

S O M M A I R E

Page 2 – Bases institutionnelles

Page 6 – Apport du droit de la consommation & cas pratique 1

Page 7 – Conditions générales et clauses abusives & cas pratique 2

Page 11 – Commerce électronique

Page 12 – Contrats de démarchage, droit de révocation & cas pratique 3

Page 17 – Droit de révocation (suite) & cas pratique 4

Page 19 - Vente et garantie & cas pratique 5

Page 20 – Crédit à la consommation & cas pratiques 6 et 7

Page 26 – Prestations touristiques & cas pratique 8

Page 29 – Convention de Montréal & cas pratiques 9 et 10

Page 34 – Pratiques comm. déloyales et information du consommateur & cas pratique 11

Page 37 – Responsabilité du fait des produits & cas pratique 12

Page 42 – Règlement des litiges & cas pratique 13

I. Bases institutionnelles

A. La raison d'être du droit de la consommation

Les textes de lois, en particulier le CO, sont basés sur des principes qui découlent de l'économie dite libérale. L'idée c'est que le marché s'autorégule : on intervient mais pas trop (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, etc). On a une série de fournisseurs qui offrent des biens et les services et des consommateurs qui les consomment. Il y a de la concurrence entre les fournisseurs et les consommateurs choisissent, c'est du pur droit contractuel. On remarque assez vite que ce modèle « théorique » a pas mal de faiblesses. Si on prend l'illustration des « relations entre les fournisseurs et la concurrence, et seuls les meilleurs survivront », et qu'ils commencent à s'entendre entre eux et escroquer les consommateurs, alors on doit introduire des limites (LCD, LCart, etc).

Dans le principe, le consommateur va chez A ou B acheter du pain. Le consommateur sait quel pain il préfère. Quid du cas des médicaments et des molécules ? C'est plus difficile, le consommateur a un déficit d'information par rapport à ça. Pour rééquilibrer cela on peut introduire des normes légales en obligeant p.ex les fournisseurs de médicaments à décrire les types de produits qu'ils mettent dans les médicaments en détail. On ne peut pas non plus commercialiser n'importe quel médicament en Suisse, on doit passer des tests, etc. Donc si le principe de base du droit privé est la liberté, il existe néanmoins un certain nombre de limitations plus ou moins spécifiques (vices du consentements, lésions, etc).

Fin des années 60 sont apparues diverses lois ayant pour but la protection du consommateur, les biens de consommation de plus en plus nombreux, complexes et étant mis à disposition de manière massive (p.ex commerce électronique). On répond par le biais de législations spécifiques à ces nouveaux besoins.

B. Comment a-t-on répondu à ce besoin en Suisse ?

En 1977, une IP appelée « Initiative populaire fédérale pour la protection des consommateurs » a abouti, avec comme conséquence l'inscription de l'art. 97 Cst féd. Les besoins de l'époque étaient la production de masse, etc : on le voit en lisant les textes préparatoires. Le législateur avait conscience d'une évolution rapide. En matière de premières législations on a eu la protection des crédits à la consommation. Fin juin de cette année il y a de nouveau eu un nouveau processus législatif qui s'est achevé de manière malheureuse puisque le CO aurait du être modifié pour tenir compte des spécificités du commerce électronique mais elle a été refusée au motif que les citoyens peuvent se protéger avec les armes que fournit déjà le CO actuel.

L'art. 97 Cst féd donne un triple mandat au législateur. Le droit européen est toujours un petit peu en avance sur le droit suisse en matière de protection des consommateurs. Le premier mandat a été facilement réalisé. Puis le second mandat a été réalisé avec l'art. 9 de la LCD. S'agissant du troisième mandat (97 al.3 Cst féd), il a aussi été réalisé par l'art. 243 du CPC et le montant déterminé est de 30'000.- CHF. Note : l'art. 169 du Traité de Lisbonne traite de la protection des consommateurs. Le mandat donné par le Traité de Lisbonne est un peu plus élevé dans la mesure où la Cst parle de mesures concrètes tandis que le Traité parle de niveau élevé de la protection des consommateurs. Dans la réalisation de ce mandat, l'EU légifère notamment par le biais de directives (doivent être transposées dans le droit national des Etats membres) et de règlements (directement applicables). Il s'agit d'objectifs plus élevés que

ceux de la Cst, et c'est ce qu'il se passe en réalité puisque les normes européennes sont plus nombreuses et plus élevées que ceux de la Suisse, la Suisse s'inspirant très souvent des normes européennes pour les intégrer dans sa législation.

C. Tentative de définition du droit de la consommation

D'un côté, on peut dire que toutes les lois qui visent à protéger une partie ne sont pas forcément du droit de la consommation. D'un autre côté, on peut dire que si une loi mentionne les consommateurs dans son champ d'application, ça serait du droit de la consommation. Ni l'une, ni l'autre des deux affirmations ne sont vraies ou fausses, simplement incomplètes. La solution c'est de donner une définition un peu large et qui devra être appliquée à différents cas de figure : le droit de la consommation, c'est l'ensemble des règles dont le but direct est de protéger les consommateurs. De cette manière, avec le but de protection directe, on évite de comprendre dans la définition les lois qui cherchent à protéger les acquéreurs de biens ou de services mais sans les protéger directement (p.ex LCart). Il n'existe pas une loi de la consommation telle quelle. L'état actuel du droit de la consommation veut qu'il existe une multitude de lois qui en traitent. La conséquence c'est aussi une multitude de consommateurs. Donc dans un cas spécifiques il faudra déterminer le cercle spécifique des personnes dignes de protection et il existe toute une série de critères qui permettent de déterminer qui est un consommateur. On retrouve ces critères autant en droit suisse qu'europpéen et peuvent soit être combinés, soit utilisés seuls (cf. schémas) :

1. *La notion d'usage du bien ou du service* : il y a le critère d'usage familial ou personnel de la chose ou du service en question. De cette façon la on inclut tous les biens qu'on utilise chez nous dans notre utilisation personnelle, et d'un autre côté on exclut tout ce qui est utilisé pour un usage professionnel. Ce critère tombe sous le bon sens mais n'est pas suffisant, car si nous même on est un commerçant, on doit savoir de quelle protection bénéficiera la protection avec qui il traite (A achète un appareil photo pour ses vacances ? Ou pour sa profession de photographe ? Ou encore est-ce un photographe professionnel qui l'achète et part en vacances avec aussi ? La loi ne traite pas d'usage mixte et cette question a du être tranchée par une décision du TF, arrêt Gruber 464/01). Selon le TF, si on utilise, un tant soit peu, l'objet initialement acheté pour un usage personnel, pour le cadre professionnel, on perd le droit à la protection. Arrêt 4A_545/2011 : cas d'une personne qui a acheté un programme de langues et qui l'a utilisé également pour développer ses compétences professionnelles. A partir de ce moment là, le TF a estimé qu'il ne s'agissait plus du droit à la consommation. Dernier arrêt rendu récemment : C-110/14 (européen), il s'agissait d'un avocat qui a conclu un contrat de crédit avec sa banque et puis les fonds qui lui ont été versés n'ont pas été utilisés dans le cadre de sa profession d'avocat mais dans le cadre de son activité personnelle, ce qui lui a octroyé la protection du droit de la consommation.
2. *Le critère de la qualité du fournisseur* : très souvent utilisé avec le premier critère. Pour délimiter le champ d'application du texte, il faut que le fournisseur fournisse le bien ou le service à titre professionnel. Si on le combine avec le premier critère, il faut qu'on achète un bien à un professionnel et qu'on l'utilise à titre personnel ou familial. Donc ce critère permet d'écarter toute une série de situation de l'application du droit de la consommation, notamment tout ce qui transaction entre particuliers (petites annonces, etc).

3. *Le critère de la prestation courante* : critère particulier au droit suisse, on ne le retrouve pas au droit européen. Ce critère permet de couvrir les transactions d'une plus faible importance et d'exclure celles qui sont trop importantes. Il y a eu quelques développements jurisprudentiels en la matière mais l'idée de base est que même si on achète à un professionnel un objet réservé à l'usage personnel, et que cet objet dépasse la prestation courante, alors le droit de la consommation ne s'applique pas. Développements notamment sur des services financiers qui portaient sur des ouvertures de comptes courants (ex : achat d'une voiture de collection).
4. *Le domaine d'activité* : champ très large. Exemple : voyage à forfait. Autre exemple : contrat passé avec une agence matrimoniale. Du moment où on entre dans ce genre de contrat, on est protégé. En matière de courtage la personne s'appelle mandant (ou voyageur pour le voyage à forfait) et non pas consommateur. Autre cas dans lequel la protection est accordée sans qu'on examine vraiment la qualité de consommateur : les passagers d'un vol d'avion qui se retrouvent en rade parce qu'un vol a été retardé ou annulé.
5. *La nature du dommage* : concerne surtout la loi sur la responsabilité du fait des produits (ex : pilule Yasminelle, droit de la consommation non admis). La loi ne s'applique qu'aux dommages corporels subis par le consommateur.
6. *La question (un peu débattue) si le consommateur est nécessairement une personne physique ?* En principe oui (c'est la tendance de le dire) mais la loi ne le dit pas clairement, donc pas de réponse définitive.
7. *Les exclusions* : la plupart des textes définissent leurs critères dans leur champ d'application et ajoutent ensuite les exclusions (typiquement les transactions immobilières). Autre exemple : le droit des transports a été écarté de certaines directives (celles des contrats à distance).

D. Comment protège-t-on ?

Premièrement par la surveillance et des mesures administratives additionnées de sanctions. On a différentes lois comme la LCart, la LCD, etc. Ces différentes normes ont pour but final la protection du consommateur mais ne leur donnent pas de droit direct. Il y a aussi la surveillance du consommateur lui-même pour pas qu'il se porte atteinte à ses propres intérêts : p.ex l'obligation faite au donneur de crédit (celui qui prête l'argent et donc soumis à la loi sur le crédit à consommation), doit analyser la capacité de rembourser. Cela évite que le consommateur se retrouve dans une situation impossible ou il est incapable de rembourser l'argent prêté.

Il y a ainsi une obligation de se renseigner et de s'informer de la part du consommateur. Il y a également les règles impératives : si on prend le droit de la vente, les règles sont dispositives. La technique législative qui permet de protéger le consommateur est de rendre certaines règles dispositives, typiquement le délai de garantie dans le cas de la consommation impératif : on ne peut plus réduire le délai de 2 ans en cette matière (art. 210 al.4 CO). De même, on met à disposition de certains consommateurs des mécanismes de protection (p.ex convention de Montréal qui le fait à l'égard des passagers de vol).

Enfin, accès à la justice (technique la plus répandue mais aussi la plus faible) : c'est une chose d'avoir raison et d'avoir droit, encore faut-il obtenir la prétention. L'accès à la justice n'est pas toujours facile pour les consommateurs (frais de justice, frais d'avocats, temps, etc). On va dépenser 10x plus que le prix qu'on cherche à récupérer pour une télévision p.ex. Dans ce cas là les règles du droit de la consommation n'ont plus d'utilité. Mais il existe quand même des règles qui fonctionnent en matière d'accès à la justice : d'une part la restriction à la liberté d'élire un for (il existe un for impératif pour le consommateur, en principe son domicile), de même l'élection d'un droit (un vendeur chinois ne peut pas imposer son droit national), etc. Parfois procédure facilitée (mais il faut quand même payer). En EU il existe des mécanismes qui permettent de réduire les frais. En Suisse : procédures alternatives extra-judiciaires qui visent à trouver soit un terrain d'entente soit décision non contraignante qui donnera une possibilité de solder une affaire sans la présenter à la justice (sorte de médiation).

Commentaire sur le schéma 1 (sources du droit de la consommation) : en ce qui concerne la LSP, c'est du droit principalement administratif. De même la directive. Ensuite on a de la législation spéciale sur différents types de biens (p.ex les médicaments, etc). Les conditions générales : on voit que le système est pas tout à fait identique dans la mesure où les couleurs du schéma changent. En droit européen il existe une directive alors qu'en Suisse il n'existe qu'un article de loi. La majeure partie des questions sont réglées par une jurisprudence constante. La principale différence c'est qu'en droit EU il existe une annexe qui contient une liste d'exemples de clauses abusives (donc c'est un système facile à appliquer), ce qui n'est pas le cas en Suisse. Concernant les pratiques déloyales et l'information du consommateur, les systèmes EU et CH sont à peu près les mêmes. S'agissant des garanties en matière de vente à des consommateurs, là on voit aussi que le régime EU et le régime CH est différent : dans son fonctionnement, les deux sont assez identiques dans la mesure où les conditions qui ouvrent accès au droit de la garantie se ressemblent, mais la grande différence c'est que le droit EU est beaucoup plus précis (notamment frais de renvoi, ce que le droit suisse ne traite pas) et le régime institué par le droit EU est de nature impérative (impossible de l'exclure pour les vendeurs soumis au droit EU), contrairement au droit CH. Pour contrats de démarchage, pas le même délai (7 jours en CH et 14 jours en EU). Contrats à distance (regroupe dans sa définition tous les contrats passés par un moyen de télécommunication, mais essentiellement Internet) : pas tout à fait la même chose en EU et en CH. Commerce électronique : art. 3 al.1 let. s LCD vs directive 2000/31. Le but de ces législations ce n'est pas tout à fait les contrats à distance qui concernent la révocation mais plutôt le processus de la vente et d'achat par Internet. Le droit CH est différent et ne mentionne qu'un seul article, il est bien moins complet que le droit EU en la matière. Crédit à la consommation : on entend les prêts d'argent par un professionnel à un consommateur. Système assez identique en Suisse et en CH, mais CH axe sa protection sur la prévention (donc approche pas tout à fait la même, EU ne fait pas ça). Crédit immobilier à des consommateurs : système assez semblable à celui du prêt à la consommation. En CH système assez différent de celui de EU. Mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (agences matrimoniales) : pas de législation en EU (ce qui n'empêche pas les Etats membres de prévoir des dispositions spécifiques dans leur droit national, p.ex France), en CH c'est rattaché aux dispositions sur le contrat de mandat. Location de biens mobiliers : idem, pas de législation en EU, juste un article en CH. Time sharing (contrats d'utilisation de biens à temps partagé, p.ex logements de vacances) : pas de législation en CH. Voyages à forfait ; transport aérien ; responsabilité du fait des produits : système assez similaire. Règlement des litiges : procédures différentes.

II. Apport du droit de la consommation

Cas N 1 : M. X veut perdre du poids

Suite à de nombreux excès, X décide de s'attaquer à son surpoids. Il se laisse convaincre par un appareil de la marque fatMelter destiné à faire fondre la graisse grâce à des décharges électriques. Il acquiert donc celui-ci pour un prix de CHF 8'000.-. Le contrat signé par X décrit précisément l'appareil et le texte de ce contrat indique clairement qu'aucune garantie de résultat n'est fournie par le vendeur. Il y est également prévu qu'en cas d'annulation du contrat par l'acheteur, un montant de CHF 2'500.- sera dû au vendeur pour frais administratifs et pénalité d'annulation.

A réception de l'appareil, X s'aperçoit que l'appareil consiste en fait en un simple boîtier contenant des piles et auquel deux électrodes sont reliées. Après quelques jours d'utilisation, il constate également que son efficacité est plus qu'aléatoire.

a) X souhaite récupérer l'argent versé et vous consulte.

Situation juridique : contrat conclu entre les parties et exécuté. Comment récupérer de l'argent déjà versé sur la base d'un contrat de vente qu'on a déjà signé ? Art. 205 CO (garantie pour les défauts) ? Le problème ici c'est que le bien qu'on achète doit être défectueux, or ce n'est pas le cas vraiment en l'espèce. De plus, le contrat décrit précisément l'appareil. Le contrat mentionne également qu'aucune garantie du résultat n'est fournie par le vendeur. La voie de la garantie est donc clairement exclue pour M. X.

Enrichissement illégitime ? Peut-on plaider que le vendeur a obtenu cet argent sans cause valable (condition principale) ? Non, ici on a un contrat de vente, les parties se sont accordées sur l'échange d'un bien (de peu de valeur vraisemblablement) contre une somme importante. Le contrat a été valablement conclu, à première vue il n'y a pas d'enrichissement illégitime. Même si le contrat est déséquilibré, il reste valable. Quid de l'erreur ? Il n'y a pas non plus eu d'erreur sur l'objet du contrat, ce dernier précisant en détail l'appareil. Quand on parle de déséquilibre au contrat, on part du principe que chacun conclut librement des contrats, mais si notre consentement a été vicié ou qu'on a été trompé, alors on peut invalider le contrat pour vice du consentement et/ou tromperie. Mais ici cela n'est pas tellement le cas non plus, le contrat reste clair.

Enfin on pense à la lésion : une boîte avec des piles et des électrodes contre 8'000.- est clairement un déséquilibre. Mais il y a une condition supplémentaire à la lésion : c'est l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience. On ne connaît pas exactement les circonstances du contrat mais dans ce cas il faudrait prouver le déséquilibre et le fait que l'inexpérience ou la gêne de M. X a été exploitée par le vendeur. On ne peut pas exclure la lésion mais elle risque d'être dure à argumenter.

