

LA VULNERABILITE ECONOMIQUE – RAPPORT SUISSE

Ariane Morin et Anne Christine Fornage, Professeures à l'Université de Lausanne

Chapitre 1 – Droit commun des contrats

En droit suisse, les règles valables pour tous les contrats, indépendamment de leur type et de leur contenu, se trouvent aux art. 1 à 183 CO, qui forment la Partie générale du Code des obligations (ci-après CO). Les art. 184 à 551 CO, qui constituent la Partie spéciale du CO, traitent de certains contrats jugés comme particulièrement importants dans la pratique ; il n'en sera question ci-après qu'incidemment, dans la mesure où cela permet de préciser la portée de règles communes à tous les contrats. Par souci de concision, on laissera donc de côté les règles particulières du bail (art. 253 CO) et du contrat de travail (art. 319 CO), qui tendent à protéger spécifiquement la partie jugée économiquement faible (le locataire ; le travailleur), notamment en ce qui concerne la résiliation du contrat, et constituent à ce titre un corpus de règles de « droit privé social ». Les problèmes spécifiques posés par les contrats innommés, en particulier la possibilité de les soumettre par analogie à des règles impératives applicables à un contrat nommé pour protéger les intérêts de la partie en situation de faiblesse¹, ne seront pas non plus développés ci-après.

Le CO est un code ouvert, où le législateur a décidé, par souci de simplicité et de maniabilité de la loi, de ne régler que les hypothèses qu'il considérait (à l'époque) comme les plus significatives. Pour le surplus, il a habilité le juge à régler les questions qu'il avait volontairement renoncé à traiter, en s'appuyant sur l'art. 2 CC, qui prévoit à son alinéa 1 que : « *chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi* »². En matière contractuelle, l'injonction de se comporter selon les règles de la bonne foi signifie que le contrat doit refléter l'exercice équivalent de la liberté contractuelle de chaque partie. Lorsque ce n'est pas le cas, parce que l'une des parties se trouve dans une situation de faiblesse personnelle ou structurelle, il se justifie d'intervenir (par une règle légale ou jurisprudentielle), de façon à ce qu'elle soit traitée comme si elle avait la même marge de manœuvre que l'autre partie. C'est dans cette mesure (et dans cette mesure seulement) que le droit commun des contrats protège directement ou indirectement les intérêts de la partie économiquement faible – avant tout dans le processus de formation du contrat³.

1 A ce propos, cf. Morin, Liberté contractuelle, p. 29 s ; BSK-Amstutz/Morin, N 32 ad Allg. Einl. zu Art. 1-184 OR ; CR CO I-THEVENOZ/DE WERRA, N 52 ss ad Intro aux art. 184-529 CO.

² L'art. 1 al. 2 CC ordonne par ailleurs au juge de combler les lacunes de la loi *modo legislatoris* lorsque le législateur n'a pas traité un problème parce qu'il sortait de toutes ses prévisions – cf. not. ATF 74 II 106, JdT 1949 I 62.

³ MORIN, Liberté contractuelle, pp. 22 ss et 28 s.

Section 1 – La formation du contrat

§ 1^{er} – Information

Les personnes qui entrent en pourparlers précontractuels s'engagent dans un rapport spécial de confiance et de fidélité⁴, qui trouve sa source dans une concrétisation du principe posé à l'art. 2 al. 1 CC. En effet, même si, fondamentalement, la liberté contractuelle implique que chacun est libre de mettre en tout temps fin à des pourparlers, les règles de la bonne foi imposent aux parties qui entament de telles discussions des devoirs réciproques d'information et diligence. Ces devoirs précontractuels ont pour but de protéger juridiquement la confiance de chaque participant aux pourparlers dans le sérieux, la sincérité et la loyauté de l'autre⁵.

Il en résulte notamment le devoir de chaque partie aux pourparlers de renseigner l'autre sur des faits à propos desquels elle dispose de connaissances que cette dernière ne peut objectivement pas avoir, même en se renseignant elle-même sur les circonstances du contrat envisagé. En outre, la partie qui est interrogée par l'autre sur un fait en relation avec le contrat négocié doit lui donner une information véridique et complète⁶. Certains devoirs précontractuels d'information se déduisent aujourd'hui de règles légales spéciales (ex : art. 381 al. 3 CO ; art. 3 LCA), spécialement en matière de contrats de consommation⁷. En l'absence d'une règle légale spéciale, les devoirs précontractuels ont été formalisés par la jurisprudence, en spécification de l'art. 2 al. 1 CC.

Pour déterminer la sanction de la violation d'un devoir précontractuel d'information, il faut distinguer selon qu'un contrat a été ou non définitivement conclu :

- Lorsqu'aucun contrat n'a été conclu (rupture des pourparlers), ou lorsque le contrat est invalide (vice de forme, art. 11 al. 2 CO, vice de l'objet, art. 19 et 20 CO, vice du consentement, art. 23 à 31 CO, représentation sans pouvoirs, art. 36 al. 2 et 39 CO), la partie qui a violé son devoir précontractuel d'information engage sa responsabilité précontractuelle (ou responsabilité pour *culpa in contrahendo*) si la violation de ce devoir a causé un dommage à l'autre partie et si toutes les autres conditions de cette responsabilité (en principe subjective) sont réalisées⁸. La responsabilité précontractuelle est une responsabilité autonome, qui se rapporte au concept plus large de responsabilité fondée sur la confiance. Selon le Tribunal fédéral (ci-après le TF), elle est soumise à un régime *sui generis*, inspiré pour partie de la responsabilité pour inexécution (art. 97 ss CO), notamment en ce qui concerne le fardeau de la preuve de la faute (cf. art. 97 al. 1 CO) et la responsabilité pour auxiliaires (art. 101 CO) et pour partie de la responsabilité

⁴ Il faut réserver l'hypothèse où les participants aux pourparlers ont réglé le déroulement de leurs négociations dans une convention préalable, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 983 ; CR CO I-MORIN, N 123 ad art. 1 CO.

