de révocation qui veut assurer la qualité du consentement du cocontractant – et pourraient trouver leur place dans la partie générale du CO[280]. D'autres, comme les devoirs spécifiques d'information et les exigences de contenu, restent attachées à des contrats spécifiques et pourraient figurer dans des chapitres indépendants de la partie spéciale du Code des obligations.

---

279 ATF 123 III 292, consid. 2.e.aa, JdT 1998 I 586 : « Das Vertragsrecht wird zunehmend materialisiert, die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwas in den Gebieten […] des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Bedingungen. »

280 PICHONNAZ (n. 40), p. 219, qui cite à ce titre la proposition de formulation générale du groupe d'experts PRORAT.