Il y a encore un autre problème dans ce contrat, c'est le montant de 2'500.- CHF en cas d'annulation du contrat. On arriverait à un montant restitué de 5'500.- CHF mais il perdrait toujours 2'500.- CHF. Cette clause est-elle valable ? Oui, c'est une clause pénale parfaitement valable au sens des art. 160ss CO. Limitation aux clauses pénales ? Lorsqu'elle est vraiment très élevée par rapport au contrat, le juge peut la réduire (163 al.3 CO). Cette voie suppose d'une part que le juge soit saisi, puisque c'est lui qui décide de diminuer la clause pénale, et en outre il ne va pas l'annuler, il va simplement la réduire. Ce qui signifie que même en optant pour cette voie, M. X ne pourra pas s'en sortir sans frais.

- b) *Votre réponse est-elle différente si X vous indique (i) qu'il a été invité à signer le contrat par un représentant itinérant de fait Melter qui s'est rendu spontanément à son domicile et (ii) que l'exclusion de garantie et la référence au montant de CHF 2500.- font partie de clauses pré imprimées au dos du bon de commande qu'il a signé?*

Premièrement, circonstances de conclusion du contrat : un voyageur de commerce s'est rendu chez un client potentiel. Tant le droit EU que le droit CH a estimé que le consommateur se trouve dans une situation particulière de faiblesse et qu'il doit de ce fait être protégé. Art. 40a ss CO (CH) et directive sur le droit des consommateurs (EU) prévoient que la personne bénéficie d'un temps de révocation (délai de 7 jours en droit suisse et 14 jours en droit européen). Est-ce une invalidation ? La différence pour l'invalidation du contrat c'est qu'il faut la motiver. Or ici pas de motivation nécessaire. La directive EU comprend d'ailleurs un formulaire qu'il suffit de remplir et d'envoyer au vendeur pour se départir valablement du contrat dans ce délai et dans ces circonstances. Par contre pour pouvoir bénéficier de ce droit de révocation il faut se trouver dans des circonstances particulières, qui sont celles du cas d'espèce. Note : on peut utiliser l'appareil pendant le délai de révocation mais on devra un loyer au vendeur. Par contre si on ouvre juste le paquet pour voir si il correspond à ce qu'on a commandé, sans l'utiliser, alors on ne doit aucun loyer au vendeur.

En droit EU il existe des règles spécifiques en matière de garantie dans le cas de vente à des consommateurs. Les règles obéissent aux mêmes mécanismes que le droit suisse (le bien doit être défectueux, l'acheteur ne doit pas être au courant du défaut, etc). Mais en Suisse ce système peut être aménagé : au moment de préparer le contrat, le vendeur se trouve en position de force. Deux tempéraments à cette situation : caractère impératif du système de la garantie en droit européen (le vendeur est obligé de se conformer aux règles de la directive 99/40 de la garantie) et les conditions générales (limites au contenu qu'on peut mettre dans un contrat). On voit qu'il ne s'agit plus d'un contrat ici mais d'un bon de commande qui d'une part contient le prix et l'objet, par contre le détail juridique de la relation contractuelle (l'exclusion de la garantie et la clause pénale) se trouve au dos. Contrairement au contrat, M. X n'a pas pu prendre connaissance immédiatement de ces détails lorsqu'il a signé le bon.

Donc ici M. X pourrait à certaines conditions se défendre en disant que les clauses qui figurent sur le dos du bon de commande ne sont pas valables et ne lui sont pas opposables. La garantie ne lui serait à nouveau pas d'un grand secours par contre la clause pénale tomberait.

III. Conditions générales et clauses abusives

A. En droit Suisse

En droit de la consommation on retrouve les conditions générales mais on en trouve aussi en dehors (p.ex droit de la construction). La plupart des contrats du droit de la consommation concernent un cas des conditions générales. Ainsi des législations qui protègent le consommateur peuvent se superposer (p.ex législation sur les voyages à forfait VS conditions générales d'une agence de voyage). La première chose à faire c'est de se demander ce que sont les conditions générales concrètement : il n'y a pas vraiment de base légale en Suisse mis à part l'art. 8 LCD, qui en parle sans les définir.

La problématique des conditions générales relève de la conclusion du contrat. Dans un contrat de vente, si on se met d'accord sur le prix et l'objet, le contrat est conclu. Mais peut-être le vendeur a mis de côté une référence à ses conditions générales. La question qui se pose c'est

si elles font partie du contrat. Elles s'écartent du mode usuel de la conclusion du contrat. Selon le TF, dans le principe, elles sont intégrées au contrat. Mais il y a ensuite une série de clauses auxquelles on ne peut pas s'attendre et qui sont exclues de notre accord. Le TF appelle ces clauses les « clauses insolites ». La difficulté est de savoir lesquelles sont insolites. En droit CH, c'est la JP du TF qui donne les éléments clés du test (en deux étapes) qui permettent de déterminer si une clause est insolite ou pas. L'approche EU est différente dans la mesure où les clauses exclues des CG passent par un test exemplifié par une liste de clauses qui sont à tous les coups nulles (se trouvent dans une annexe). Le droit EU est par conséquent plus aisé à utiliser pour un consommateur. **Cf. schéma 3 (conditions générales) :** la première étape est de se demander si les conditions générales font partie du contrat ou non (il faut effectuer un test avec plusieurs conditions). Si on arrive à la conclusion que oui, alors on passe à la seconde étape qui est celle de la validité au sens de 8 LCD. Donc en résumé il y a 2 tests à effectuer. En plus de ces étapes, il existe toujours les principes généraux applicables au contrat (typiquement les principes d'interprétation qui s'appliqueront aussi aux conditions générales, tel à un contrat, si celles-ci sont effectivement intégrées au contrat).

Etape 1 : l'intégration. Les conditions élaborées par la JP sont au nombre de 3 : la référence aux conditions générales ; la disponibilité (le consommateur doit pouvoir en prendre connaissance) ; la mise en exergue des clauses insolites dans les conditions générales. Cas les plus courants : renvois express, mais le TF a aussi admis le renvoi tacite (petite pile de conditions générales sur le comptoir dans le magasin avec la mention « servez-vous » ou les commander gratuitement par la poste). Le critère un peu plus délicat est celui de la langue dans laquelle les CG doivent être rédigées : on admet qu'il doit s'agir de la langue du lieu de consommation (dans le sens le lieu de consommation du contrat, ce qui soulève des questions au niveau d'Internet, sera discuté plus tard), et non pas la langue que le consommateur comprend. Le critère le plus difficile est celui de la mise en exergue : le but des CG a pour conséquence de dire que la personne qui accepte le renvoi aux CG accepte la totalité des CG. Le fournisseur en soit est libre de mettre plus ou moins ce qu'il veut dans les CG et sait que le consommateur ne va probablement pas les lire. Donc on doit limiter cela ou rendre le consommateur attentif qu'il y a des clauses qui sortent un peu de l'ordinaire dans les CG ; et c'est ça la mise en exergue. Le fournisseur doit rendre attentif le consommateur à ce type de clauses. S'agissant de la détermination des clauses insolites, c'est au cas par cas (cf. schéma). En résumé, si ces conditions ne sont pas remplies, alors la clause ne fait simplement pas partie du contrat (histoire des exceptions dans les CG dans un contrat « Casco complet »).

Etape 2 : la validité. La précédente version de 8 LCD contenait la condition de la tromperie (le consommateur devait prouver que lors de la rédaction des CG le but du fournisseur était de tromper les consommateurs ; personne n'a jamais réussi à le prouver, donc pas de jurisprudence en la matière). Actuellement, ce n'est plus le cas. Deux conditions : contrariété aux règles de la bonne foi + disproportion notable et injustifiée (cf. teneur de l'art. 8 LCD.) Si la clause est contraire à l'art. 8 LCD, les moyens de droit offerts / sanctions figurent à l'art. 9 LCD. Attention : ce ne sont pas des moyens contractuels, la clause a été valablement intégrée au contrat mais elle est contraire à l'art. 8 LCD. Cette disposition ne dit pas expressément que ladite clause est nulle. Mais on arrive à ce résultat par un raisonnement juridique : la clause qui est contraire à l'art. 8 LCD est illicite. Dans ce cas elle est nulle par le biais de l'art. 20 al.2 CO. Cependant il reste encore de savoir quel est l'effet de cette nullité (absolue, on fait comme si elle n'existait pas ? Ou relative, le juge pouvant la rééquilibrer ?) : on n'a pas de réponse encore mais le Prof imagine plus volontiers une nullité absolue dans ce cas. *Dernier critère : examen des règles impératives.*

B. En droit européen

On n'a plus ce test comme en droit suisse. La question de savoir si la clause fait partie ou non du contrat est traitée au niveau des Etats membres et de leur droit national, et pas de la directive. L'aspect commun au droit EU et droit CH, on a une directive complète contrairement au simple art. 8 LCD. Donc le droit EU est plus détaillé avec la liste grise des clauses réputées être abusives. Le champ d'application de la directive est beaucoup plus étendu que celle de l'art. 8 LCD.

Les différences majeures en droit CH et EU, c'est que le droit CH traite de l'intégration du caractère contractuel contrairement au droit EU. Ensuite la problématique de la validité et du caractère abusif des CG se limite à une seule disposition en droit CH alors qu'en droit EU elle fait l'objet d'une directive entière et une annexe. Enfin en droit EU la sanction est parfaitement claire alors qu'en CH on hésite un peu entre nullité absolue, relative, etc.

CAS PRATIQUES

Cas N 2 : M. X veut un système d'alarme

Suite à une vague de cambriolages dans son voisinage, M. X a acquis un système d'alarme pour son appartement. Sur les conseils du représentant genevois de la société BigBrother SA, M. X a acheté, pour la somme de CHF 5'000.- payable en plusieurs mensualités, le boîtier d'alarme Orwell 1984 ainsi que l'abonnement permettant de faire fonctionner le système à CHF 250.- par mois. Le bon de commande signé par M. X indique que les conditions générales de vente et d'abonnement de BigBrother SA, qui se trouvent sur le site internet de l'entreprise ou peuvent être obtenues auprès du siège à Zürich, s'appliquent à l'achat du boîtier d'alarme Orwell 1984 et à l'abonnement correspondant.

Treize mois après l'achat du système d'alarme, X constate que le boîtier semble défectueux puisqu'il se met à sonner de manière intempestive. Par ailleurs, X remarque que les factures mensuelles de son abonnement ont récemment passé à CHF 300.-. Selon les informations obtenues de la hotline de BigBrother, X aurait accepté une telle modification par le biais des conditions générales.

X vous consulte car il souhaiterait mettre un terme au plus vite au contrat passé avec BigBrother, et, entre-temps bénéficier d'une alarme qui fonctionne.

Vous consultez le site internet de l'entreprise et constatez que la version française des conditions générales prévoient notamment ce qui suit (extrait):

« À défaut d'accord écrit contraire entre le Fournisseur et le Client, les abonnements sont conclus pour une période de 12 mois. Sauf résiliation écrite du Client 6 mois avant le terme de l'abonnement, celui-ci est reconduit pour une période de 3 ans, et ainsi de suite. Le Fournisseur se réserve la faculté de modifier unilatéralement et en tout temps ses tarifs d'abonnement. Dans un tel cas, la facture à 30 jours vaut avis de modification. Toutes marchandises demeurent la propriété du Fournisseur jusqu'à réception par ce dernier de l'intégralité de la somme due par le Client. Le Fournisseur est autorisé à saisir le tribunal compétent en cas de défaut de paiement des sommes dues par le Client. La garantie pour toute marchandise livrée par le Fournisseur est de 12 mois, à compter de la livraison. En cas de défaut d'une marchandise livrée par le Fournisseur, le Client peut en demander la réparation au Fournisseur, à l'exclusion de tout autre moyen de droit. La marchandise

défectueuse doit être adressée au Service Center du Fournisseur à Zürich, aux frais du Client. Le Fournisseur s'engage à procéder à la réparation dans un délai de 6 mois à compter de la réception du produit défectueux. »

Type de contrat : Ici c'est le transfert de propriété d'un système d'alarme contre le paiement d'une somme d'argent ; il y a des aspects de vente mais ce n'est pas une pure vente car il y un abonnement. C'est un contrat innomé mélangeant des aspects d'un contrat de vente et ceux d'un contrat de durée.

On effectue le test sur les CG :

- Intégration : on a pu prendre la connaissance des CG en français et le bon de commande indique que les CG se trouvent et s'appliquent à l'achat du boîtier et de l'abonnement. Le bon fait une référence claire aux CG et elles sont bien mises à disposition. M. X s'est approché du représentant genevois de la société, on peut tirer de cette indication que le lieu de la conclusion du contrat à Genève et que la société zurichoise est cohérente car elle propose des CG rédigées en français. Donc les deux premières conditions sont parfaitement remplies.
- Clause 1 : le délai de garantie est de 12 mois. Est-ce une clause insolite à laquelle un acheteur ne doit pas s'attendre lorsqu'il contracte un tel contrat ? Le caractère insolite est très discutable. Ce n'est pas si insolite que ça selon le Prof. Puis clause 2 : clause d'exclusion partielle de garantie encadrée tout en bas (« En cas de défaut (...) défectueux »). Dans ce cas là, le caractère insolite de la clause est nettement plus marqué que tout à l'heure. Les droits auxquels le consommateur pourrait avoir droit sont tous évacués par cette clause.
- Clause 3, de durée et de prolongation : il faut déjà se rappeler 6 mois avant que l'abonnement va arriver à son terme, et si on oublie c'est reconduit de 3 ans. Cette clause là est très défavorable au consommateur et favorise beaucoup le fournisseur. Le TF s'est penché sur la question de la prolongation dans sa globalité en cas de silence des parties et est arrivé que dans le principe la prolongation automatique n'est pas insolite en soit, mais dans ce cas particulier elle est clairement insolite en particulier en raison des durées fixées.
- Clause 4 : modification des tarifs n'importe quand. Clause déclarée manifestement insolite, complètement déséquilibrée et contraire à la bonne foi en Suisse.

Toutes les clauses ont bien été mises en exergue. Les clauses font toutes parties du contrat, effectivement. Maintenant, seconde étape : ces clauses sont-elles valides ? On doit d'abord se demander si 8 LCD s'applique, et pour qu'il s'applique on doit se demander si ce sont des CG. Les CG « sont des dispositions formulées à l'avance pour un grand nombre de conclusions ultérieures ». C'est bien le cas en l'espèce. S'agissant de 8 LCD, il faut informer le consommateur de sa possibilité de résilier (législation qui pourrait éventuellement entrer en vigueur, initiative parlementaire de Mauro Poggia en cours). Pour la clause 3, vu les circonstances et vu l'annexe à la directive, ce type de clause risque de ne pas passer le cap de 8 LCD. Idem pour la clause 4. Effet ? 20 al.2 CO : déclarer les clauses nulles. Nullité absolue ou relative ? A discuter.

Quid de la directive 93/13 ? Il faudra appliquer son article 3 qui définit ce qu'est une clause abusive, mais d'abord on doit se poser la question du champ d'application : il est limité au

contrat conclu entre un professionnel et un consommateur alors qu'en droit suisse on parle uniquement de consommateur à l'art. 8 LCD. La directive définit à l'art. 2 le professionnel et le consommateur. Ensuite il faut se demander si il s'agit d'une clause abusive qui tombe sous le champ d'application de cette directive : l'art. 3 nous parle de clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle (c'est le cas ici, c'est un bon de commande). La directive s'applique. Maintenant qu'on le sait, la clause est-elle abusive selon cette directive ? Il s'agit de clauses qui, en dépit de l'exigence de bonne foi, créent au consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations découlant du contrat (en défaveur du consommateur bien sûr). Ici on a 5 clauses à examiner et 2 figurent clairement dans l'annexe qui listent les clauses abusives (la clause 1 de prolongation tacite du contrat, cf. annexe let. h & clause 2 de modification unilatérale, cf. annexe let. l). Ces deux clauses sont abusives au sens du droit européen et la conséquence c'est l'art. 6 al.1 de la directive, qui est très clair dans sa sanction et disant clairement que ce type de clause ne lie pas les consommateurs. Système clairement plus simple en droit européen qu'en droit suisse (raccourci qui gagne du temps lors du raisonnement et en sécurité juridique).

Ensuite clause de réserve de propriété : possible en droit suisse mais à certaines conditions impératives (art. 715 CC), dont l'inscription de cette réserve de propriété mobilière dans le registre des pactes de propriété. Ici ce n'est pas le cas, ce qui implique cette clause n'est pas valable.