⁵ ATF 140 III 200 c. 5.2, JdT 2014 II 401.

⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 956 ss ; CR CO I-MORIN, N 134 ad art. 1 CO.

⁷ *Infra*, section 2, § 1.

⁸ ATF 77 II 135 ; ATF 140 III 200 c. 5.2, JdT 2014 II 401 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 964 ; CR CO I-THEVENOZ, N 19 ad Intro art. 97-109 CO.

civile (art. 41 CO), notamment en ce qui concerne la prescription⁹. La responsabilité pour *culpa in contrahendo* est subsidiaire à la responsabilité civile¹⁰. Par conséquent, dans la mesure où on admet que l'auteur d'un dol (art. 28 CO) commet un acte illicite au sens de l'art. 41 CO¹¹, il devrait en répondre exclusivement selon la responsabilité civile et non selon la responsabilité précontractuelle.

- Si un contrat a été définitivement conclu malgré la violation d'un devoir précontractuel d'information, en particulier si la partie victime de la *culpa in contrahendo* a ratifié le contrat (art. 31 CO), il y a absorption de la responsabilité précontractuelle par la responsabilité contractuelle et la partie lésée peut en principe se contenter d'invoquer les art. 97 ss CO en se prévalant de la violation du contrat induite par la violation du devoir précontractuel¹². La violation du devoir précontractuel d'information peut aussi avoir des incidences sur les effets du contrat. Par exemple, les art. 197 ss CO prévoient une aggravation du régime de la garantie pour les défauts en cas de dol du vendeur (art. 198, 199, 203, 210 al. 6 et 234 CO).

§ 2 – *Vices du consentement*

Les concepts d'état de nécessité, d'abus des circonstances ou d'abus de faiblesse ne jouent aucun rôle en matière de vice du consentement. Selon les art. 23 à 31 CO, une partie peut invalider le contrat pour erreur essentielle (art. 23 et 24 CO) dol (art. 28 CO) ou crainte fondée (art. 29 et 30 CO), dans un délai de péremption d'une année courant dès la découverte de l'erreur ou de la tromperie, ou de la dissipation de la crainte (art. 31 CO), indépendamment de toute considération sur sa situation de faiblesse économique. Cas échéant la partie à l'origine du vice du consentement (p. ex. la partie qui a induit l'autre en erreur en lui donnant par négligence des renseignements inexacts lors des pourparlers) engagera sa responsabilité précontractuelle envers l'autre (cf. art. 26 CO) et devra réparer le dommage consécutif à la conclusion du contrat vicié (respectivement à la violation du devoir précontractuel)¹³. La partie victime du vice peut aussi choisir de ratifier le contrat (cf. art. 31 CO) et former contre l'autre des prétentions fondées sur ce contrat. C'est ainsi que, dans le contexte du *Dieselgate*, l'acheteur d'un véhicule affecté d'un logiciel truqué par son constructeur peut soit invalider le contrat conclu avec le vendeur, en invoquant une erreur sur sa base objectivement et subjectivement nécessaire (art. 24 al. 1 ch. 4 CO), soit ratifier ce contrat et faire valoir son droit à la garantie pour les défauts en matière de vente (art. 197 ss CO)¹⁴.

⁹ ATF 130 III 245 c. 2.1, JdT 2004 I 207 ; ATF 142 III 84 c.3.3 ; CR CO I-MORIN, N 145 ss ad art. 1 CO.

¹⁰ ATF 130 III 245 c. 2.1, JdT 2004 I 207 ;

¹¹ ATF 108 II 419, JdT 1983 I 204 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 870.

¹² ATF 77 II 135 c.2a ; ATF 131 III 377 c.3, JdT 2005 I 612 ; CR CO I-MORIN, N 138 ad art. 1 CO

¹³ *Supra*, section 1, § 1

¹⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, N 648 ss ; Sur la question des droit de l'acquéreur contre l'importateur ou le fabricant, fondés sur la responsabilité civile (art. 41 CO), ou, subsidiairement, sur la responsabilité fondée sur la confiance (cf. ATF ATF 130 III 245 c, JdT 2004 I 207 ; ATF 142 III 84), voir RUSCH/SCHWIZER, pp. 1299 ss.

§ 3 – Contrat d'adhésion

Le droit suisse reconnaît qu'un contrat peut incorporer des conditions générales, c'est-à-dire des clauses formulées à l'avance par l'une des parties, généralement dans le but d'être insérées dans un grand nombre de contrats¹⁵. Les conditions générales ne sont valables que si les parties les ont incorporées à leur contrat en convenant au moment de sa conclusion (art. 1 CO) qu'elles en feraient partie intégrante et le compléteraient, ce qui implique que la partie qui a élaboré ces conditions générales doit avoir donné à l'autre la possibilité concrète d'en prendre connaissance avant de s'engager¹⁶. L'art. 8 LCD ne concernant que les contrats de consommation¹⁷, il n'y a pas, en droit commun des contrats, de véritable contrôle du caractère abusif des conditions générales. Certes, en cas d'incorporation globale (soit lorsque la partie à laquelle les conditions générale ont été présentées a consenti à leur incorporation sans les lire ou les comprendre), le TF applique la règle de l'insolite, selon laquelle, en substance, une clause qui s'écarte notablement du droit dispositif en défaveur de la partie à laquelle les conditions générales ont été présentées ne lui est pas opposable si elle se trouvait dans une situation d'inexpérience ou de faiblesse au moment de la conclusion du contrat. La portée de cette règle est toutefois très limitée ; en effet, elle ne s'applique pas si la clause (a priori insolite) a été rédigée de façon transparente et mise en évidence par des procédés techniques (p. ex. l'utilisation de caractère gras)¹⁸.