Enfin les deux dernières clauses de réduction de garantie (4^{ème}) et d'exclusion partielle de la garantie (5^{ème}) : le droit suisse étant largement dispositif les parties peuvent en principe l'aménager. Il y a très peu de règles impératives en matière de vente mais il y en a une en tout cas intéressante c'est la durée de la garantie : art. 210 al.4 CO dit qu'en matière de vente à un consommateur il est impossible de restreindre la garantie de 2 ans. Subtilité : la diminution du délai de garantie se heurte à 210 al.4 CO, mais en revanche l'exclusion totale de garantie est possible. Donc ce que fait le fournisseur ici c'est de dire que le client peut demander la réparation de l'alarme au fournisseur mais exclut tout autre moyen de droit, est insolite mais n'est pas contraire au droit. Par contre il ne peut pas diminuer le délai de garantie et ce qu'a tenté de faire ici la société n'est pas possible en droit Suisse.

Pour le droit européen : la clause 1 se résout au niveau du droit national, donc on retourne au droit suisse. S'agissant du contrat de vente en soit, la directive 99/44 sur la garantie de la vente à des consommateurs prévoit un système similaire à celui prévu en droit suisse mais il y a une grande différence : en droit EU le système est impératif et les parties ne peuvent pas y déroger.

IV. Commerce électronique

Il existe un cadre légal régulant le **commerce électronique** en droit européen. En droit suisse, en matière de commerce électronique il existe deux alinéas spécifiques dans la LCD entrés en vigueur en 2012. Donc à l'heure actuelle on peut dire que le droit formel au commerce électronique y est limité. La directive 2000/31 européenne elle, date d'y il a 15 ans. Mais dans les deux, il y a des règles de base qui s'appliquent à ce commerce (règles du CO typiquement). Le centre du commerce électronique c'est la directive 2000/31. Cf. p. 52 polycop. Cette directive a pour but de fixer un cadre général pour les prestataires de service qui veulent faire du commerce électronique. Champ d'application moins cohérent cependant. Art. 1 al.1 : « libre circulation des services de la société d'information ». Quid ? Globalement ça s'applique principalement à Internet, donc on réduit la société d'information à Internet

pour le cours (c'est pas exact mais c'est plus cohérent). Attention : cette directive n'est pas limitée aux consommateurs ! Il y a 5 grands principes abordés dans cette directive :

- a. Principe de non-autorisation : si on veut accéder au commerce électronique il ne doit pas être nécessaire d'obtenir une autorisation. Les Etats membres ne peuvent pas requérir aux prestataires de service sur Internet d'avoir une autorisation (art. 4).
- b. Informations que les prestataires doivent fournir : typiquement leur coordonnées et leur identité (art. 5).
- c. Question de la publicité sur Internet : nécessaire pour être en conformité avec cette directive d'informer le consommateur qu'il s'agit véritablement de publicité, de l'identité de la personne pour le compte de qui on fait de la publicité et de très clairement identifier des publicités dans lesquels des jeux ou des concours sont offerts. Donc obligation de transparence dans le cas d'une publicité (art. 6).
- d. De même, vu que la publicité est un cas de communication commerciale non sollicitée (spam en jargon), deux possibilités sont offertes par la directive. Son cadre général fait que les Etats membres peuvent choisir et mettre en œuvre un des deux systèmes : l'art. 7 est complété par une autre directive (celle sur la vie privée et la communication) qui traite aussi du spam. Le système prévu est un système d'opt-out : la directive prévoit un registre où les personnes peuvent s'enregistrer pour signifier qu'ils ne veulent pas d'un spam. Avant de spammer il faudrait aller voir le registre ; mais évidemment ce n'est pas efficace. L'autre système prévu en matière de spam c'est celui de l'opt-in : le spam est réputé interdit et si on veut en recevoir on doit inscrire notre adresse e-mail.
- e. Problématique des contrats passés par voie électronique, sur laquelle les art. 9 à 11 de la directive donnent un cadre général à ces transactions passées sur Internet. Articles impératifs en matière de consommateurs.
- f. Responsabilité des intermédiaires dans le cadre du commerce électronique : art. 12 ss.

V. Contrats de démarchage, droit de révocation

Le **droit de révocation** est la possibilité pour le consommateur de renoncer à un contrat qu'il a conclu. Cela va à l'encontre du système habituel contractuel. Le consommateur n'a pas besoin de motiver sa révocation. La notion du droit de révocation se caractérise par le fait que le consommateur peut se départir du contrat avec effet rétroactif. Le droit de rétraction ne doit pas être motivé. Il suffit de la signifier en faisant une déclaration qui doit intervenir dans un délai de 7 jours (droit suisse) à 14 jours (droit européen) en général. En droit suisse, on appelle « droit de révocation ». Comme il s'agit d'une arme puissante, son utilisation est assez restreinte (situation particulière, période limitée). On distingue deux idées derrière ce droit : 1. La législateur veut donner la possibilité au consommateur de changer d'avis (ultime délai de réflexion). Cela en raison de circonstances particulières. 2. Motif d'insatisfaction qui permet au consommateur de revenir sur la parole qu'il a donné (typiquement le cas de contrat à distance). Dans la garantie pour les défauts, il faut prouver qu'une qualité n'est pas atteinte. Ainsi, il faut prouver un défaut antérieur au TDR et faire un avis des défauts. Or, ici, il suffit de dire au fournisseur qu'on ne veut plus l'objet et le renvoyer. L'effet est rétroactif (*ex-tunc*), contrairement à une fin du contrat qui n'aurait d'effet que pour le futur (p.ex. contrat de bail).

En droit suisse, il existe 4 institutions qui permettent de remettre en question le contrat. Pas de besoin de motiver la révocation (seul parmi les institutions qui permet de résilier sans motif ; nullité, invalidation, résolution et résiliation : il faut un motif). La révocation du contrat est une particularité du droit juridique suisse et du droit des contrats de manière générale.

D'une part, il y a la circonstance particulière. En raison de celle-ci, le législateur estime qu'il faut accorder à une des parties au contrat – le consommateur – un ultime délai de réflexion. Cela déroge au système normal. Le consommateur peut également changer d'avis (donner sa parole puis la retirer). Le dernier motif que l'on retrouve est l'insatisfaction.

Quid modalité exercice du droit de révocation ? Il faut une déclaration de volonté (claire) de la part du consommateur de révoquer le contrat (inutile de motiver). L'autre grande condition, dans le cadre des modalités d'exécution, est le délai imparti aux consommateurs. Un moyen juridique « puissant » est mis aux mains du consommateur. Il faut que appartienne dans un délai relativement bref (7 jours, peu aller jusqu'à 30 ne droit européen). Les délais ne sont pas uniformes (dépend des cas). Les systèmes ne sont pas uniformes pour départ du délai. Il peut s'agir du moment de la conclusion du contrat ou du moment où le consommateur est informé de la possibilité de révoquer contrat (qui peut être postérieur à conclusion contrat), remise d'un contrat signé au consommateur ou réception de la chose.

Il existe 7 situations spécifiques.

En matière de démarchage, il existe des dispositions suisses ou européennes. Le législateur l'appelle « contrat conclu hors de établissements commerciaux » (art. 9 Directive sur le droit des consommateurs). En droit suisse, art. 40ass CO (notamment 40e qui traite du droit de révocation). L'idée est que qd consommateur conclut ou incité à conclure contrat hors de l'établissement du fournisseur (hors magasin), il est réputé être dans situation de faiblesse encore plus que s'il se trouvait dans le magasin. Cas typique : personne qui vient à notre porte (démarchage). Le consommateur peut être soumis à pression psychologique qui l'empêche d'avoir tous les éléments à disposition pour conclure le contrat. Conséquence : droit de révocation. S'il cède au vendeur, il peut revenir sur l'accord donné (14 jours en droit européen et 7 jours en droit suisse). Le délai est relativement court. Le point de départ du délai est différent au droit européen, selon si le contrat porte sur des services ou du bien. En droit suisse, le délai référendaire courant octobre est échu pour le changement du délai de 7 à 14 jours. Elles devraient entrer en vigueur année pro. Cela notamment en cas de démarchage. Il sera aussi possible de révoquer contrats passés dans le cadre de démarchage téléphonique.

Il y a aussi le cas du crédit à la consommation. Le législateur a adopté tant en droit européen qu'en droit suisse un droit de révocation. La motivation n'est plus les pressions psychologiques que le fournisseur pourrait exercer sur nous, mais on donne le luxe au consommateur de revenir en arrière. Conséquence : en général, les instituts de crédit attendent que le délai soit échu avant de verser l'argent.

406a : mandat visant à la conclusion d'un mariage ou contrat de partenariat. L'activité de courtage matrimonial est réglementée. Pas de réglementation spécifique selon le droit européen (législateur Français l'a fait). En droit suisse, une part de réglementation est offerte aux consommateurs (mandant selon la loi). L'agence matrimoniale doit prendre en charge les frais de retour si la relation ne se passe pas bien si elle a été cherchée qn à l'étranger. Ces frais de rapatriement peuvent être mis à la charge du consommateur.

Contrat à distance : Contrat passé par un moyen de communication entre deux personnes pas présentes physiquement dans le même lieu (principalement passé par Internet). Cela peut aussi être si fax. En droit européen, un droit de révocation dès 14 jours dans prise possession marchandise ou conclusion du contrat en cas de service. En droit suisse, aucun droit de révocation n'est prévu. Ainsi, si je commande su Internet, selon droit suisse pas de droit de

révoquer le contrat pour le consommateur. Deux PL (dernier en 2015) n'ont pas passé au motif que les consommateurs devraient être prudent et de leur responsabilité si s'engager ou pas. Malgré tout, le projet est passé de façon amoindrie : contrat conclu dans le cadre de démarchage téléphonique peut être révocable. Cela dit, certains commerçants permettent de retourner les articles commandés dans un certain délai (Zalando p.ex.). Chez Zalando, on va au-delà de ce que prévoyait le projet qui n'a pas abouti (4.2 : 30 jours et le renvoi est gratuit car frais de livraison pris en charge par le fournisseur).

Contrat sur assurance-vie : Contrat proposé au consommateur mais compliqué et long. Possibilité au consommateur de renoncer en droit européen, mais pas en droit suisse. Mais révision partielle de loi sur contrat assurance prévoit un droit de révocation (il faut voir si cette révision entrera en vigueur).

Services financiers à distance : Droit européen ? (...) Pour l'instant rien en droit suisse

Time sharing : spécificité européenne. La cible de cette législation est les offres pour passer des vacances dans des appartements. Il est possible de réserver une partie de l'année dans cet appart. Abus car info fourni au consommateur elle était partielle (quand consommateur voulait utiliser appartement, les frais « prenaient l'ascenseur ». ainsi, directive oblige infos claires et que droit de révocation. Un projet en 2006 en droit suisse a été abandonné qui préconisait les mêmes choses (consommateur est responsable et n'a qu'à s'informer avant de s'engager).

CAS PRATIQUES

Cas N 3 : M. X a la peau sèche

En prévision de l'arrivée de la vague de froid automnale, qui a pour conséquence d'affreusement assécher la peau de son visage, M. X s'est rendu la semaine dernière au domicile d'une de ses connaissances, M. Y qui organisait une soirée ayant pour but de présenter les produits cosmétiques de la marque BeautiFace Switzerland.

Au terme de cette soirée, Mr. X a acheté un lot de crèmes hydratantes pour un montant de CHF 250.- et a conclu un abonnement, d'une durée initiale de 12 mois, à CHF 120.- mensuels, lui permettant de recevoir chaque mois le kit de crèmes de jour et de nuit de la marque.

Après avoir appliqué ces produits durant une semaine, M. X n'est pas satisfait du résultat. Il pensait que leur pouvoir hydratant serait plus important. M. X constate que les conditions générales de ventes sur internet, auquel le bulletin de commande qu'il a signé renvoie, font référence à un droit de révocation de 7 jours et laisse la possibilité aux clients de mettre un terme à l'abonnement moyennant le paiement de frais de résiliation de CHF 500.-.

- a) *M. X souhaiterait retourner les produits qu'il a acheté et mettre un terme à l'abonnement.*

Droit suisse : S'agit-il d'un cas de démarchage ? Oui, art. 40ass CO en p. 39 du polycopier. L'art. 40b décrit le cas de démarchage. L'acquéreur peut révoquer son acceptation s'il a été invité à prendre un engagement. Il s'agit d'un produit de cosmétique. La vente à lui au domicile de M. Y, soit un local d'habitation se qui rentre dans le champ d'application de l'art. 40b. L'art. 40c serait l'exception. Il faudrait savoir si Y travaille dans le cadre professionnel

(critère de l'activité professionnel du fournisseur et usage familial de l'objet par le consommateur, art. 40a CO). Les dispositions sont applicables aux contrats portant sur les choses mobilières : ici la crème. A utilise les crèmes pour son usage personnel ou familial. Le fournisseur du bien agit dans le cadre de son activité professionnelle : question ouverte car le cas ne dit pas que Y est un pro, mais on va dire que oui dans ce cas. Les critères utilisés pour déterminer l'activité professionnelle ou non sont un critère de durabilité et un autre de rémunération. La donnée nous dit que M. Y organisait une soirée ayant pour but de présenter produits cosmétiques : il a mis moyens pour commercialiser produits et vraisemblablement gagné de l'argent. Il faudrait savoir si c'est ponctuel, mais il est vraisemblable que c'est régulier. On peut partir du principe qu'il a l'a fait de manière professionnelle (pas première fois) et s'enrichit en vendant produit. 40a al. 1 lit. b la prestation doit dépasser les 100.-. Il suffit selon l'art. 40e d'une communication écrite au fournisseur. On ne sait pas si M. Y est le vendeur. Il faudrait envoyer une communication écrite avec la partie au contrat pour dire que M. X souhaite révoquer le contrat. Pour calculer le délai, il faut se pencher sur l'art. 40^e qui parle du délai de 7 jours (+4 jours prochainement). 2 conditions cumulatives pour que le délai commence à courir : acquéreur (M. X) a proposé ou accepté contrat : ici contrat conclu. Il doit ensuite avoir connaissance des art. 40e, qui rapporte à 42. Une série d'infos doivent être communiquées à M. X par écrit. A partir de cela, le délai de révocation commence à courir. Le consommateur doit être mis au courant par écrit. Ici, on sait qu'il l'est car il est allé regarder sur le site Internet de la marque qui indique qu'il existe un droit de révocation de 7 jours. Est-ce que le fait que M. X soit allé voir ce site Internet déclenche le départ du délai de révocation ? L'application de l'art. 40e est très stricte. Il doit que ce soit fait « par écrit », soit sur un document écrit spécifique (càd le contrat de vente). La doctrine et certaines cours cantonales ont décidé que le fait informer consommateur droit de révocation dans conditions générales ne respecte pas la condition de l'art. 40e. La conséquence est que le délai de révocation ne commence pas à courir. Conclusion : Les fournisseurs doivent être très attentifs et respecter scrupuleusement les conditions de forme, sinon le délai de révocation est prolongé jusqu'à l'information appropriée aux clients (40e al. 3 : preuve que infos transmises au client repose sur le fournisseur). Ainsi, il faut info spécifique sur le contrat de vente rendant client conscient de l'existence et des modalités du droit de révocation selon cet art.

M. X pourra faire valoir son droit de révocation.

Conséquences de la révocation : Le rapport contractuel qui était un contrat de vente (échange d'une marchandise contre une somme d'argent) se transforme en rapport de liquidation (effet rétroactif). Les parties doivent se rendre les prestations échangées. C'est l'art. 40f qui traite des conséquences du droit de révocation. Si le consommateur a utilisé durant le délai de 7 jours, il doit un loyer équitable au vendeur pour cette utilisation. Le loyer équitable est le montant effectif d'argent correspondant à usage fait de la chose (exclusion éventuel bénéfice sur le vendeur). Art. 40f al. 3. Le contrat porte sur le transfert sur la propriété d'un bien. Aucune charge supportée par M.X. La conséquence est la suivante : S'il a déjà utilisé, il devra donner un loyer approprié au fournisseur. M. Y devra restituer l'argent perçu par cette transaction.

- b) *La réponse serait-elle différente si M. X vous indiquait que le contrat a été signé le lendemain de la soirée chez m. Y, dans les locaux de la boutique genevoise de BeautiFace Switzerland.*

En droit suisse : Le contrat n'a pas été conclu dans la soirée, mais dans la boutique. L'art. 40b

CO couvre la conclusion du contrat, mais aussi « l'invitation à prendre un engagement ». Si les conditions de 40b et 40c sont remplies et qu'ensuite on se rend dans un établissement commercial, le fait d'avoir institué procédure contractuelle hors établissement du fournisseur implique application de 40ass CO. Ici, on considère que c'est un cas de démarche et M. X. peut aussi se départir du contrat.

En droit européen : la directive sur les pratiques déloyales 2005/29 (p. 269 polycop) et son art. 11 prévoit la possibilité d'intervenir ici.

c) *La FRC a récemment reçu de nombreuses plaintes concernant des méthodes de ventes agressives de BeautiFace Switzerland. Peut-elle faire cesser ces pratiques?*

La difficulté est que ce n'est pas la FRC qui a été démarchée spécifiquement. Elle n'est pas partie à l'éventuel contrat. Le mandat constitutionnel donné au législateur fédéral est de donner des moyens à des organismes de protéger les consommateurs. Art. 10 al. 2 lit. b LCD (p. 254 du polycop). Les actions peuvent être introduites également par les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs. Ainsi, le FRC peut agir pour prévenir d'éventuelles atteintes aux droits des consommateurs.