Pour le surplus, l'interprétation (art. 18 CO) et le contrôle de la validité des conditions générales (notamment leur conformité au droit impératif, cf. art. 19 et 20 CO) s'opère selon les mêmes règles que celles s'appliquent aux contrats individuels¹⁹.

§ 4 – Lésion et clauses abusives

Conformément à l'art. 19 al. 1 CO, les parties peuvent en principe s'engager pour n'importe quel objet. Il est donc exclu d'annuler ou de réviser le contenu du contrat pour le seul motif qu'il serait très défavorable à l'une des parties²⁰. En droit commun des contrats, de rares exceptions sont envisageables, à des conditions strictes :

- Selon les art. 27 CC et 19/20 CO, le contrat est nul (en tout ou partie, art. 20 al. 2 CO), s'il impose à une partie des engagements touchant au cœur de l'autonomie privée et violant ainsi ses droits de la personnalité (d'où par exemple l'interdiction des contrats perpétuels)²¹.
- D'après l'art. 21 CO, en cas de disproportion évidente entre les prestations, la partie lésée peut invalider le contrat dans un délai de péremption d'une année à partir de la conclusion

¹⁵ CR LCD-PICHONNAZ, N 3 s. ad art. 8 LCD ; CR CO I-MORIN, N 165 ad art. 1 CO.

¹⁶ ATF 77 II 154 c. 4, JdT 1952 I 11 ; CR LCD-PICHONNAZ, N 43 ss ad art. 8 LCD ; CR CO I-MORIN, N 169 ss ad art. 1 CO.

¹⁷ *Infra*, chapitre 2, section 1, § 4.

¹⁸ ATF 119 II 443 c. 1, SJ 1994 p. 637 ; ATF 135 III 1 c. 2.1, JdT 2016 II 516 ; CR LCD-PICHONNAZ, N 93 ss ad art. 8 LCD ; CR CO I-MORIN, N 176 ss ad art. 1 CO.

¹⁹ ATF 122 III 118 c. 2a, JdT 1997 I 805 ; CR LCD-PICHONNAZ, N 81 ad art. 8 LCD.

²⁰ MORIN, Liberté contractuelle, p. 23.

²¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 687 ; MORIN, Liberté contractuelle, p.22.

du contrat, si l'autre partie l'a déterminée à s'engager en exploitant sa gêne, sa légèreté ou son inexpérience²².

- L'art. 163 CO permet au juge de réduire *ex æquo et bono* (art. 4 CC) les peines conventionnelles qu'il estime excessives, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce (notamment la gravité de la faute du débiteur, l'étendue du dommage vraiment subi par le créancier et une éventuelle relation de dépendance entre les parties)²³.

A noter aussi qu'une règle de forme ou une règle impérative, qui s'impose aux parties sous peine de nullité (art. 11 al. 2 CO ; 19 et 20 CO), peut avoir pour but de protéger les intérêts de l'une d'elle, supposée en position de faiblesse (ce qui explique pourquoi la plupart des règles du CO consacrées au bail ou au contrat de travail sont de droit impératif). Par ailleurs, lorsque la conclusion du contrat est le seul moyen de protéger les intérêts d'une partie économiquement faible parce qu'elle ne peut pas se procurer ailleurs l'objet de la prestation, il est possible d'obliger l'autre partie à conclure ce contrat, même si elle ne voulait pas s'engager²⁴.

Section 2 – L'exécution du contrat

§ 1^{er} – Interprétation

Selon l'art. 18 al. 1 CO, le contrat s'interprète d'abord selon la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective). Si l'une des parties au moins n'a pas compris la volonté réelle de l'autre, ou s'il n'est pas possible de déterminer ce que les parties voulaient vraiment au moment de la conclusion du contrat, il faut appliquer le principe de la confiance et se demander comment une personne raisonnable pouvait et devait comprendre la manifestation de volonté considérée, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce (interprétation objective). Ce n'est que lorsque l'interprétation selon le principe de la confiance ne donne aucun résultat, parce que la déclaration ou le comportement visé est ambigu ou que la situation est confuse, que le juge peut s'en remettre à des maximes interprétatives, en particulier à la règle *in dubio contra stipulatorem*. Comme le principe de la confiance a déjà lui-même un rôle subsidiaire, une telle maxime n'a donc qu'une portée restreinte, y-compris en matière de conditions générales, puisque selon le TF, celles-ci s'interprètent comme n'importe quelle autre clause contractuelle²⁵.

§ 2 – Modération de l'exercice des droits contractuels

Si le contrat est conclu et valide, il s'impose aux parties, conformément au principe *pacta sunt servanda* (qui se déduit, là encore, de l'art. 2 al. 1 CC). Néanmoins, comme le précise l'art. 2 al. 2 CC (« *l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* ») et certaines règles de la

²² ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 733 ss.

²³ ATF 133 III 43, JdT 2007 I 226 ; ATF 143 III 1 c. 4.1.

²⁴ ATF 129 III 35 c. 6.3, JdT 2003 I 127 ; MORIN, Liberté contractuelle, p. 29.

²⁵ ATF 4A_635/2016 c.5.2 ; ATF 133 III 61 c. 2.2.2.3 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1231s. ; CR CO I-MORIN, N 93 ss ad art. 1 CO ; CR LCD-PICHONNAZ, N 83 s. ad art. 8 LCD.

Partie générales du CO (p.ex. art. 25 ou 156 CO), une partie ne peut pas abuser des droits que lui confère le contrat, en les exerçant de façon objectivement contraire à leur but (p. ex. par pur esprit de chicane)²⁶.

Il n'est possible de déroger à l'effet obligatoire du contrat qu'à titre exceptionnel, lorsqu'un changement extraordinaire et imprévisible de circonstances survient après sa conclusion induit une grave disproportion entre la prestation d'une partie et la contre-prestation de l'autre. Si les effets de cette imprévision n'ont pas été réglés dans le contrat (p. ex. par une clause de *hardship*) ou dans la loi (ex : art. 119 CO ; art. 266g CO ; art. 373 CO), le juge peut s'en remettre au principe de la *clausula rebus sic stantibus* (déduit de l'art. 2 CC) et modifier le contenu du contrat, pour autant que le déséquilibre ne résulte pas de circonstances imputables à la partie qui invoque l'imprévision²⁷. Si le maintien du contrat est devenu objectivement intolérable pour cette partie, celle-ci peut même s'en défaire en le résiliant pour de justes motifs²⁸.

En dehors des cas d'imprévision, le droit commun des contrats ne permet pas au débiteur d'obtenir en justice un délai pour s'exécuter en invoquant sa détresse économique. Pour savoir comme il peut être protégé, il faut s'en remettre au droit public, notamment à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Chapitre 2 – Contrats de consommation

Section 1 – Les instruments de protection

§ 1^{er} - Nature

En droit suisse, la protection du consommateur est un objectif ancré à l'art. 97 al. 1 de la Constitution fédérale²⁹. Cette disposition donne en effet mandat au législateur suisse de « prendre des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices ». Ce sont ainsi des textes législatifs (lois ou ordonnances) qui contiennent les instruments destinés à protéger le consommateur.

De tels instruments peuvent également figurer dans d'autres textes, à l'instar des Circulaires émises par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers suisse, la FINMA, comme la « Circulaire 17/7 Risques de crédit – banques »³⁰. Ce document concrétise notamment l'exigence légale de fonds propres minimaux pour le financement hypothécaire en vue de juguler le risque que peut présenter une telle opération pour les banques. Il offre aussi

²⁶ Cf. p. ex. ATF 131 III 535 c. 4.2 ; ATF 143 III 666 c. 4.2.

²⁷ ATF 127 III 300, JdT 2001 I 239 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1280 ss ; CR CO I-WINIGER, N 193 ss ad art. 18 CO.

²⁸ ATF 138 III 304 c.7, JdT 2016 II 615.

²⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

³⁰ Ce texte peut être consulté sous <https://www.finma.ch/fr/news/2016/12/20161219-rs-16-1-kreditrisiken-17-7-offenlegung/> (dernière visite le 3 mars 2018).

par là une certaine protection à celui qui entend acquérir un immeuble à des fins privées, puisqu'un montant minimal de fonds propres est exigée.

§ 2 – Instruments de protection à vocation générale

Parmi les instruments de protection à vocation générale figure la Loi fédérale contre la concurrence déloyale³¹ (ci-après: LCD). Cette loi vise à favoriser une concurrence loyale sur le marché (art. 1) et condamne donc les comportements ou pratiques commerciales trompeuses ou contrevenant aux règles de la bonne foi en influant sur les rapports entre fournisseurs et clients (consommateurs ou non) à l'art. 2. Les dispositions suivantes de la loi, comme l'art. 3 LCD (méthodes déloyales de publicité et de vente et autres comportements illicites)³², contribuent à la concrétisation de cet objectif.

On peut encore mentionner certaines dispositions de droit procédural. Il en va ainsi des art. 32 du Code de procédure civile³³ (ci-après : CPC) et des art. 114 et 120 de la Loi fédérale sur le droit international privé³⁴ (ci-après : LDIP). Ces articles ont toutefois un champ d'application limité puisqu'ils consacrent le critère de la « prestation de consommation courante », lequel restreint la protection conférée au consommateur du point de vue du for (art. 32 CPC), du tribunal internationalement compétent (art. 114 LDIP) et du droit applicable (art. 120 LDIP).

La « prestation de consommation courante » est une notion indéterminée dont le juge est appelé à tracer les contours³⁵. De la jurisprudence prononcée par le Tribunal fédéral, il résulte que dans le secteur financier, le volume des transactions et la régularité de celles-ci déterminent l'existence d'une prestation de consommation courante³⁶. La valeur de la prestation joue également un rôle : il a ainsi été jugé qu'une voiture de luxe achetée pour un prix de 190'000 francs suisses (env. 160'000 euros) ne pouvait être qualifiée comme telle³⁷.

§ 3 - Instruments de protection propres à certains contrats de consommation ou à certains modes de conclusion de ceux-ci

Le droit suisse contient des instruments de protection propres à certains contrats de consommation, comme l'illustrent les trois exemples suivants :

1° Les contrats conclus par démarchage et les contrats semblables. Les art. 40 ss CO confèrent au consommateur le droit de revenir sur sa manifestation de volonté lorsque le contrat a été conclu dans les circonstances de l'art. 40b CO. Il faut toutefois que la prestation de l'acquéreur dépasse 100 francs (art. 40a al. 1 let. b CO) et qu'il ne s'agisse pas d'un contrat d'assurance (art. 40a al. 2 CO). On notera toutefois qu'un tel droit n'existe pas pour les contrats conclus par le biais d'Internet. Le législateur l'a expressément exclu pour ce type de transactions.

³¹ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241).

³² CR LCD-PICHONNAZ, N 21 s. ad art. 2 LCD.

³³ Code de procédure suisse du 18 décembre 1008 (RS 272).

³⁴ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291).

³⁵ FORNAGE, La protection, N 1326 ss.

³⁶ ATF 132 III 268, consid. 2.2.4.

³⁷ ATF 134 III 218.

2° La Loi fédérale sur les voyages à forfait³⁸ (ci-après : LVF). Cette loi ne s'applique qu'aux contrats comportant une « combinaison préalablement d'au moins deux des prestations suivantes, lorsqu'elle est offerte à un prix global et qu'elle dépasse vingt-quatre heures ou inclut une nuitée : a. le transport ; b. l'hébergement ; c. les autres services touristiques non accessoires au transport ou à l'hébergement représentant une part importante dans le forfait ».