En droit européen, contrat de démarche = contrat conclu hors des établissements commerciaux. Le droit de révocation = droit de rétractation. La directive 2012/28/UE, p. 13 du polycopier est applicable. Elle avait pour but d'être la partie générale du droit de la consommation et trouve application entre tous les contrats conclus entre les professionnels et les consommateurs. Les principaux thèmes de cette Directive sont : information aux consommateurs, contrats conclus hors de établissements commerciaux et à distance ac obligation infos plus étendus que contrat normaux. Il y a aussi éléments sur le contrat de la vente et le transfert des risques. Il y a aussi les frais de paiement. Les fournisseurs ne peuvent pas nous faire supporter des frais de paiement qui vont au-delà des frais effectifs. Les frais de hotline surtaxés sont aussi prohibés dans cas de contrats conclus avec des consommateurs. Il y aussi une dispo sur envoi de chose non commandées (correspond à 6 CO).

Cette directive règle la problématique des contrats conclus hors établissement commerciaux en offrant un droit de révocation au consommateur.

S'agit-il d'un démarchage ? Art. 2 ch. 8 de la Directive, p. 22 du polycopier définit les établissements commerciaux. Oui, les critères sont remplis (hors établissement + présence physique des deux personnes). Idem en ce qui concerne les critères généraux d'application de la Directive. La même problématique est soulevée. Quid d'une éventuelle limite ? Elle ne figure pas dans la Directive.

Quid d'une exception ? La Directive contient deux types d'exceptions : celles à son application (directive totalement écartée) et les exceptions au droit de rétractation (art. 16). Les biens sellés ne peuvent pas faire objet d'un droit de révocation (produit cosmétique, cd et.). Art. 3 al.3 : exceptions dans la directive, et ces exceptions contiennent aussi des exceptions partielles. Quand on souhaite appliquer la directive, bien parcourir la liste des exceptions. Ensuite lorsque la directive s'applique, il y a un 2^{ème} type d'exceptions qui s'appliquent uniquement à l'institution du droit de rétractation.

Il s'agit ici d'un potentiel contrat conclu hors d'un établissement commercial. Qu'est-ce qu'un tel contrat selon la Directive ? Art. 2 ch.8 de la Directive le définit. C'est un contrat : « ... ». Ici clairement le contrat tombe dans le champ d'application de la Directive. Quid des autres conditions d'application ? Même raisonnement que fait sous le droit suisse (si c'est un professionnel ou non, etc). En droit européen il n'y a pas de limite (100.- en droit suisse) mais un droit aux états nationaux d'insérer une limite (50 euros), mais ici on ne sait pas. Quoi qu'il en soit on se trouve au dessus des 50 euros ici. Est-ce que une des exceptions a l'application de la Directive trouve application ici ? Art. 3 al.3 : non. Ainsi la Directive trouve application.

M.X veut annuler ce contrat et de récupérer son argent : art. 9 Directive pose le principe du droit de rétractation, doit TOUJOURS être lu en relation avec l'art. 16 qui pose des limites au droit de rétractation ! On se trouve ici en partie dans un cas d'exception (cf. p. 29 polycop, art. 16 liste). Ici la let. e nous concerne : il s'agit de la fourniture de biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection et d'hygiène et qui ont été descellés après l'ouverture du consommateur. Ainsi est-ce que les biens qui sont toujours fermés peuvent être renvoyés par M. X mais pas le pot qui a été ouvert ? La solution que le Prof préconise est en ligne avec l'esprit de la Directive puisqu'elle permet au consommateur qui a commandé un bien dans un certain contexte de tout de même révoquer le contrat. M. X devra suivre les modalités prévues par la Directive pour pouvoir exercer son droit de révocation (art. 11 prévoit une déclaration, avec formulaire de rétractation facultatif claire et inconditionnelle). Délai de 14 jours selon art. 9 al.1 de la Directive (p. 27 polycop). Quid du jour du départ du délai ? La Directive distingue pour ça les services et les contrats qui portent sur la livraison d'un bien, le point de départ du délai n'étant pas le même. Ici c'est une vente, donc c'est un bien (9 al.2 let. a concerne les services et la let. b concerne les contrats de vente et les biens) : en principe le point de départ c'est la livraison, le moment où le consommateur prend en possession l'objet. Il y a ensuite plusieurs sous-hypothèses, ici celle qui nous concerne c'est l'abonnement, pour recevoir à fréquence régulière, donc dernière hypothèse. Dans ce cas le délai commence à courir lorsque le consommateur prend physiquement possession du premier bien, donc lorsque le premier pot de crème a été livré. Art. 10 Directive : il faut que le consommateur soit mis au courant de l'existence d'un droit de révocation (règle similaire en droit suisse mais conséquences pas tout à fait les mêmes). Le délai est prolongé d'une période de 12 mois en droit européen si le professionnel omet de se plier à cette exigence.

VI. Droit de révocation (suite)

CAS PRATIQUES

Cas N 4 M. X veut se marier

Lassé d'être seul, M. X aimerait rencontrer une dame avec qui partager son quotidien. Ses tentatives individuelles étant restées infructueuses, il s'est approché de l'agence MeetAbeautY et a signé le contrat suivant:

« Contrat entre MeetAbeautY et X du _____

MeetAbeautY présentera au minimum trois correspondantes au Client chaque mois pendant la durée du contrat. MeetAbeautY met à la disposition du Client un local pour la rencontre avec chaque correspondant. Le correspondant présenté correspondra au profil psychologique déterminé d'un commun accord par MeetAbeautY et X. La taxe d'entrée est de CHF 1200.-.

Ce prix comprend les frais administratifs, la réalisation d'une étude de profil psychologique, et la constitution d'un dossier personnel. La taxe d'entrée n'est en aucun cas soumise à restitution. Elle est payable en liquide ou par carte de crédit dès la signature du présent contrat.

La taxe d'abonnement est de CHF 150.- par mois payable par bordereau de versement. En cas de retour de la personne présentée dans son pays d'origine dans les 6 mois qui suivent son arrivée, le Client participe de manière forfaitaire aux frais de rapatriement à hauteur de CHF 4'000.-. Le présent contrat est conclu pour une durée minimale d'une année, renouvelable tacitement à son échéance. Tout litige au sujet du présent contrat sera soumis aux tribunaux de la République et Canton de Genève, le droit suisse étant applicable. La preuve de l'inexécution ou de la mauvaise exécution par MeetAbeautY incombera au client. »

M. X paie la taxe d'entrée et constate que les trois premiers correspondants que MeetAbeautY lui présente sont des hommes. M. X est donc fort mécontent. Par ailleurs, aucune rencontre ne lui est proposée pour les mois suivants. Trois mois plus tard, il reçoit un rappel pour CHF 450.- correspondant aux trois premiers mois. Quelle est la situation juridique ?

Art. 406a ss CO : on ne parle plus de courtage matrimonial mais on parle d'un mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat. Il faut que les dispos trouvent application et que les conditions du droit de révocation (art. 406e : 7 jours) soient remplies. La définition de consommateur est très large. Le législateur a estimé que toutes les personnes qui se trouvaient dans ce type particulier de situation tel que décrit à 406a mériteraient une protection et doivent être considérés comme des consommateurs. On se trouve clairement dans un cas de 406a al.1 CO. Pas d'autres conditions à examiner, l'application est acquise. Ensuite, on va voir en ce qui concerne le droit de révocation l'art. 406e ; le législateur fédéral a utilisé le terme « résoudre » mais en réalité ce n'est pas une résolution, il suffit une déclaration du consommateur. A partir de quand commence le contrat de 7 jours ? On peut déduire que X a reçu le contrat, le délai a donc commencé à courir, ce dernier n'est venu nous consulter que 3 mois après, donc pas de droit de révocation possible ici.

Solution alternative ? Art. 406d ch. 7 permet au mandant de révoquer le contrat en tout temps mais a charge pour lui d'indemniser le mandataire si il lui cause un dommage. La résiliation n'est pas rétroactive ; tout ce qui a existé antérieurement a la résolution demeure. Un élément spécifique c'est déjà produit en amont ; c'est le paiement des 1200.-. On peut conseiller à X de résilier, mais il ne peut pas récupérer cette somme car le paiement demeurerait fondé. Si les 450.- restant correspond a une période antérieure, même eux seraient dus.

La seule chose qui lui reste c'est de trouver une cause de résiliation ordinaire du contrat ou passer par 97ss CO et la mauvaise exécution contractuelle mais c'est un peu compliqué. Il faut recourir encore a une autre particularité de ces dispositions sur le courtage, c'est 406d CO. La sanction de sa violation est clairement mentionnée : « Le contrat n'est valable que (...) » (donc a contrario il n'est pas valable). La sanction / conséquence directe c'est que le contrat est nul et la nullité se constate d'office (pas besoin qu'une des parties la soulève). Les prestations doivent dans un cas de nullité être retournées aux parties.

VII. Vente et garantie

CAS PRATIQUES

Cas N 5 M. X et la voiture défectueuse

M. X a acheté une voiture de la marque M auprès du garage AutoFilou SA. Le contrat de vente prévoit ce qui suit :

Au lieu et place d'autres actions en garantie, l'acheteur ne peut exiger du vendeur que la suppression des défauts (réparation) conformément aux dispositions suivantes:

- a) Cette prétention s'étend à la réparation ou au remplacement des pièces défectueuses et à la suppression d'autres dommages du véhicule.*
- b) L'acheteur doit immédiatement signaler, dès leur constatation, tout défaut au vendeur ou le lui faire constater. Sur demande, il doit remettre le véhicule au vendeur en vue de la réparation. Le vendeur peut faire exécuter le travail par un tiers sans pour autant être libéré de sa responsabilité pour garantie.*
- c) Le vendeur a le droit, au lieu de procéder à la réparation, de livrer un autre véhicule conforme au contrat dans un délai raisonnable.*

Si un défaut important ne peut être supprimé malgré une deuxième réparation, l'acheteur est en droit, soit d'exiger une diminution du prix, soit de se départir du contrat. Un droit de l'acheteur au remplacement du véhicule n'existe en aucun cas.

Par ailleurs, en tant qu'acheteur d'un véhicule de marque M, M. X bénéficie du service "Mobilito" qui prévoit notamment une assistance en cas de panne, le remorquage gratuit jusqu'à l'atelier de marque M le plus proche et une voiture de remplacement pendant la durée de la réparation. Quelques jours après l'acquisition, la voiture de M. X tombe en panne. Il consulte la liste des garages partenaires Mobilito et appelle le plus proche, qui le dépanne rapidement. Deux semaines plus tard, X retombe en panne. Il appelle à nouveau un garage partenaire Mobilito qui procède rapidement à la réparation. Un mois plus tard, X tombe une troisième fois en panne. Il s'adresse alors à AutoFilou SA pour demander le remplacement de la voiture. AutoFilou SA refuse, en s'appuyant sur la garantie du contrat de vente. Quelle est la situation juridique ?

Ici on introduit une réparation qui n'existe pas dans le droit dispositif du CO. On laisse aussi le droit de se départir du contrat si la réparation n'a pas fonctionné. Ensuite, toujours lors de la conclusion, X bénéficie d'un service d'assistance en cas de panne (Mobilito) en plus de l'achat de la voiture. Quelques jours après l'acquisition de la voiture, elle tombe en panne. Mobilito répare la voiture. Deux semaines plus tard elle retombe en panne une deuxième et troisième fois ; elle est réparée 3 fois en tout par Mobilito. X en a marre, s'adresse à AutoFilou pour demander le remplacement de sa voiture et le garage, en s'appuyant sur le contrat, refuse. L'argumentation du garagiste a été validée par le Tribunal fédéral.

En droit suisse, le CO est applicable en l'espèce puisqu'il s'agit d'un contrat de vente prévoit un remplacement à 206 al.1 CO. Mais cette dispo est-elle applicable ici ? On voit dans les faits que la société AF a des conditions spécifiques : laissons de côté la question de la validité des conditions générales et traitons ce contrat comme un contrat usuel. On remarque que les conditions usuelles de l'appel à la garantie sont modifiées par le contrat de vente. En l'espèce, on voit que la première phrase commence « au lieu et place d'autres actions en garantie », il s'agit donc d'une exclusion au moins partielles des règles du CO. On remarque ensuite que le vendeur n'a prévu que la réparation des défauts et que pour y accéder il y a un certain nombre de conditions à respecter : l'acheteur doit immédiatement signaler les défauts au vendeur (let. b) et l'acheteur peut se départir du contrat ou une diminution du prix, si la réparation échoue

plusieurs fois mais il n'y a pas de droit au remplacement. Est-ce que ce système alternatif est possible en droit suisse ? La réponse est oui car les règles propres au droit de la conso en matière de vente sont quasi inexistantes en droit suisse. La seule dispo c'est l'art. 210 al.4 CO sur la prescription. Tout le reste est de nature dispositif à l'exclusion de l'art. 199 CO qui concerne tous les acheteurs et vendeurs, peu importe qu'ils soient consommateurs, et qui concerne la dissimulation des défauts. Donc c'est une exclusion valable et ce n'est pas possible de demander le remplacement mais on peut se départir du contrat ou exiger une diminution du prix. X s'est adressé à Mobilito dès qu'il a eu sa première panne. Il y a eu 3 réparations infructueuses. Les conditions du contrat sont-elles remplies ? Le TF a vu un problème : l'avis des défauts. C'est une notion stricte en droit suisse. Selon le TF l'avis des défauts doit être immédiat dès la découverte du défaut au vendeur, or X s'est adressé à Mobilito et non pas à AF. Il s'est adressé à AF seulement après les 3 réparations infructueuses. Pour ce motif, le TF conclut que parce que X ne s'est pas plaint au vendeur de la chose défectueuse, que cette chose est tenue pour acceptée. L'idée de justice est heurtée ici mais c'était la conclusion du TF. A l'heure actuelle, il est absolument nécessaire de faire un avis formel et immédiat au vendeur et non pas à un intermédiaire. On aurait pu tenter de trouver un rapport de représentation entre Mobilito et AF mais ce n'a pas été le cas.

En droit européen, la première chose serait à examiner la dérogation au régime légal européen. En matière EU, ce ne serait pas possible de déroger à ce que prévoit la directive que le système de garantie est complet et impératif. Tous les moyens prévus sont accessibles aux consommateurs ; toute clause contraire du vendeur est nulle. En ce qui concerne l'avis de défauts (ce qui posait vraiment problème dans ce cas et pas tellement le régime de la garantie en lui-même, tel que vu avant), il y a deux différences avec la Suisse : il existe mais il est optionnel. Il dépend du droit national. Lorsque les différents Etats membres retranscrivent la directive dans le droit national, ils ont le choix d'introduire une condition d'avis des défauts ou non. En outre, si ils décident de le faire, le délai doit être d'au moins 2 mois dès le constat du défaut, contrairement au droit suisse selon lequel l'avis doit être fait immédiatement. En droit EU, X aurait droit à tous les moyens impératifs et les dispo contractuelles du vendeur ne pourraient pas trouver application. L'art. 3 de la directive 99/44 prévoit les moyens de la garantie (système en cascade avec les moyens principaux qui sont la réparation et le remplacement). Réparations infructueuses donc remplacement malgré l'exclusion contractuelle (qui s'avèrerait nulle en droit EU). Note : si remplacement impossible alors moyen subsidiaire de l'art. 3 al.5 : réduction adéquate du prix ou résolution du contrat qui impliquerait un rapport de liquidation (rend la voiture et récupère le prix).

VIII. Crédit à la consommation

Loi spécifique avec système complet qui permet de protéger le consommateur / emprunteur. Les dispositions de la LCC (Loi sur le crédit à la consommation) met à la disposition des C un assez vaste arsenal de moyens juridiques pour se défendre dans cette situation. La nécessité de réglementer le crédit à la consommation c'était surtout du point de vue des prêteurs d'éviter les abus (c'est l'usure, taux d'intérêt bcp trop élevés). La notion de crédit à la conso centrale et le cas spécifique c'est l'emprunt d'argent, moyennant intérêts, éventuellement frais. Il existe plein d'autres variantes au simple prêt d'argent qui se rapprochent et donc l'idée est d'encadrer toutes les opérations et englober dans le champ de la LCC toutes les opérations qui répondent à l'expression de « achetez aujourd'hui, payez demain ». Il existe typiquement une clause dans la LCC (qui est l'art. 1 al.1 LCC) qui définit le champ d'application et dit que sont soumis notamment les prêts etc ainsi que tout autre facilité de paiement similaire. Ceux

qui ont une licence bancaire sont dispensés d'obtenir une autorisation au sens de la LCC. Pour éviter les abus de la part des prêteurs la LCC fixe également un taux d'intérêt maximum.

Notion de minimum vital : le débiteur qui se retrouve surendetté malgré tous les moyens de protection mis en place par la LCC risque de se faire saisir son salaire. La 2^{ème} possibilité du débiteur surendetté c'est de demander sa faillite personnelle, selon la LP. Il y a un appel au(x) créancier(s), ensuite on liquide les biens du débiteur et les créanciers reçoivent un acte de défaut de biens. Cet acte permet de réintroduire de nouvelles poursuites contre le débiteur mais à condition du seuil de retour à meilleure fortune (un peu plus élevé que le minimum vital).

En droit européen, c'est plus ou moins la même chose que le droit suisse en ce qui concerne le crédit à la consommation (moyens pour empêcher le surendettement etc). Mais il ne prévoit rien en matière de méthodes curatives ; elles sont laissées à la disposition des Etats membres qui peuvent l'introduire ou non.

a. Champ d'application de la LCC :

Relation contractuelle entre un prêteur professionnel (qui exerce par métier) au sens de l'art. 2 LCC. Le consommateur doit être une personne physique qui poursuit un but étranger à son activité professionnelle. Le lien / contrat entre l'emprunteur et le prêteur est relativement large, puisque l'art. 1 al.1 LCC utilise une notion juridique susceptible d'interprétation relativement large (« prêt ou tout autre paiement similaire »). Typiquement les contrats de leasing sont soumis à la LCC, ainsi que les cartes de crédit (art. 1 al.1 let. b LCC). Exclusions à l'art. 7 LCC (typiquement montants très importants ou très faibles sommes : 500.- et 80'000.-).

b. Moyens de droit mis à disposition du consommateur/emprunteur :

Le principal moyen de protection de la LCC c'est le fait qu'elle soit impérative (art. 37 LCC). Devoir d'information du prêteur. Violation : nullité du contrat. Résiliation anticipée du contrat possible aussi. Régime spécifique de demeure de la LCC (cas de retard dans l'exécution) : en principe on a un régime de demeure de la partie générale du CO que les parties peuvent aménager, mais ici on le fixe pour protéger le consommateur et donc les moyens du prêteur ne peuvent être utilisés qu'à partir d'un certain moment (art. 18 LCC). Il y a aussi l'opposabilité des exceptions au cessionnaire (cas où le crédit est cédé à un nouveau prêteur). Centre de renseignement : IKO (association de droit suisse), centre qui recense tous les crédits soumis à la LCC en Suisse uniquement.

CAS PRATIQUES

Cas N 6 M. X et son nouveau home cinema

M. X souhaite un remplacer son téléviseur noir/blanc. M. X se fait plaisir et acquière un kit composé d'un projecteur, un écran rétractable et un système de sonorisation auprès de DigiMedia SA. Pour financer cette acquisition, M. X emprunte CHF 12'000.- auprès de l'organisme DigiMedia Financing Services SA (DMFS). Le taux d'intérêt est de 14,5 %, portés à 16 %, en cas de souscription à une assurance en cas de décès ou chômage. Les mensualités sont de CHF 500.-, sur une durée calculée de façon à comprendre les intérêts.

En remplissant les formulaires demandés par DMFS, M. X déclare disposer de revenus à hauteur de CHF 10'000.- par mois et ne pas avoir obtenu d'autre crédit. Sur la base de ces déclarations, DMFS libère les fonds. Le système home cinéma commandé, et payé d'avance grâce aux CHF 12'000 versés par DMFS, n'est pas livré, en raison de la faillite de DigiMedia SA.

a) *M. X peut-il refuser les remboursements du crédit ?*

En droit suisse : Il emprunte une certaine somme pour acquérir un home cinéma mais ne le reçoit jamais. Ainsi la société de prêt lui demande de le rembourser selon le contrat et M. X est embêté car il n'a plus cet argent et n'a reçu aucune contrepartie de la part du vendeur. Selon le bon sens général, l'argument de M. X est le fait qu'il n'a jamais reçu le home cinéma qu'il voulait acquérir via le prêt. Si on regarde le schéma n.6, sur le « crédit lié », on voit que M.X se trouve face à 2 prestataires différents. Le fournisseur est DigiMedia SA et le fournisseur s'engage à lui vendre un home cinéma, or celui-ci n'est jamais livré. L'autre relation juridique entre X et le prêteur c'est le contrat de prêt avec DigiMedia Financing Services SA. Selon le principe de la relativité des conventions, c'est que chaque convention est indépendante de l'autre ; donc le fait de ne pas rembourser parce qu'on a pas reçu la prestation n'est pas un argument valable. En effet, la prétention en cause ici est la restitution du prêteur du montant emprunté. X essaie d'opposer au prêteur une exception qu'il a contre le fournisseur.

Mais dans le cas présent la LCC pourrait venir au secours de M. X : l'art. 21 LCC parle du crédit lié. La base légale de la prétention du prêteur c'est le contrat. Pour que le prêteur puisse réclamer son argent sur la base du contrat, encore faut-il que le contrat soit valable ; la LCC prévoit en effet certains cas de nullité si le prêteur professionnel ne remplit pas certaines conditions. Art. 14 et 15 LCC (p. 73 polycopié) : on a un taux général d'intérêt du prêt qui doit être dévoilé avant la conclusion du contrat. Il y a aussi un taux maximum qui, si il est dépassé, fait que le contrat est nul. Ainsi la première chose à se demander c'est si le contrat est valable : l'ordonnance d'application de la LCC fixe le taux maximum du prêt. Actuellement celui-ci est de 15%. Donc si le taux d'intérêt d'un contrat de prêt est supérieur à 15%, ce contrat est nul en vertu de l'art. 15 al.1 LCC. Selon l'énoncé, le taux est de 14,5%, porté à 16% en cas d'assurance. La question est comment définir le taux annuel effectif global (TAG). Si on retient les 16%, le contrat de prêt est nul et on se retrouve dans une situation où le contrat « n'existe pas » et les parties doivent se restituer les prestations respectives. On doit rendre l'argent qu'on a emprunté. Cela n'arrange pas vraiment M. X, au contraire c'est plus défavorable que de continuer d'exécuter le contrat (au lieu de payer 12'000.-, il continuerait de payer les mensualités). Il y a donc un problème de protection du consommateur. Par conséquent, les conséquences de la nullité de l'art. 15 LCC est aménagé : ce n'est pas un système pur de restitution immédiate des prestations. Art. 15 al.2 LCC : le consommateur dont le contrat de prêt est nul peut continuer de rembourser selon l'échéancier contractuel. Ensuite, le consommateur ne doit ni les frais, ni les intérêts. En l'espèce, le contrat est-il nul ? On doit se demander si le TAG est supérieur ou non aux 15% fixés par la loi (si les 16% doivent être pris en compte ou non dans le TAG). La LCC prévoit la manière de calculer le TAG dans les art. 33 ss LCC + annexe I (p. 82 polycop) : l'art. 34 al.2 LCC donne la liste des frais non pris en compte et l'al.4 donne ceux qui sont pris en compte. On voit que les frais liés à une assurance sont effectivement pris en compte si ils sont obligatoirement exigés par le prêteur pour l'octroi d'un crédit. En l'espèce, c'est optionnel, M.X a le choix de souscrire ou non à une assurance. Conséquence : on en tiendra pas compte lors du calcul du TAG, donc on

reste à 14,5%, ce qui est inférieur à 15%, pas de dépassement et donc la convention de prêt est à cet égard valable et M.X ne peut pas se prévaloir de la nullité du contrat.

On retourne sur le 1^{er} argument de celui d'une mauvaise exécution du contrat de la part du fournisseur. X serait tenu normalement de rembourser le prêt car les deux conventions sont indépendantes, mais l'art. 21 al.1 LCC permet de contourner ce principe dans certains cas. C'est une exception et ses conditions d'application (cumulatives) sont très strictes : on voit les let. a, b, c, d et e qui correspondent aux 5 conditions nécessaires :

- Il existe un accord entre le prêteur et le fournisseur et il faut que l'accord soit exclusif (les 2 entités en cause, celle qui vend et celle qui finance, soient liées par un accord d'exclusivité qui signifie que l'entité de prêt prête cet argent exclusivement au client du fournisseur). En l'espèce, un tel accord existe-t-il ? Si on compare le nom des sociétés, on voit que ce lien existe.
- Le consommateur a bénéficié de cet accord. C'est le cas ici.
- Il y a un cas d'inexécution. C'est le cas ici.
- L'art. 21 est un moyen subsidiaire, il faut que le consommateur ait tenté de faire valoir ses droits contre le fournisseur mais sans succès. On part du principe que oui ici.
- Cette disposition ne s'applique pas aux cas bagatelles, le montant doit être supérieur à 500.-. C'est le cas ici (12'000.-).

M. X pourra refuser de rembourser son prêt au motif que le vendeur ne lui a pas livré le home cinéma qu'il lui avait promis.

En droit européen : la solution est relativement similaire. Art. 3 let. n de la directive (p. 92 polycop) qui prévoit le crédit lié mais avec une application plus souple. Ce n'est pas nécessaire d'avoir un accord d'exclusivité mais cette condition est remplacée par la notion d'unité commerciale entre le fournisseur et le prêteur (si le prêteur prête à d'autres personnes que celle du fournisseur, c'est toujours valable contrairement au droit suisse).

b) Il s'avère qu'en réalité, M. X est déjà endetté à raison de CHF 3'800.- par mois et ne peut plus faire face à ses engagements. Il ne paie pas les deux premières mensualités. DMFS vous consulte pour introduire une poursuite. Elle vous demande notamment si elle peut demander des intérêts moratoires pour les mensualités en retard.

Première problématique : celle des intérêts. Il y a deux types d'intérêts : il ne faut pas confondre les intérêts conventionnels correspondants aux « loyers de l'argent » (prévus à l'art. 313 CO) et les intérêts moratoires (dus non pas en raison de l'emprunt mais en raison du retard dans l'exécution, art. 104 ss CO). Ici on ne parle pas d'intérêts moratoires. Donc la question de DMFS c'est de savoir si un intérêt moratoire est dû dans le cadre de la LCC. Art. 18 al.3 LCC dans le principe permet l'intérêt moratoire mais le limite au TAG. Cela signifie que si on veut en réclamer un/en prévoir un dans le contrat, cet intérêt ne pourra pas être supérieur au TAG convenu entre les parties, étant lui même limité à 15%. En l'occurrence aucun intérêt n'est prévu dans le contrat : si il n'est pas convenu, il s'élève à 5% normalement selon 104 CO. Quid du moment ? Il court en principe à partir de la mise en demeure. Mais dans le cas où des intérêts conventionnels sont en retard, ce qui est le cas ici, il ne court qu'à partir de l'introduction d'une demande en justice ou d'une poursuite (art. 105 CO). Par conséquent, un intérêt moratoire est donc possible même si il n'a pas été prévu, mais ce sera d'un taux d'intérêt légal de 5%.

Seconde question : est-ce qu'une poursuite peut être intentée pour le retard ? Autrement dit est-ce que DMFS peut réclamer les deux mensualités ? Ici la base est le contrat de prêt. L'argent doit être exigible en vertu du contrat de prêt. Question sous-jacente : est-ce que ce contrat de prêt est valable ? La problématique principale ici c'est que M. X a menti et l'argent lui a été octroyé alors qu'il n'a pas les moyens de rembourser. Le but de la LCC ne laisse le prêteur prêter de l'argent que si le consommateur peut le rembourser. Ainsi, est-ce que DMFS a violé son obligation de surveillance ou est-ce que c'est à M.X de supporter les conséquences de son mensonge ? Art. 28 ss LCC (p. 77 polycop) : le principe général c'est que le prêteur doit examiner la capacité du consommateur à rembourser le crédit sans heurter son minimum vital (notion fixée de manière régulière au niveau cantonal). Actuellement à GE pour une personne seule c'est environ 1'700.- CHF (site de l'OFP). Ici l'art. 28 LCC nous explique comment cette capacité doit être calculée. Il faut tenir compte du MV, du paiement du loyer, des impôts et des engagements précédents enregistrés dans le registre. Lorsque le prêteur veut prêter de l'argent au consommateur, il doit obtenir une série de renseignements. Art. 31 al.3 LCC sur la demande de documents officiels. En l'espèce on ne sait pas exactement ce que DMFS a demandé mais on sait que M. X a menti concernant ses crédits antérieurs. DMFS n'aurait pas pu détecter ce problème en le demandant à M.X, mais visiblement elle n'a pas consulté le registre prévu à l'art. 28 al.3 let. c LCC. Conséquence de la violation de l'obligation de surveillance : art. 32 LCC. C'est la nullité du contrat. L'art. 32 LCC a aménagé les conséquences de la nullité de telle sorte que le consommateur soit favorisé : distinction entre les deux types de nullité de l'art. 32 LCC. C'est une nullité consécutive à la violation de l'obligation de surveillance par le prêteur (al.1 et 2) : « super-nullité » (grave) et nullité normale (de peu de gravité). Selon la 1^{ère}, le consommateur ne doit rien rembourser et le prêteur perd cet argent. Selon la 2^{ème}, restitution des prestations mais avec un régime de liquidation amélioré (de l'art. 15 LCC), donc sans frais et intérêts et remboursement selon l'échéancier prévu dans le contrat.

En conclusion, même si M.X a menti, DMFS a violé son obligation de surveillance et perd son titre de créance. Le contrat est nul, elle ne peut donc pas introduire de poursuite et l'emprunteur doit restituer l'argent qu'il a emprunté, mais pas les frais, ni les intérêts.

En droit européen : art. 19 directive ne fixe pas le montant du TAG mais sinon c'est similaire.

c) M. X hérite de son oncle d'Amérique et souhaite rembourser la totalité du crédit. DMFS vous demande si elle peut lui appliquer une pénalité pour résiliation anticipée conformément à ses conditions générales.

Est-ce possible de prévoir ce type de clause selon la LCC ? Le remboursement anticipé d'une part est possible (art. 17 LCC) mais la possibilité de ce remboursement est impérative (art. 37 LCC), ce qui signifie qu'on ne peut pas l'aménager selon un contrat. M.X a droit à une remise des intérêts et une réduction équitable des frais qui correspond à la partie non utilisée du contrat, donc après que 60% du contrat exécuté. Ainsi la clause pénale est nulle et ne peut être appliquée à M. X.

En droit européen : la directive prévoit le principe d'une surveillance des consommateurs mais ne dit pas exactement comment les Etats doivent le faire (par exemple pas de MV dans la directive) et la sanction est laissée à l'appréciation des Etats membres. En revanche le registre est établi au niveau EU ce qui couvre un territoire beaucoup plus large que la CH. Pour le remboursement anticipé, art. 16 directive (pas de clause pénale mais le prêteur peut réclamer une indemnité équitable pour les frais entraînés, sans excéder 1% du crédit).

Cas N 7

Afin de remplacer le véhicule défectueux dont il était question au cas 5, M. X conclut un contrat de leasing avec la banque QuickCredit pour l'achat d'une voiture privée auprès de la société QuickAuto, affiliée à QuickCredit. Le loyer prévu par le contrat est de CHF 510.- par mois. Les conditions générales prévoient que X peut mettre fin au contrat en tout temps sans motifs, moyennant un préavis de trois mois, et que dans ce cas, les mensualités de leasing convenues sont recalculées depuis le début du contrat et définitivement fixées rétroactivement sur la base de la durée effective du contrat. Le nouveau calcul s'effectue selon le tableau figurant sur la feuille annexée au contrat. Le taux annuel effectif global de 8,5 %, n'est par contre pas indiqué dans le contrat. Le contrat prévoit par ailleurs un intérêt de retard de 10%. La voiture fait, à nouveau, l'objet de pannes répétées et M. X décide d'arrêter le paiement des mensualités tant qu'une solution n'aura pas été trouvée. Trois mois plus tard, aucune solution ne se dégageant, M. X décide de changer de voiture et de mettre fin au contrat de leasing. M. X vous consulte et vous demande de rédiger le courrier à QuickCredit, qui le menace d'une poursuite pour les trois loyers impayés, trois mois de loyers supplémentaires pour la durée du délai de résiliation, et le montant supplémentaire prévu par le contrat en cas de résiliation, le tout augmenté d'un intérêt moratoire de 10 %.