3° La Loi fédérale sur le crédit à la consommation³⁹ (ci-après : LCC). Bien que cette loi vise les crédits contractés par un consommateur, elle ne s'applique pas à tous les contrats conclus dans ce secteur. Ainsi, l'art. 7 al. 1 LCC exclut-il les contrats de crédit ou les promesses de crédit garantis directement ou indirectement par des gages immobiliers (let. a), les contrats de crédit ou les promesses de crédit couverts par le dépôt d'une garantie bancaire usuelle ou pour lesquels le consommateur dépose suffisamment d'avoirs auprès du prêteur (let. b), les crédits accordés ou mis à disposition sans rémunération en intérêts ni autres charges (let. c), les crédits ne prévoyant pas d'intérêt à condition que le consommateur accepte de rembourser le crédit en une seule fois (let. d), les crédits en vertu desquels le consommateur est tenu de rembourser (let. d), les contrats conclus en vue de la prestation continue de services privés ou publics, en vertu desquels le consommateur a le droit de régler le coût desdits services, aussi longtemps qu'ils sont fournis, par des paiements échelonnés (let. g). L'art. 8 LCC limite la protection prévue par le législateur pour les « contrats de leasing et les comptes liés à une carte de crédit ou à une carte de client avec option de crédit ainsi que pour les crédits consentis sous la forme d'une avance sur compte courant ».

Au moment de l'adoption de ces trois lois, le droit suisse ne différait pas de manière significative du droit européen quant à la protection conférée au consommateur pour les contrats visés. Cela s'explique dès lors que ces textes sont issus d'une reprise autonome du droit européen. Ils ont été adoptés durant les années nonante dans le contexte du paquet « Swisslex » après le rejet par le peuple et les cantons de l'adhésion de la Suisse à l'Espace Economique Européen⁴⁰.

Cette origine européenne oblige le juge suisse à interpréter la droit repris de manière téléologique et dynamique⁴¹. Tout l'enjeu est de savoir quel est la marge de manœuvre du magistrat lorsqu'il ne s'agit plus d'interpréter le droit suisse conformément au droit européen repris, mais eu égard aux nouvelles directives adoptées par le législateur de l'Union européenne. On pense par exemple à la Directive 2015/2302 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées⁴² récemment adoptée au sein de l'Union européenne et qui n'a pas été reprise en droit suisse.

³⁸ Loi fédérale sur les voyages à forfait du 18 juin 1993 (RS 944.3).

³⁹ Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001 (RS 221.214.1).

⁴⁰ WERRO /PROBST, p. 453 ss ; MORIN, p. 17 ss ; FORNAGE, La protection, N 728 ss.

⁴¹ STAUDER, SPR, N 231 ; CR LCC-FAVRE-BULLE, N 17 ad Intro. à la LCC ; ATF 129 III 335 c. 6 et 7, JdT 2003 II 75 ; ATF 132 III 226 c. 3.3.7, JdT 2007 I 445.

⁴² Directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil, <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2302/oj>.

§ 4 – Le consommateur protégé

Le législateur suisse a adopté une formulation tantôt positive, tantôt négative de la finalité poursuivie par le consommateur en droit privé.

Le consommateur est notamment ainsi défini comme :

- La partie au contrat « 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 » (art. 120 LDIP)⁴³.
- La partie au contrat conclu « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle » (art. 15 CL)⁴⁴.
- La partie qui conclut un contrat « portant sur des choses mobilières ou des services destinés à un usage personnel ou familial du client si : (a.) le fournisseur de biens ou de services a agi dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale et que (b.) la prestation de l'acquéreur dépasse 100 francs » (art. 40a CO)⁴⁵.
- La partie qui « conclut un contrat de crédit à la consommation dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle » (art. 3 LCC)⁴⁶.
- La partie qui « conclut ou s'engage à conclure le forfait » ou « au nom ou en faveur de laquelle le forfait est conclu ou l'engagement de le conclure est pris » ou encore la partie « à laquelle le forfait est cédé » (art. 2 al. 3 LVF)⁴⁷.

A l'exception de l'art. 2 al. 2 LVF qui contient une définition large du consommateur, soit la personne physique ou morale qui bénéficie des droits résultant d'un contrat d'organisation de voyage⁴⁸, il s'agit ainsi de la personne physique qui conclut un contrat à des fins non professionnelle ou non commerciales⁴⁹.

Hormis dans le droit des conditions générales où ce critère peut entrer en ligne de compte pour déterminer le caractère insolite d'une clause⁵⁰, l'inexpérience n'est toutefois pas évoquée pour définir le consommateur. Il est cependant évident que cette circonstance est à l'origine des mesures de protection particulières prises en vue de le protéger. Ainsi en va-t-il de l'information que doit fournir le prêteur à l'emprunteur avant de conclure un contrat de crédit à la consommation⁵¹.

La personne qui agit exclusivement dans un but professionnel ne peut par ailleurs prétendre à la qualité de consommateur, sauf dans le contexte de la législation suisse sur les voyages à forfait. Il n'existe à ce jour aucune jurisprudence suisse répondant à la question de savoir si et

⁴³ CR LDIP-BONOMI, N 2 ad art. 120 LDIP ; DUTOIT, N 2 ad art. 120 LDIP ; BRUNNER, N 3 ad art. 120 LDIP.

⁴⁴ CR CL-BONOMI, N 9 ad art. 15 CL ; FURRER/SHEIKHR, N 7 ad art. 15 CL.

⁴⁵ CR CO I-STAUDER/STAUDER, art. 40a CO, N 13 ss ad art. 40a CO.

⁴⁶ CR LCC-FAVRE-BULLE, N 5 ad art. 3 LCC.

⁴⁷ CR LVF-STAUDER, N 9 ad art. 2 LVF.

⁴⁸ CR LVF-STAUDER, N 9 ad art. 2 LVF.

⁴⁹ Arrêt du TF 4A_575/2013 du 11 mars 2014, c. 2.2.

⁵⁰ *Supra*, chapitre 1, section 1, § 3.

⁵¹ Message I du 27 mai 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (FF 1992 V 163) ; CR LCC-FAVRE-BULLE, N 13 ad Intro. à la LCC ; STAUDER, SPR, p. 264 ss.

à quelles conditions la personne qui agit dans une finalité privée comme professionnelle est un consommateur. Pour les textes d'inspiration européenne⁵², la doctrine suisse est majoritairement acquise à l'idée que le juge doit s'inspirer de la jurisprudence européenne Gruber. La finalité professionnelle doit ainsi apparaître insignifiante. Nous rejoignons les auteurs européens défendant l'opinion selon laquelle le considérant 17 la Directive 2011/83/UE permet une interprétation moins restrictive en ce sens qu'une finalité privée prédominante suffirait à pouvoir prétendre à la qualité de consommateur⁵³.

La finalité non professionnelle ou privée poursuivie par une personne physique est le critère central permettant de bénéficier de la protection conférée par le droit suisse. Si les circonstances du cas d'espèce mettent en lumière que le tiers qui consent une sûreté en garantie des engagements pris par un professionnel poursuit une finalité privée, il pourra bénéficier de la protection conférée par le droit suisse. On pense en particulier à la situation où le contrat de sûreté est assorti de conditions générales abusives qui pourront faire l'objet d'un contrôle judiciaire en vertu de l'art. 8 LCD.

Ayant à l'esprit les décisions Dietzinger⁵⁴ et Berliner Kindl Brauerei⁵⁵, nous sommes d'avis que la situation n'est pas différente en droit suisse lorsqu'un père, sur sollicitation de la banque, s'engage comme codébiteur solidaire aux côtés de son fils pour le remboursement d'un crédit octroyé pour le financement des activités professionnelles de son fils. Il n'en va pas autrement si un conjoint consent une hypothèque sur son immeuble d'habitation en garantie d'un crédit contracté par la société dont son épouse est la fondatrice et dirigeante, quel que soit le régime matrimonial. C'est également le cas si le père ou le mari détient des actions ou des parts dans la société du fils ou de l'épouse. Il s'agit là d'un élément de fortune qui n'a pas forcément pour conséquence que la finalité poursuivie par le père soit professionnelle⁵⁶. Si l'on s'inspire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de transactions bancaires⁵⁷, le critère pertinent dans ce contexte peut être celui du volume et du montant des investissements⁵⁸.

§ 5 – Contre qui le consommateur est-il protégé ?

Le consommateur doit contracter avec un professionnel, c'est-à-dire une personne physique ou morale qui poursuit une finalité professionnelle ou commerciale (cf. p. ex. art. 40 al. 1 lit. a CO ; art. 2 LCC). Cette définition inclut donc les contractants exerçant une activité libérale comme celles poursuivant des missions de services publics. La finalité poursuivie par le professionnel doit s'examiner dans le cas d'espèce⁵⁹. La revente d'un bien acquis à titre professionnel peut ainsi avoir un but commercial, même s'il ne s'agit pas là de l'activité

⁵² Cf. Chapitre 2/Section 1/§ 3 *in fine*.

⁵³ FORNAGE, *Vers un droit*, p. 11.

⁵⁴ CJUE, 17.03.1998, Bayerische Hypotheken- und Wechselbank c. Dietzinger, aff. C-45/96, ECLI:EU:C:1998:111.

⁵⁵ CJUE, 23.03.2000, Berliner Kindl Brauerei c. Siepert, aff. C-208/98, ECLI:EU:C:2000:152.

⁵⁶ FORNAGE, *La protection*, N 127.

⁵⁷ ATF 132 III 268, consid. 2.2.4.

⁵⁸ Cf. *supra* Chapitre 2/section 1/§ 3.

⁵⁹ FORNAGE, *La protection*, N 155 ss.

principale exercée par le professionnel. Par ailleurs, le consommateur qui s'adjoint les services d'un professionnel pour l'assister ou le représenter à la conclusion d'un contrat avec un consommateur n'en est pas pour autant un professionnel dans la relation considérée.

Section 2 – Les techniques de protection

Comme suggéré par le rapporteur général eu égard au nombre de signes à respecter dans l'élaboration du présent document, notre choix s'est porté sur les informations précontractuelles (§ 1) et sur le droit de révocation (§ 2).

§ 1 - Les informations (préalables) et le formalisme (pré)contractuel

L'exigence d'information du professionnel au consommateur existe comme pour toute partie impliquée dans une négociation. Sa violation engendre en principe une responsabilité pour culpa in contrahendo⁶⁰,

Le modèle de l'information est privilégié en droit suisse de la consommation. L'essentiel de la protection conférée au consommateur passe en effet par celle-ci. On pense par exemple à l'information que le professionnel doit fournir au consommateur en matière de voyages à forfait et de crédits à la consommation. Ainsi :

Dans la législation sur les voyages à forfait, le professionnel est ainsi tenu de communiquer par écrit au consommateur toutes les clauses du contrat (art. 4 al. 1 LVF) comme de lui transmettre les informations sur les formalités du voyage (art. 4 al. 2 LVF). A défaut, le consommateur peut résoudre le contrat sans indemnités⁶¹. L'organisateur doit encore transmettre des informations avant le début du voyage (art. 5 LVF), par exemple en lui indiquant le nom, l'adresse et le numéro de téléphone de la représentation locale (art. 5 let. c LVF). Enfin, le contrat doit contenir certaines précisions (art. 6 LVF) comme les éventuelles taxes et redevances afférant à des prestations telles les taxes d'atterrissage (art. 6 al. 2 let. h LVF). Cela ne signifie pas que le contrat soit soumis à la forme écrite. Au contraire, le législateur n'a pas édicté d'exigences particulières. Le contrat de voyage à forfait peut en conséquence être valablement conclu oralement. L'art. 6 LVF doit se comprendre comme une confirmation du voyage par laquelle le professionnel communique au consommateur le contenu du contrat qui vient d'être conclu⁶².