En droit suisse : S'agissant de la première prétention, cf. schéma du contrat de leasing. Ici, contrairement au cas 6, c'est qu'il n'y a plus qu'une seule relation juridique pour M. X (contrat de leasing). Il n'y a qu'une simple mise à disposition de la part du fournisseur. Le consommateur rembourse le leasing au donneur de leasing, qui achète l'objet convoité par le consommateur et le fournisseur met directement cet objet à disposition du consommateur. Contrat hybride entre le bail et le prêt (le droit français l'appelle un « crédit-bail »). Ici il faut se demander si il existe des institutions qui prévoient une protection du preneur de leasing et à quelles conditions : la LCC prévoit que le contrat de leasing lui est soumis à certaines conditions (conditions usuelles + 1 spéciale :

- Le prêteur professionnel
- Utilisation pour un usage personnel ou familial
- Etranger à l'activité professionnelle du consommateur
- Art. 1 al.2 LCC spécifiquement pour le contrat de leasing : une augmentation des redevances

Ici c'est bien le cas en l'espèce et la LCC s'applique. Il y a toute une série de règles formelles qui si elles ne sont pas respectées rendent le contrat nul : typiquement ici le TAG n'est pas mentionné. Ce contrat est donc nul au sens de l'art. 11 LCC (qui prévoit la forme et le contenu impératifs d'un contrat de leasing). Le contrat est nul en l'espèce. Quelles sont les conséquences de la nullité d'un contrat de leasing ? La nullité dans le cadre de la LCC est particulière : dans ce cas il y a une nullité aménagée, « sans effet rétroactif » cette fois proche de la résiliation. La durée pendant laquelle l'objet a été mis à disposition du consommateur survit à la nullité. Conséquence : art. 15 al.4 LCC, qui dit que pour la période pendant laquelle le véhicule est resté à disposition du consommateur, le leasing est dû. Il est tenu de rembourser ce montant mais sans intérêts ni frais. A partir du moment où il rend le véhicule, il ne doit plus payer les échéances futures, ni les frais dus jusqu'à maintenant, donc les 3 mois qui correspondent au délai de résiliation. Comme le contrat est nul, les redevances ne sont dus que jusqu'au moment où il restitue le véhicule.

S'agissant des 3 mois de retard non payés en raison de la panne, intérêt moratoire maximum fixé au TAG convenu. Il est de 8,5% et l'intérêt moratoire est de 10%, donc supérieur et en

contravention avec 18 al.3 LCC. Conséquence ? Deux solutions envisageables : ramener au taux légal (5%) ou ramener au taux d'intérêt admissible selon la loi (8,5% convenu entre les parties). La loi ne donne pas une solution.

S'agissant des intérêts moratoires liés à ces trois mois de retard, c'est la même situation plus ou moins que dans le cas du crédit lié. L'art. 21 LCC n'est pas applicable car il n'y a qu'une seule relation juridique ici. Quel droit appliquer ? Plusieurs solutions, typiquement droit de la vente ou droit du bail. Si on parle de droit de la vente on parle de droit dispositif, donc aménagement dans le contrat et exclusion de garantie. Le donneur de leasing pourra dire qu'il exclut toute responsabilité en matière de garantie et si X reçoit une voiture défectueuse et ne veut plus payer, le donneur de leasing pourra ressortir ses CG. Probablement solution suisse.

La seule prétention qui reste c'est les redevances : est-ce que l'arrêt du paiement de redevances est justifié ? Pour ceci il faut se demander quel est le type du contrat de leasing. La difficulté dans le contrat de leasing c'est que M.X est lié par contrat avec le donneur de leasing, et le fournisseur vend simplement le véhicule au donneur de leasing mais le met à disposition de M.X. Il découle de cette situation juridique qu'il n'existe pas de relation juridique entre le consommateur et le fournisseur. Donc les exceptions de M.X sont des prétentions tirées de la garantie pour les défauts : il ne peut pas les faire valoir contre le fournisseur. Quid du donneur de leasing ? Ca dépend des règles applicables au contrat de leasing ! Le TF a du l'interpréter et le résultat auquel il arrive c'est que cela dépend des circonstances et de la volonté des parties. La finalité dans la plupart des contrats de leasing c'est d'acquérir le véhicule à la fin ; on se rapproche du contrat de vente. On appliquera alors les règles du contrat de vente, en particulier les règles sur la garantie. Ces règles sont dispositives en droit suisse, ce qui signifie limitation ou exclusion possible de la garantie. On n'a pas le contrat ici mais si le donneur de leasing s'est bien protégé, alors il dira que toute prétention de garantie est exclue, et M.X n'aura aucune prétention contre lui non plus. Il sera tenu de payer les redevances malgré le défaut de la voiture.

En droit européen : situation assez similaire en droit suisse, il n'y a pas de solution spécifique et il faudra qualifier le contrat de leasing selon le contrat national en se demandant quelles règles sont applicables aux garanties. Si on considère que la finalité du leasing est de transférer la propriété du véhicule, alors on appliquerait les règles de la directive sur la vente par analogie : celle-ci est totalement impérative. Ses dispositions sur la garantie, contrairement au droit suisse, sont impératives, et le donneur de leasing ne pourra pas les exclure.

IX. Prestations touristiques

La clairement on se trouve dans un domaine où a nouveau des règles générales s'appliquent en concurrence avec des règles spéciales du droit de la consommation. Cela n'a pas tellement de conséquence pratique de savoir où se trouve la limite mais clairement il y a une série de textes qui s'appliquent véritablement au consommateur qui bénéficie de prestations touristiques et d'autres qui s'appliquent aux voyageurs en général.

Lois applicables : LVF (Loi sur les voyages à forfait) ; Directive 90.314 transposée directement en droit suisse au début des années '90 ; règlement européen sur les retards applicable aussi en Suisse ; convention de Montréal en matière aérienne à laquelle la Suisse a adhéré. L'art. 1 LVF donne le champ d'application : combinaison entre d'au moins 2 prestations : transport et hébergement (au moins une nuitée ou 24h) ou autre service. Pas

important de savoir si familial, professionnel, ou pas. Le consommateur est celui qui s'engage à prendre le voyage à forfait ou celui qui en profite. L'autre partie au contrat c'est soit l'organisateur, soit le détaillant (art. 2 LVF). On vise à couvrir différentes situations. L'organisateur c'est la personne qui organise/combine ces prestations. Le détaillant est celui qui les met sur le marché. Il peut s'agir d'une seule personne ou d'entités différentes. Le critère déterminant est de savoir qui est la partie au contrat.

Il y a 6 moyens de protection principaux :

- L'information du consommateur : il doit être mis au courant de l'engagement qu'il prend avant qu'il ne le prenne / avant la conclusion du contrat (art. 4 LVF), avec également des informations données absolument avant le départ du voyage (visas, vaccins, etc art. 5 LVF).
- Contenu obligatoire du contrat : art. 6 LVF.
- Exception au principe général du droit des contrats : il faut respecter les conventions. Permission donc de modifier le contrat sans l'accord de l'autre partie (art. 7, 8 et 17 LVF) à certaines conditions.
- Modalités d'annulation de voyage qui sont aménagées : art. 11 LVF.
- Système spécifique de responsabilité du voyageur.
- Institution d'un fonds de garantie : art. 18 LVF. Le but est de protéger le consommateur dans les cas d'insolvabilité ou de faillite du voyageur (2 situations : C pas encore parti ou C déjà en séjour)

Il y a 3 cas spécifiques où le contrat peut être modifié :

- a. Cas d'empêchement de voyager
- b. Modification essentielle en cas de modification essentielle du contrat (p.ex changement de destination ou si le prix varie de plus de 10%)
- c. Annulation ?

Quid de la responsabilité du voyageur ? C'est une responsabilité de type causal / objectif, indépendante de toute faute du responsable. Dans un cas de responsabilité, le voyageur ne pourra pas se libérer en disant qu'il a pris toutes les mesures pour éviter le dommage. En outre, il s'agit d'une responsabilité pour les intermédiaires impérative. Par contre un avis immédiat des défauts doit être donné au voyageur par le voyageur. But : trouver une solution à son problème tout de suite et éviter une action en responsabilité. Cf. table de Francfort (pratique des tribunaux allemands compilée pour savoir combien vaut quoi).

CAS PRATIQUES

Cas N 8 : M. X part en vacances

M. X réserve un séjour à ski d'une semaine avec l'agence Popeye Travel SA établie à Genève. Le contrat prévoit que l'agence réservera (i) pour le compte de M. X, un vol aller- retour en hélicoptère jusqu'à son hôtel avec la compagnie aérienne Air Alps SA payable séparément, et (ii) un prix global comprenant une réservation d'hôtel pendant une semaine en pension complète, ainsi qu'un cours de ski avec un moniteur privé. Le contrat indique l'adresse de l'hôtel. Le prospectus comprend une photo représentant une vue magnifique de l'hôtel faisant face aux montagnes.

Deux jours avant le départ, M. X tombe dans les escaliers et se fracture la jambe. Il propose à l'agence de transférer sa réservation à son ami M. Y. L'agence accepte moyennant un surcout

de CHF 200.- pour frais administratifs.

Sur place, l'hôtel est bien à l'adresse indiquée dans le contrat, mais se trouve en réalité coincé entre deux bâtiments, sans aucune vue. M. Y envoie un email à l'agence depuis l'hôtel pour se plaindre, mais cet email reste sans réponse. Le lendemain, le moniteur de ski renverse une tasse de vin chaud brûlante sur M. Y lors d'une pause. M. Y est brûlé au 2ème degré et passe le reste de ses vacances à l'hôpital.

a) *M. Y vous consulte pour savoir s'il peut se faire rembourser.*

En droit suisse : Contrat de base entre M.X et PTSA. Le contrat est cédé à M.Y. Le chemin le plus rapide est une mauvaise exécution du contrat. Est-ce que M.Y a une relation juridique avec PTSA ? Si oui, y a-t-il eu une mauvaise exécution du contrat imputable à PTSA ?

Sur l'application de la LVF : l'art. 1 LVF donne son champ d'application. Il faut une combinaison d'au moins 2 prestations. Ici : hélicoptère, séjour, pension complète et skis. Ces prestations doivent être à un prix global ou facturés séparément, tant qu'il s'agit d'un paquet complet. Conditions remplies ici. Le voyage doit dépasser 24h. C'est le cas ici. Quelles sont les parties au contrat ? La LVF s'applique tant au détaillant qu'à l'organisateur. Celui qui sera soumis aux obligations légales de la LVF sera celui des deux qui est partie au contrat. Ici on n'a pas le contrat. Consommateur : d'abord M.X, puis M.Y.

Est-ce que la cession par M.X à M.Y. est valable ? Autrement dit est-ce que la modification du contrat est valable ? Art. 17 LVF : il faut un empêchement de voyager (c'est le cas de M.X) + le voyageur doit être averti suffisamment à l'avance (oui) + le remplaçant (donc le cessionnaire) doit remplir les conditions du voyage à forfait (visas, etc à priori c'est le cas ici). Conséquence : les frais supplémentaires peuvent être demandés au titre de la cession à X OU à Y (ils sont solidairement responsables).

Conclusion intermédiaire : M.Y est partie à un contrat qui est soumis à la LVF.

Première prétention : l'hôtel ne correspond pas à ce qui était promis. L'adresse est juste pas il n'y a pas de vue avec des Alpes, contrairement au catalogue, il y a 2 bâtiments à la place. En principe : art. 7 al.2 COS traite des prospectus, les offres faites dans les prospectus ne sont pas des offres ! C'est une invitation à faire une offre. Mais 3 al.1 LVF va à l'encontre de ce principe : le prospectus lie la partie qui l'émet ! Conséquence : le prospectus présenté à X puis à Y lie l'agence de voyage, celle-ci est responsable du fait que l'hôtel ne corresponde pas à ce qui a été promis. Est-ce que Y a fait un avis immédiat des défauts ? Il a envoyé un mail à l'agence depuis l'hôtel, mais l'email est resté sans réponse. On n'a pas pu remédier à son problème. Cet avis des défauts est sujet à réception : pour que la condition soit remplie, le destinataire doit l'avoir reçu. C'est à Y de le prouver. Techniquement possible d'attester que l'email a été reçu. On va admettre ici que oui et cette condition serait remplie, ce qui aurait pour conséquence d'ouvrir les moyens de droit de l'art. 13 LVF (mesure de remplacement immédiate). Donc de déplacer l'hôtel ou d'abattre les bâtiments qui bouchent la vue. Pas possible donc on passe à l'étape suivante, c'est le remplacement de la différence : cf. table de Francfort.

Deuxième prétention : brûlure par le moniteur de ski. Responsabilité causale du voyageur et de la responsabilité pour les intermédiaires. Système impératif, pas possible d'y déroger sauf en faveur du consommateur. On ne sait pas si l'avis des défauts a été fait, mais on part du principe que oui. Conséquence : dommage purement corporel et conséquence directe :

hospitalisation. C'est imputable à PTSA. Autre dommage : n'a pas pu profiter du reste de ses vacances (donc vacances gachées). Y peut-il se prévaloir de ce petit tort moral ? La directive permet la compensation de ce type de préjudice, mais la seule difficulté est de savoir si le juge suisse saisi va suivre la jurisprudence européenne (probablement que oui).

PTSA peut-elle soulever des objections qui lui permettent d'éviter l'indemnisation ? Art. 15 LVF donne une liste de cas : faute concomitante (pas le cas ici) ; faute d'un tiers au sens de l'al.2 (≠/≠ intermédiaire ! pas le cas ici) ; force majeure (pas le cas ici). Pas de cas d'objection.

En conclusion, Y pourra demander l'intégralité de ce qu'il a payé. Quant au petit tort moral, il faudra le calculer à l'aide des tables de Francfort.

b) L'agence vous consulte pour savoir si, pour parer à une baisse future des réservations, elle peut augmenter tous les voyages déjà réservés de 3% du prix de vente, comme le prévoit ses conditions générales ?

Aucun obstacle en soit à vendre plus cher pour le futur. Quid des voyages à forfait déjà commandés, ou les parties se sont déjà promis des prestations réciproques ? La LVF dit que c'est possible à son art. 7 mais pour que ce soit possible 3 conditions doivent être remplies :

- Le contrat prévoit cette possibilité.
- La hausse des prix doit intervenir au moins 3 semaines avant la date du départ.
- L'augmentation doit être justifiée par soit :
 - Une hausse du coût des transports
 - OU une modification des taux de change.

Ici cette troisième condition n'est pas remplie, donc l'agence de voyage ne peut augmenter que les prix de ses futurs voyages à forfait mais pas ceux qui ont déjà été conclus.

Par contre si elles étaient remplies les trois, elle peut le faire. Limite : si l'augmentation est à plus de 10% du prix global (art. 8 LVF), alors modification essentielle du contrat et on ne pourra pas l'opposer au consommateur qui pourra résilier le contrat (art. 10 al.3 LVF).

X. Convention de Montréal

Convention de Montréal : prestataires de transport aérien (cf. schéma). Elle fixe la responsabilité du transporteur aérien de personnes et de marchandises. On laisse les marchandises de côté car elles ne concernent pas vraiment les consommateurs. Il y a eu d'autres conventions internationales préalables : la première est celle de Varsovie (1921), alors que celle de Montréal date de 1999. Caractéristique principale de la CdV : plafond de responsabilité (125'000.- francs or, environ 30'000.- CHF), peu élevé et on protégeait le transporteur aérien en cas de crash/lésions corporelles. L'industrie évoluant vers une meilleure sécurisation des avions, le texte est resté en vigueur et il y a eut un déséquilibre. Adaptation de la convention dans un premier temps par différents biais : certaines compagnies aériennes se sont regroupées par des accords privés en renonçant aux limites. Situation avec protocoles additionnels, accords privés, etc et donc régimes différents partout dans le monde. Droit applicable difficile à trouver suivant les situations. Ainsi, CdM : table de rase de toutes ces différentes initiatives étatiques et privées + on se départit des limites de responsabilité de la CdV.

La CdM prévoit quatre situations de responsabilité :

- i. Lésions corporelles (pas seulement crash aérien, toutes les lésions entre embarquement débarquement)
- ii. Dommages aux bagages enregistrés et non enregistrés
- iii. Dommages consécutifs aux retards de l'appareil
- iv. Dommages aux marchandises.

Pour les lésions corporelles : système en deux paliers : d'abord responsabilité objective (faute pas requise, tout à gauche sur le schéma, donc de 0 à 13'100 DTS = Droit de Tirage Spécial, c'est une moyenne faite par le Fonds Monétaire international, c'est une devise fictive qui évolue. Environ 160'000.- CHF mais attention, fluctue tout le temps). Si on subit un dommage supérieur à 160'000 CHF, ce sera un régime de responsabilité objective, quasi automatique et le transporteur ne pourra pas se libérer. Au delà, on passe dans le 2^{ème} régime, celui de la faute présumée du transporteur (peut renverser le fardeau). Si dommage de 170'000.- CHF, les 160'000.- sont soumis au premier régime et les 10'000.- au second régime. Le transporteur pourra donc se libérer pour ces 10'000.- uniquement si il prouve une absence de faute de sa part (exemple : cas de force majeure).

Pour les bagages : responsabilité objective aussi mais cette fois plafonnée à 1'131 DTS (environ 1'600.- CHF). Montant par passager. Si on a plusieurs bagages enregistrés, le montant couvre tous les bagages. Pas très élevé. Quid si le dommage effectif est supérieur à 1'600.- ? Deux manières : accord contractuel avec le transporteur ou il renonce à la limite mais on paie plus. Sinon, si le dommage est causé intentionnellement par le transporteur aérien, mais difficile de le prouver (exemple : vol dans le bagage par un auxiliaire du transporteur). Pour les bagages en cabine c'est aussi une responsabilité limitée mais avec une faute particulière du transporteur (cas qui ne se produit pas souvent).

Pour le retard : limitée à 4'694 DTS, environ 6'600.- CHF et le dépassement est possible si on voit que le retard a été causé par l'intention ou le dol éventuel du transporteur (p.ex défaillance grave de la compagnie aérienne). Mais il faut une preuve du dommage. Le fait d'être énervé par le retard ne suffit pas.

La CdM s'applique partout dans le monde mais le montant obtenu ne sera pas le même suivant le droit national applicable à notre cause, ce qui implique des variations assez importantes entre les pays de droit civil et les pays anglo-saxons (ou le calcul du tort moral est beaucoup plus généreux). Donc il faudra toujours rechercher le droit applicable national de manière subsidiaire pour ce qui est de la question du calcul du dommage.

Dans le cas de la LVF en droit suisse, on peut très bien avoir affaire à un transporteur aérien. L'organisateur de voyage est responsable pour tous ses auxiliaires et ne peut pas limiter sa responsabilité : c'est également valable pour le transporteur aérien. Art. 14 al.3 LVF permet de faire le lien entre les conventions internationales en matière de transport et prévoit que l'organisateur de voyage peut se prévaloir des limitations prévues dans lesdites conventions. Donc par exemple dans un cas de crash où on perd un membre de sa famille, on peut actionner tant l'organisateur du voyage à forfait que le transporteur, mais tous deux pourront se prévaloir de la limitation prévue dans une convention internationale (dans notre cas celle de Montréal).

Règlement 261/2004 (p. 179 polycop) de l'UE : règle le cas du retard mais aussi d'autres situations. L'élément principal c'est qu'il permet des indemnités forfaitaires. Au lieu de devoir calculer et prouver son dommage, on calcule simplement lequel on a droit selon les circonstances. Principal moyen mis à dispo du voyageur dans le cadre de ce règlement. Règlement s'applique directement sans nécessité d'être retranscrit dans les législations nationales. Il a été repris en Suisse par l'accord aérien entre la Suisse et l'UE. Donc quand on y lit « transporteur européen » ou « territoire communautaire », on comprend aussi le transporteur suisse et le territoire suisse. En plus de tout cela, ce règlement permet au passager de prétendre à une prise en charge et assistance immédiate dans l'aéroport ou il est bloqué. Situations prévues et couvertes par le règlement :

- Cas d'annulation de vol
- Cas du retard important (retard qualifié)
- Cas du refus d'embarquement (principalement des cas de surréservation/overbooking)

Principe de la CdM : elle est exclusive. Si elle s'applique, on peut plus recourir à 41 CO ou n'importe quelle autre norme pour la responsabilité du transporteur si la CdM s'applique. Quid du règlement ? On arrivait à la conclusion que les normes sur le retard ne s'appliquent pas parce que la CdM prend le pas. Mais la Cour de justice a dit que ce n'est pas du tout comme ça. La Cour a expliqué que le retard selon la CdM selon le règlement sont deux choses différentes : selon la CdM c'est un cas de retard général à l'arrivée de l'avion alors que dans le règlement c'est un retard qui concerne certains passagers uniquement et c'est au départ de l'avion. Prof pas très convaincu. Les deux textes cohabitent plus ou moins bien actuellement, la CdM est très rarement appliquée en cas de retard.

Champ d'application du règlement : européen, donc en premier lieu territoires de l'UE + la Suisse en vertu de l'Accord aérien CH-UE. Deuxième aspect : vols venants de l'extérieur de l'UE à destination à un aéroport soumis à ce règlement (exemple : vol Mexique-Genève). Dans ce cas la l'application du règlement n'est pas automatique, il y a plusieurs conditions : a) transporteur communautaire + b) il n'existe pas de normes semblables de protection de voyageurs dans le pays de départ. Cf. tableau.

CAS PRATIQUES

Cas N 9 : M. X prend l'avion

M. X se trouve en vacances à l'étranger, où il s'est rendu en avion, et doit prendre un vol de retour vers Genève. Il ne peut effectuer ce vol et doit payer de sa poche une nuit d'hôtel et un vol opéré par une autre compagnie aérienne. Quelle est la situation juridique si:

a.) M. X se trouve au Mexique et le vol doit être opéré par AeroMexico, dans le cadre d'un voyage aller-retour Genève – Mexico City.

S'agissant du règlement européen 261/2004, il y a un premier volet : tous les vols au départ de l'UE ou de la Suisse par le biais de l'accord CH-UE. Second volet : cas où un transporteur revient vers l'UE et l'application du règlement est subsidiaire, si c'est un transporteur communautaire et si il n'y a pas de règles similaires dans le pays de départ.

Est-ce que le règlement est applicable à cette situation ? Remarque : M.X a du payer des frais de sa propre poche. Art. 3 sur le champ d'application. Il s'agit d'un vol retour a priori, du Mexique vers la Suisse, donc on se trouve plutôt dans l'art. 3 al.1 hyp. b. Cas particulier où le transporteur doit être communautaire et il ne doit pas y avoir de régime similaire dans l'Etat

de départ. Si on applique strictement le règlement ici, c'est un Etat non membre vers un Etat membre (c'est le cas) mais ce n'est pas un transporteur européen ! Donc règlement pas applicable et M. X ici aura engagé des frais et n'aura aucune possibilité de les récupérer en arguant que la compagnie aérienne aurait dû le prendre en charge.

Dans l'arrêt de base, le plaideur a essayé de contourner l'affaire en disant que c'était le vol au départ de Genève qui comptait, le vol devant être considéré comme l'opération convenue entre les parties, et le Mexique n'étant qu'un « détour » dans le vol entier. La Cour est arrivée que dans le cas spécifique d'un vol aller-retour il faut considérer les deux vols indépendamment l'un de l'autre.

b.) M. X se trouve à Madrid et :

i. a été refusé à l'embarquement car ses documents de voyages n'étaient pas complets.

Pour que le raisonnement ait du sens on part du principe que le règlement est applicable. Si on reprend le tableau, on voit que dans ce cas on a en principe une indemnisation forfaitaire, une prise en charge et une assistance. Le règlement serait applicable à titre géographique. Mais est-on dans un cas de refus à l'embarquement ? Art. 2 let. j qui décrit cette notion : « (...) sauf si il est raisonnablement justifié de refuser (...) pour des documents de voyages inadéquats ». C'est le cas ici, ce n'est pas un cas de refus d'embarquement ! Le règlement ne s'applique donc pas et M.X ne pourrait pas se prévaloir de ces moyens de droit. Par contre il faudrait se demander pour quelles raisons ses documents ne sont pas complets. Si l'agence de voyage ne l'avait pas informé qu'il avait besoin d'un type de visa ou d'un vaccin spécial, on pourrait rechercher l'agence de voyage sur la base de l'art. 4 al.3 L VF (avis des défauts immédiats, donc il faudrait qu'il contacte tout de suite l'agence pour l'informer de sa situation).

ii. a été refusé à l'embarquement en raison d'un problème de surréservation de la compagnie aérienne.

Pour que le raisonnement ait du sens on part du principe que le règlement est applicable. Art. 4 : refus d'embarquement, c'est le cas ici et ouvre les moyens de droit de l'art. 7, 8 et 9. Quelle est la distance du vol prévue ? En fonction de cela on saura le montant auquel il a le droit (art. 7), moins de 1'500 km, donc 250 euros (art. 7 al.1 let. a). Ensuite problématique de la prise en charge (restauration et nuitée et les autres frais engagés personnellement) : cas limite car rien n'est prévu. M.X avait droit à ces moyens de droit mais ils n'ont pas été fournis. Donc violation du règlement par le transporteur. On ne sait pas ce qui advient de la prestation de M.X. Vraisemblablement la prétention idéale serait une prétention en D-I mais il n'y a pas de telle disposition dans le règlement. La solution la moins mauvaise est d'écrire au transporteur de rembourser les frais et le menacer de le dénoncer. Mentionner aussi l'arrêt C-12/11 de la Cour de justice qui s'est penché sur une situation tout à fait similaire.

iii. le vol retour a été annulé en raison de la météo.

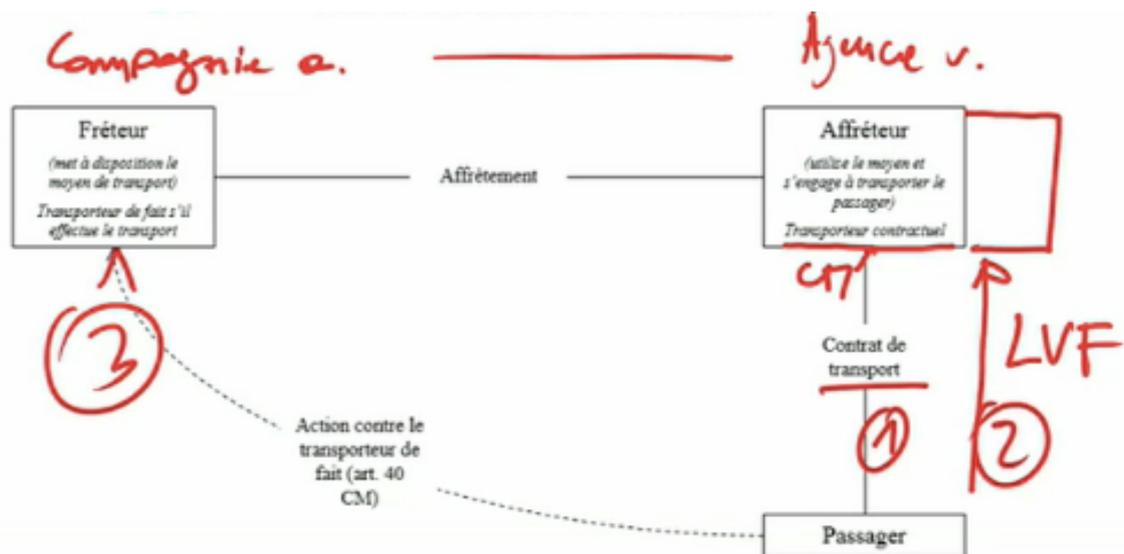
Art. 5 al.3 du règlement, circonstances extraordinaires. Typiquement, cas de force majeure, ici similaire ou pas ? Ca dépend, juste petit changement de météo ne suffit pas, il faut regarder ce qu'il advient des autres vols. Si ils sont tous cloués au sol alors circonstances extraordinaires. Si pas extraordinaire, alors droit aux prétentions habituelles. Si oui, alors indemnisation pas due (art. 5 al.3), donc art. 8 et 9 restent dues (prise en charge et assistance) quand même !

Cas N 10 M. X est endeuillé

De nombreux touristes suisses, dont un membre de la famille de M. X, décèdent dans le crash d'un avion de la compagnie française Air Danger, affrété par l'agence de voyage suisse Vacances de Rêves Sàrl, dont ils étaient clients. M. X vous consulte.

Qu'est-ce que le contrat d'affrètement ? Cf. schéma. Se rapproche du bail : mise à disposition d'une chose moyennant le paiement. Ici c'est une mise à disposition d'un moyen de transport. Le fréteur ici est la compagnie aérienne. Il existe plusieurs types d'affrètement : le plus simple est celui où il n'y a pas d'équipage, etc. Mise à disposition simple d'un objet mobilier. Aussi affrètement de voyage, cas qui nous concerne vraisemblablement ici (moyen de transport + équipage et ce pour un voyage particulier). Il y a deux contrats ici : contrat d'affrètement et contrat de transport. L'agence de voyage est transporteur contractuel et sous-traite avec la compagnie aérienne (affrètement). Quid entre le fréteur et le passager ? Transport de fait / transport effectif selon la CdM : d'un côté on a la personne qui s'est engagée à transporter le passager et la compagnie qui effectue physiquement/effectivement la prestation (transport). Le passager peut s'en prendre aux deux sur la base de l'art. 40 CdM.

On a deux possibilités d'agir ici pour le passager, et encore une autre : une fois sur la LVF et deux fois sur la Convention de Montréal (art. 40 CdM), soit contre le transporteur contractuel, soit contre le transporteur de fait :



La question qu'il faut se poser, c'est dans une pluralité de défendeurs possibles comme ici, à qui doit-on réclamer l'argent ? On doit d'abord examiner les conditions : L'VF rend l'agence de voyage responsable pour tous ses prestataires de services. Si elle est applicable (il y a un vol et un voyage à forfait), alors on peut réclamer le dommage corporel à l'agence (avis des défauts de 12 L'VF à remplir). Premier tempérament à ce principe : 14 al.3 L'VF, c'est les limitations des conventions internationales. En espèce cette possibilité trouverait application si la CdM peut être appliquée. En matière de dommage corporel dans la CdM, il y a un palier à 113'100 DTS (env. 160'000.- CHF), si le transporteur arrive à prouver son absence de faute, la responsabilité est limitée à ce montant (si n'arrive pas à prouver l'absence de faute, alors pas de limite). Si c'est le cas, l'agence pourra faire exactement la même chose. Donc on se retrouverait avec le même résultat en agissant tant sur la L'VF que sur la CdM si l'agence ou le transporteur arrivent à prouver leur absence de faute. Typiquement cas de force majeure. Seconde limitation : 15 L'VF étant les exclusions de responsabilité. On a des preuves

libératoires a 15 al.1 LVF, en particulier la faute concomitante du passager (identique dans la LVF et la CdM), typiquement si le passager est un terroriste et fait exploser l'avion, là la famille ne pourra rien réclamer. En cas de force majeure, exclusion totale par la LVF, mais pour la CdM a simplement pour effet de limiter à environ 160'000.-, donc plutôt cette voie qui est intéressante. Dernière preuve libératoire : faute d'un tiers qui n'est pas intermédiaire. On libère intégralement l'agence selon la LVF (ex : terroriste tiers). Pas d'incidence dans la CdM.

Différences entre LVF et CdM :

- Prescription : si action sur CdM prescrit (péremption de 2 ans), reste plus que la LVF (ne prévoit rien, donc 127 CO, et donc 10 ans).
- For : selon la LVF on applique la LDIP tandis que la CdM possède elle même des règles de for qui offrent de nombreuses possibilités. Ses règles peuvent être relativement intéressantes de manière indirecte.
- Solvabilité : les compagnies aériennes sont plus solvables, ont peut être des compagnies d'assurance plus larges, plutôt que des agences de voyage qui auront rapidement fait faillite en cas de crash aérien.

XI. Pratiques commerciales déloyales et information du consommateur

Art. 3 let. s LCD qui prévoit que celui qui ne respecte pas les dispositions de la loi agit de façon déloyale. Il y a deux systèmes mais des résultats plus ou moins similaires :

Système EU : plus complexe que le système suisse. Directive 2005/29 (p. 251 polycop). Art. 5 : définition de la pratique commerciale déloyale, qui est relativement générale : « contraire à la diligence professionnelle » ; « altère le comportement du consommateur moyen ». Puis art. 6 ss quant aux pratiques commerciales trompeuses en général ; puis les pratiques commerciales agressives, art. 8 ss. Pour préciser ces définitions, le législateur a introduit une annexe (p. 274 polycop) qui liste de manière exemplative des pratiques qui sont à coup sûr déloyales. Si la pratique examinée n'est pas dans la liste, on retourne à la directive et on doit convaincre le juge sur cette base. Autre élément : la qualité pour agir. Qui l'a ? Art. 11 le détermine : les Etats membres doivent définir qui a qualité pour agir et quels sont les moyens lorsqu'ils implémentent la directive dans leur droit national. Il y a une liste de moyens et de personnes qui ont la qualité pour agir qui doivent nécessairement être pris en compte. Art. 11 al.1 par. 2 parle des organisations ayant selon la législation nationale à lutter contre la pratique commerciale déloyale. La directive parle aussi des autorités en général. En résumé : si il s'agit d'un consommateur qui a la qualité pour agir, c'est une hypothèse plutôt théorique. Evidemment qu'ils ont intérêt à se plaindre si ils sont victimes d'une pratique commerciale déloyale, le problème c'est qu'à nouveau c'est un grand effort pour le consommateur avec peu de résultats. L'enjeu est différent si le consommateur agit pour lui même ou si il agit en général pour un grand nombre de consommateurs (tout de suite plus intéressant). Les consommateurs agissent rarement sur cette base. Il y a souvent un concours d'actions, car celui qui agit sur cette base se prévaut d'autres règles (pénales si escroqueries, défaut de consentement, erreur essentielle, etc). Ensuite, organisation de protection des consommateurs (art. 11 al.1 par. 2) : voie beaucoup plus efficace et souvent ça qui va se passer. Ce que la directive ne dit pas c'est quels sont les moyens dont la personne qui a la qualité pour agir peut invoquer. Il n'y a qu'une liste des types de moyens mais ils doivent être prévus par le droit national. Directive complétée par d'autres textes, en particulier par la directive 2006/114 sur la publicité trompeuse (p. 279 polycop). + Directive 98/6 (p.286) sur l'indication des prix.