Dans le domaine du crédit à la consommation, le législateur impose au donneur de crédit de renseigner le preneur selon les art. 9 à 12 LCC. Le document contractuel doit ainsi contenir un certain nombre d'indications relatives au type de crédit, à son coût qui doit être exprimé par un taux annuel correspondant (art. 5 s., 33 s. LCC), afin de permettre au consommateur de connaître le montant véritable du crédit et de le comparer avec celui pratiqué par d'autres

⁶⁰ Supra, chapitre 1, section 1, § 1.

⁶¹ CR LVF-STAUDER, N 15 ad art. 4 LVF ; BSK-ROBERTO, N 7 ad art. 4 LVF.

⁶² CR LVF-STAUDER, N 4 ad art. 6 LVF.

prêteurs⁶³. La LCC impose ensuite le respect d'un certain formalisme contractuel. Le contrat de crédit est ainsi en principe soumis à la forme écrite et doit comporter la signature des deux parties (art. 9 al. 1, 11 al. 1 et 12 al. 1 LCC). Cette forme est respectée lorsque le contrat conclu électroniquement est assorti d'une signature électronique (art. 14 al. 2bis CO)⁶⁴.

L'art. 12 al. 4 LCC déroge toutefois à cette exigence pour les avances sur compte courant octroyées tacitement, c'est-à-dire lorsque le consommateur peut retirer plus que le solde de son compte sans y avoir été autorisé expressément⁶⁵. Ce n'est que lorsque ces découverts sont tolérés pendant plus de trois mois que le prêteur doit transmettre au consommateur les informations décrites à l'art. 12 al. 1 LCC. Il suffit alors que la communication intervienne oralement⁶⁶. Si le prêteur n'informe pas correctement le consommateur, mais intègre dans le contrat les indications obligatoires de la loi, il peut être appelé à réparer le dommage subi par le preneur de crédit en application des règles relatives à la responsabilité précontractuelle⁶⁷.

La sanction de la nullité prévue par l'art. 15 LCC s'applique en cas de violation des règles impératives fixant le contenu et la forme du contrat de crédit⁶⁸. Il s'agit d'une nullité aménagée⁶⁹ en ce sens que l'extinction des obligations n'a pas pour conséquence de faire naître pour le prêteur une créance en restitution selon les règles sur l'enrichissement illégitime, lorsque le crédit a déjà été octroyé⁷⁰. Le consommateur devrait immédiatement rembourser les prestations reçues et serait ainsi moins bien loti que si l'exécution du contrat avait lieu selon les termes de l'accord. Le législateur lui permet donc de restituer le crédit jusqu'à l'expiration initialement convenue, en principe par acomptes mensuels de montant égal, sauf si le contrat prévoit des intervalles plus longs, en l'absolvant toutefois des intérêts et frais (art. 15 al. 2 et 3 LCC)⁷¹.

On mentionnera encore à titre exemplatif l'art. 3 al. 1 let. m LCD, qui sanctionne les informations inexactes ou incomplètes dans certains contrats de crédit, les contrats standardisés, soit ceux par le biais desquels le prêteur envisage la conclusion d'un grand nombre d'accords du même genre⁷². Par le renvoi de l'art. 8 LCC à l'art. 36 LCC, cette disposition vaut désormais également pour contrats de leasing de l'art. 1 al. 2 let. a LCC⁷³. Le contrevenant s'expose aux sanctions civiles (art. 9 s. LCD) et pénales (art. 23 LCD) de la LCD⁷⁴.

Il n'existe pas en droit suisse de la consommation de devoir général de conseil du professionnel à l'égard du consommateur. Le Tribunal fédéral a certes parfois reconnu un tel

⁶³ STAUDER, La prévention, p. 111 ; FORNAGE, Vers un droit, p. 18.

⁶⁴ BSK-SCHWENZER, N 6a ad art. 14/15 CO.

⁶⁵ CR LCC-FAVRE-BULLE, N 10 ad art. 12 LCC ; FORNAGE, Vers un droit, p. 19.

⁶⁶ CR LCC-FAVRE-BULLE, N 14 ad art. 12 LCC ; FORNAGE, Vers un droit, p. 19.

⁶⁷ CR LCC-FAVRE-BULLE, N 11 ad art. 15 LCC ; KOLLER, p. 96 et 100 ss ; FORNAGE, Vers un droit, p. 19.

⁶⁸ PIOTET, p. 77 ; FORNAGE, Vers un droit, p. 20.

⁶⁹ BSK-KOLLER-TUMLER, ad art. 11 LCC ; FORNAGE, Vers un droit, p. 20.

⁷⁰ PIOTET, p. 78 ss ; FORNAGE, Vers un droit, p. 20

⁷¹ CR LCC-FAVRE-BULLE, N 9 ad art. 15 LCC ; FORNAGE, Vers un droit, p. 20.

⁷² CR LCD-CARRON/WERRO, N 8 ad art. art. 3 al. 1 let. m LCD.

⁷³ Plus réservé mais sous l'empire de l'ancien art. 8 LCC : ATF 139 IV 17 cons. 1.1.

⁷⁴ BSK-VOLKART, N 1 ss ad art. 23 LCD.

devoir dans le domaine bancaire et financier⁷⁵. Il a toutefois jugé récemment qu'une banque ayant reçu un mandat de conseil et ayant émis des recommandations pour des produits Lehman avait rempli son devoir d'information en transmettant au client une brochure d'information sur les risques de placement. Selon la Haute Cour, le risque était infime et théorique, à l'époque du placement, le groupe Lehman bénéficiant d'une bonne cotation⁷⁶.

§ 2 – Le droit de rétractation

Le législateur suisse n'a pas prévu de droit de rétractation général pour les contrats de consommation. Un tel droit est consacré par les art. 40a ss CO pour les contrats conclus par démarchage et les contrats semblables. Ces dispositions s'appliquent aux contrats conclus par téléphone, mais non aux contrats conclus par le biais d'Internet ni aux contrats d'assurance, comme déjà mentionné⁷⁷.

Le délai de révocation des art. 40 ss CO est de 14 jours. Il débute dès que l'acquéreur a communiqué son offre ou son acceptation, s'il a été informé de ce droit et des modalités lui permettant de l'exercer ou dès qu'il a eu connaissance de ces informations (art. 40e CO). Dans l'ATF 137 III 243, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le droit de révocation des art. 40a ss CO poursuit le même objectif de protection de la formation de la volonté que les dispositions du Code des obligations sur la validité du contrat (p. ex. les art. 23 ss CO sur l'erreur qui permettent à une partie de se défaire d'un contrat qu'elle n'a pas vraiment souhaité conclure).

L'art. 40f CO renvoie à l'alinéa premier aux règles du mandat pour les prestations de service. Pour les autres contrats, l'alinéa deuxième pose l'exigence de paiement d'un loyer approprié en cas d'utilisation de l'objet. Il faut y voir une indemnité d'usage que le juge peut fixer selon sa libre appréciation. Il ne s'agit en particulier pas de tenir compte de la dépréciation de l'objet neuf du fait de sa mise sur le marché⁷⁸.

Il va de soi que le professionnel pourrait opposer au consommateur l'art. 2 al. 2 CC dans l'hypothèse d'un exercice abusif du droit de révocation. Tel pourrait être le cas d'un achat d'une robe par démarchage mise par la consommatrice pour une soirée et renvoyée dans le délai de révocation légal.

Pour les contrats de crédit à la consommation, l'art. 16 LCC confère au consommateur un « droit de repentir »⁷⁹ de 14 jours dès réception d'un exemplaire du contrat (art. 16 al. 2 LCC). Le droit lui permet de revenir sur son offre ou son acceptation pour prendre le temps de peser

⁷⁵ TF, 25.04.2016, 4A_369/2015 ; ATF 133 III 97.

⁷⁶ TF, 18.04.2017, 4A_403/2016.

⁷⁷ Chapitre 2/Section 1/§ 3.

⁷⁸ Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale visant à améliorer l'information des consommateurs et d'une loi fédérale modifiant le Code des obligations (de la formation des obligations) du 7 mai 1986, FF 1986 II 360 ss, p. 402 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, N 7 ad art. 40f CO ; HARTMANN, p. 320.

⁷⁹ Selon la formule de STAUDER, Pacta, p. 481.

l'engagement financier qu'engendre la conclusion d'un contrat de crédit⁸⁰. Le prêteur doit l'informer en principe par écrit de l'existence du droit de révocation et du délai pour l'exercer (art. 9 al. 1 let. f, 11 al. 2 let. f LCC).

L'art. 12 LCC ne mentionne toutefois pas une telle exigence pour les crédits sous forme d'avances sur compte courant. Il s'agit là d'une erreur de rédaction⁸¹, corrigée depuis le 1^{er} janvier 2016 dès lors que l'art. 16 al. 1 in fine LCC précise désormais que seuls les découverts acceptés tacitement font exception à l'existence d'un droit de révocation⁸². Pour tous les autres crédits décrits à l'art. 1 LCC⁸³, le contrat doit ainsi contenir une indication dans ce sens. A défaut, il est nul conformément à l'art. 15 LCC⁸⁴.

Les art. 15 al. 2 et 3 LCC sanctionnent en particulier la situation où le prêt a été versé avant la fin du délai de révocation et que le consommateur exerce son droit de révocation, protégeant ainsi le consommateur en lui permettant de rembourser le montant jusqu'à l'expiration de la durée du crédit sans devoir ni intérêt ni frais et, lorsqu'il s'agit d'un leasing, de ne payer que les redevances dues jusqu'alors tout en restituant l'objet du leasing, laissant la perte de valeur à la charge du donneur de leasing.

Comme en matière de démarchage et de contrats semblables (art. 40a ss CO), le droit de révocation est un droit formateur dont l'exercice par le consommateur est l'expression d'une volonté qui n'était initialement pas valablement formée. Lorsque le crédit a déjà été octroyé, les conséquences de la nullité se déterminent toutefois selon l'art. 15 al. 2 et 3 LCC, par le renvoi de l'art. 16 al. 3 LCC⁸⁵. En présence d'une vente à tempérament, d'un crédit portant sur le financement de services ou d'un leasing, la LCC renvoie à l'art. 40f CO. La solution choisie par le législateur en matière de leasing diffère toutefois de celle prévue à l'art. 40f al. 2 CO, puisque le donneur de leasing est en droit de conserver les redevances perçues jusqu'au moment où le bien est restitué. Depuis le 1^{er} janvier 2016, l'art. 15 al. 3 LCC prévoit par ailleurs que l'usage abusif du bien par le consommateur ouvre le droit au prêteur de réclamer une indemnité adéquate en fonction de la perte de valeur de l'objet du leasing. Tel est le cas lorsque le consommateur doit compter avec la restitution de la chose lorsqu'il l'utilise⁸⁶.

⁸⁰ CR LCC-FAVRE-BULLE, N 1 ad art. 16 LCC ; STAUDER, Pacta, p. 485 ; STAUDER, SPR, p. 270.

⁸¹ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur le crédit à la consommation du 14 décembre 1998 (FF 1999 III 2879, p. 2902) ; ZK-DORNIER, N 19 ad art. 40a à 40f CO.

⁸² Modification du 19 juin 2015 du Code des obligations, RO 2015 4107.

⁸³ CR LCC-FAVRE-BULLE, N 3 ad art. 16 LCC ; FORNAGE, Vers un droit, p. 21 s.

⁸⁴ STAUDER, SPR, p. 271 et *supra* II/1/1.1.

⁸⁵ STAUDER, SPR, p. 271 ; FORNAGE, Vers un droit, p. 23.

⁸⁶ FORNAGE, Vers un droit, p. 24.