Système CH : art. 3 LCD qui liste des pratiques déloyales mais un peu moins précise que l'annexe EU. Aussi art. 16 ss LCD pour les prix complétée par l'OIP (Ordonnance sur l'indication des prix), à peu près la même teneur que la directive 98/6 européenne. Encore moyens de droit, la LCD prévoit directement qui a qualité pour agir et quels moyens de droit on peut invoquer : art. 9 LCD prévoit que le consommateur a la qualité pour agir ; art. 9 al.1 LCD pour les moyens. Art. 10 LCD prévoit que les actions de l'art. 9 al.1 peuvent aussi être invoquées par certaines organisations. Encore petite subtilité pour les moyens : le consommateur peut faire valoir les actions de 9 al.1 et al.2 LCD mais aussi des dommages-intérêts (art. 9 al.3 LCD). Ensuite en ce qui concerne les organisations de consommateurs, elles peuvent faire valoir les moyens de 9 al.1 mais pas l'al. 3. Pas possible d'avoir des actions groupées. Pour faire valoir des DI il faut agir personnellement. Si on veut agir de manière globale, les moyens sont limités (pas de DI). Typiquement si X fait une pratique déloyale pendant des années, l'organisation ne pourra plus lui demander de rembourser, elle pourra que l'obliger de cesser sa pratique. L'effet dissuasif se trouve plutôt dans les normes pénales, c.à.d. art. 23 ss LCD et bien sûr le Code pénal suisse qui proscrie certaines activités, en particulier l'escroquerie ou la falsification de marchandises (art. 146 et 255 CP ?). Règles sectorielles : LRTV (Loi sur la radio télévision) pour ce qui est des pub, bien distinguer reportages et pubs, etc ; et la LPT (Loi sur les produits thérapeutiques) en matière de commercialisation de médicaments.

CAS PRATIQUES

Cas N 11

Filou Computer SA est une société suisse, avec une succursale en France, qui commercialise des services et du matériel informatique. Elle appose sur son site Internet et dans ses publicités le label TRUSTe. La consultation du registre du site www.truste.com indique que Filou Computer SA n'a jamais fait partie des sociétés certifiées TRUSTe. Par ailleurs, Filou Computer SA commercialise un logiciel intitulé « PMU Jackpot !!! », dont la publicité indique qu'il permet, sur une base d'analyses statistiques, de prévoir l'ordre d'arrivée des courses de chevaux. La FRC et la Fédération française des consommateurs vous consultent pour savoir comment tenter une action contre Filou Computer SA.

Marche à suivre en plusieurs étapes :

1. Déterminer si la législation à laquelle on pense est applicable.
2. Déterminer la qualité pour agir en droit EU (mais en réalité rien dans la directive, il faut aller voir le droit national) puis en droit CH, puis comparer.
3. Identifier si le comportement en question est une pratique commerciale déloyale, d'abord en droit EU, puis CH, puis comparer.
4. Conclusion.

a) Utilisation d'un certificat de qualité

i Droit français

- Qualité pour agir de la FFC ?

- o La transposition nationale de la Directive doit prévoir la qualité pour agir des organisations de protection des consommateurs ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales (art. 11 al. 1 Directive)

- o La FFC a qualité pour agir
- Mise en œuvre de la Directive en France ?
 - o Quelles voies de droit sont prévues en droit national pour les organisations de protection des consommateurs ? (administrative ? judiciaire ?, art. 11 Directive)
 - o Quels moyens de droit sont prévus par le droit national pour les organisations de protection des consommateurs ?
 - Interdiction
 - Cessation
 - Publication, etc. ?
- Pratique déloyale ?
 - o Définition large (art. 5 Directive)
 - o Voir checklist qui figure à l'Annexe 1 de la Directive
 - Ch. 2 : « Afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire »
 - o L'apposition du label TRUSTe sans autorisation est une pratique commerciale trompeuse
- CONCLUSION : La FFC a qualité pour agir, les voies de droit et les moyens dépendront de la transposition de la Directive dans le droit français.

ii Droit suisse

- Raisonnement similaire. Différence : LCD directement applicable.
- Qualité pour agir de la FRC ? oui (art. 10 al. 2 LCD)
- Moyens de droit :
 - o Interdire
 - o Faire cesser
 - o Constaté le caractère illicite
 - o ATTENTION pas de renvoi à l'art. 9 al. 3 LCD. Les organisations de consommateurs ne peuvent pas réclamer des dommages-intérêts pour leurs membres.
- Pratique déloyale ?
 - o Art. 3 al. 1, lit. b : « donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise ... »
 - o Art. 3 al. 1, lit. c: « porte ou utilise des titres ou des dénominations professionnelles inexacts, qui sont de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières »
 - o L'apposition du label trustE sans autorisation est une pratique commerciale trompeuse
- CONCLUSION : La FRC a qualité pour agir, les voies de droit et les moyens sont ceux de la LCD.

b) Logiciel«PMUJackpot!!!»

i. Qualité pour agir

Raisonnement identique à a) pour la qualité pour agir des organisations de protection des consommateurs

ii. Pratique commerciale déloyale ?

- Droit français : voir Annexe 1 à la Directive transposée dans le droit national :
 - o Ch. 16 : « Affirmer d'un produit qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard »
 - o Oui, il s'agit d'une pratique commerciale trompeuse Droit suisse : directement applicable, voir art. 3 LCD
 - o Art. 3 al. 1, lit. b : « donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise, ses marchandises, ... »
 - o Art. 3 al. 1, lit. i : « trompe la clientèle en faisant illusion sur la qualité, la quantité, les possibilités d'utilisation, l'utilité de marchandises, d'œuvres ou de prestations ou en taisant les dangers qu'elles présentent »

- La vente de ce type de logiciel est une pratique déloyale en Suisse et dans l'UE.

iii. Autres bases légales

Ne pas oublier que la LCD et la Directive s'appliquent en concours avec d'autres bases légales, en particulier :

- o Vices du consentement (dol, lésion, etc.)
- o Droit pénal général (escroquerie, falsification de marchandises, etc.)

XII. Responsabilité du fait des produits

But de la LRFP ? Offrir un chef de responsabilité supplémentaire en guise de protection au consommateur. Dans le droit EU : directive 85/374 (p. 304 ss polycop). Chef de responsabilité offert à un spectre relativement larges de personnes qu'on va appeler « consommateurs » pour le cours, tandis que la loi elle même n'utilise pas ce terme, ni les critères habituels utilisés pour définir un consommateur. La délimitation du champ d'application se fait plutôt par rapport du dommage. Les dommages qui peuvent être indemnisés sur la base de la LRFP sont limités et très spécifiques.

En général on a un *fabriquant du produit*, qui ensuite transfère ce produit à un *importateur*, qui recourt parfois à des *détaillants*, qui vendent le produit au *consommateur*. C'est un schéma simplifié. En réalité on a souvent un fabriquant avec plusieurs importateurs qui recourt à plusieurs détaillants. Il peut aussi y avoir des étapes intermédiaires. Donc entre le moment où l'objet fabriqué est fabriqué et vendu, le cheminement peut être très long. Tout ce qui se passe dans le processus d'acheminement du produit échappe totalement au consommateur. Si le détaillant fait faillite p.ex, la seule relation contractuelle qu'avait le consommateur (contrat de vente) disparaît. Donc on offre un chef de responsabilité supplémentaire au consommateur en évitant l'état du détaillant. Autre problématique : si le détaillant ne fait faillite, dans ce cas la il répondra mais il n'est pas forcément responsable du défaut, qui peut venir de bien plus haut dans la chaîne. Autre difficulté : même sans LRFP le consommateur pourrait s'en prendre directement contre un acteur de la chaîne en vertu d'une prétention en responsabilité civile. La difficulté ici c'est que les conditions de la responsabilité civile ne sont pas tellement

favorables au consommateur (not. les conditions habituelles de la responsabilité civile : c'est au consommateur de la prouver, en particulier un acte illicite fautif, et si il parvient à le faire, il faut encore que le responsable ne soit pas au bénéfice de la preuve libératoire de l'art. 55 CO). Autre problématique : dommage de masse. Prenons le sommet de la pyramide. Si dès le départ tous les objets du fabricant sont défectueux pour finalement arriver chez tous les consommateurs, qui vont tous subir les dommages et sans la LRFP, les consommateurs ne pourraient se retourner que contre le détaillants, qui pourraient se retrouver en première ligne pour des dommages imputables au fabricant.

Cinq conditions de la responsabilité :

1. **Il faut un producteur.** Art. 2 LRFP ; art. 3 de la directive. Définition très large, il en existe plusieurs et ils sont solidairement responsable (art. 7 LRFP, art. 5 directive). Il y a 4 types de producteurs : fabricant du produit fini ; fabricant d'une composante ou d'une matière première ; fabricant d'un apparent (pose son logo dessus) ; l'importateur (ce qui offre un for en Suisse).
2. **Le producteur a fabriqué un produit.** Produit : toute chose mobilière.
3. **Le produit est défectueux.** Défaut très spécifique a la LRFP (art. 4, définition très large), pas le même qu'en notion de garantie en droit de la vente (définition moins large de l'art. 4 LRFP, seulement absence de qualité promise ou attendue). Varie en fonction des circonstances ! Trois types de défaut de 4 LRFP : défaut de fabrication ; défaut de conception ; défaut de présentation (p.ex notice explicative insuffisante).
4. **Lien de causalité, ce défaut cause ...** Fardeau de la preuve appartient au demandeur. Condition qui pose le plus de problèmes en pratique.
5. **... Un dommage.** Pour la définition, art. 1 et 6 LRFP ; art. 9 de la directive. Dommage limité. Il y a deux dommages particuliers : le premier c'est les dommages corporelles subies en raison du défaut. La question du tort moral n'est pas traitée par la LRFP. Selon prof, un tort moral lié a des lésions corporelles devrait aussi pouvoir être indemnisé. Second dommage : matériel, mais très restreint. On ne peut pas prétendre aux dommages causés aux produits défectueux sur la base de la LRFP. Egalement, le dommage aux choses qui peut être indemnisé c'est uniquement concernant des choses destinées à un usage privé.

Preuves libératoires :

- i. Art. 5 (p. 306 polycop) : si le producteur n'a pas mis le produit en circulation, n'a pas commercialisé le produit, il n'est pas responsable, même si ce produit se retrouve sur le marché et lèse un consommateur. Moment déterminant selon la Cour : dès que le produit entre dans un processus de commercialisation.
- ii. Le défaut n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation (pendant du transfert des risques).
- iii. Cas dans lequel un produit a été fabriqué sans but économique ou hors l'activité professionnelle du producteur.
- iv. Le défaut est dû au respect d'une norme impérative. Exemple : en matière de médicaments, si une norme oblige un fabricant à mettre un certain conservateur dans ses produits et qu'un dommage se produit suite à ce conservateur, il ne sera pas responsable.
- v. Cas le plus difficile à cerner car les producteurs ont tendance à l'utiliser : le risque du développement. Il faut que le fabricant prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques lors de la mise en circulation du produit ne permettait

pas de déceler le défaut. Souvent appliquée dans l'industrie du médicament. But : ne pas créer un frein à l'évolution et à l'innovation mais moyen souvent utilisé et abusé.

- vi. Prescription : délai relatif de 3 ans dès la connaissance du dommage (art. 9 LRFP ; art. 10 de la directive). Délai de péremption absolu de 10 ans dès la mise en circulation du produit défectueux (art. 10 LRFP ; art. 11 de la directive). Différence entre prescription et péremption : le premier peut s'interrompre, le second jamais.

CAS PRATIQUES

Cas N 12

GOODMEDOC SA, société pharmaceutique établie en Suisse, met sur le marché suisse, avec l'agrément des autorités sanitaires suisses, le SANOR, médicament anticoagulant produit par un fabricant américain PHARMOGROUP. GOODMEDOC SA est partie à un contrat de distribution avec les pharmacies du groupe MOON STORE. Ce contrat prévoit que GOODMEDOC SA ne sera responsable des dommages directs ou indirects résultant de la mauvaise exécution du contrat qu'en cas de faute grave. Le SANOR est retiré du marché américain en raison d'une étude des autorités sanitaires américaines mettant en cause son efficacité. Le rapport américain étant contesté, GOODMEDOC SA continue à écouler ses stocks de SANOR en Suisse. Une dizaine de patients suisses qui ont consommé du SANOR acheté dans les pharmacies du groupe MOON STORE, décèdent. Un collectif de défense des victimes du SANOR vous consulte. Quels conseils donnez-vous au collectif de défense ?

Action contre GoodMedoc ?

Globalement on se retrouve dans le schéma de pyramide du cours : on peut penser à une action des ayants droits de chaque victime contre le vendeur. Là on échappe totalement à la LRFP, on peut agir uniquement sur la base du contrat de vente. Dans ce cas là on pourra réclamer l'intégralité du dommage. La deuxième possibilité serait une action contre GoodMedoc. Est-ce une personne qui a qualité pour défendre selon la LRFP ? Il s'agit d'un importateur, donc oui, car producteur au sens de l'art. 2 de la LRFP. Conditions de la responsabilité : producteur (oui), produit (oui), défectueux (selon la JP de la cafetière, présumé rempli), dommage (oui). Quid de la grande problématique de la dernière condition, celle de la causalité ? Est-ce que ces décès sont dus avec certitude au Sanor ? Difficile à prouver.

Exclusion contractuelle non valable car LRFP impérative. En plus elle est faite entre l'importateur et le distributeur, donc impossible de l'opposer aux consommateurs.

Et encore si on arrive à prouver toutes les conditions, y.c la causalité, GoodMedoc pourra toujours opposer la preuve libératoire du risque de développement. On a une indication : il a été retiré du marché américain après des études sanitaires. Mais il a été retiré car jugé inefficace et non pas parce qu'il a été jugé dangereux. Donc on ne pourra même pas s'appuyer la dessus pour contre cette preuve libératoire. Finalement il faudra vérifier que les délais de prescription et de péremption sont respectés. Pas facile d'actionner GoodMedoc avec succès.

Action contre PharmaGroup ?

Troisième alternative, vu que c'est le fabricant effectif du médicament aux USA. Il faudra l'actionner aux USA (siège du défendeur) et il s'agira de savoir quel est le droit applicable

aux USA (probablement droit étatique ou acte fédéral). Sinon, se demander si on peut actionner PharmoGroup en Suisse. Actionner selon la LRFP vu que pas de contrat, donc les mêmes conditions d'avant à remplir. En l'absence de contrat ce seront les règles sur la compétence judiciaire en matière d'acte illicite (art. 129 LDIP, polycop p. 317). Dans ce cas là 2 fors possibles : domicile du défendeur (USA) OU le lieu de l'acte/du résultat (Suisse).

Droit de l'Etat dans lequel le produit a été acquis : donne le droit d'agir en Suisse avec le droit suisse applicable (art. 135 LDIP), sauf si l'auteur prouve que le produit a été commercialisé dans cet Etat sans son consentement. Pour que le droit suisse soit applicable, Sanor doit avoir été acquis en Suisse et PharmoGroup doit avoir donné son consentement a cela. La notion de causalité change suivant l'endroit ou on se trouve et donc le producteur qui choisi de commercialiser son produit qqpart, il doit tenir compte du fait que le droit applicable national peut s'appliquer et la notion de causalité peut être très stricte.

Subtilité : différence entre droit suisse et droit européen concernant cette réserve de la commercialisation : art. 5 Règlement Rome. Il suffit que le producteur puisse prévoir la commercialisation du produit dans le pays dans lequel le dommage ait survécu, pas besoin de son accord. Donc même si on n'est pas d'accord, voire même qu'on s'y oppose carrément, on est conscient qu'il est commercialisé la bas et le règlement nous est applicable.

En résumé, avec tout cela, on se retrouve dans l'action contre le producteur effectif, exactement la même situation légale contre l'importateur juste avant. Mais pas suffisant car toujours les mêmes problèmes.

Pourquoi ne pas envisager une action aux USA ? Il faudrait examiner le droit local. Possible d'avoir une autre évaluation de la causalité (hypothétique et proportionnelle).

RESOLUTION DU PROF :

i) Action contre MOON STORE

- Distributeur en Suisse
- Relation victimes - MOON STORE : contrat de vente (art. 184ss CO)
- Solution envisageable: actions contractuelles individuelles contre MOON STORE (défendeurs à déterminer selon l'organisation du groupe MOON STORE)
- Tenir compte de la capacité financière du groupe MOON STORE (év. des détaillants individuels)

ii) Action contre GOODMEDOC SA

- Importateur en Suisse du SANOR (possibilité d'agir en suisse selon droit suisse)
- Absence de contrat victimes - GOODMEDOC SA
- Solution envisageable : art. 1 LRFP
- Conditions de la responsabilité :
 - Producteur selon art. 2 LRFP ? : oui (art. 2 al. 1 lit. c LRFP)
 - Dommage réparable selon LRFP ? : oui (lésions corporelles, art. 1 al. 1 lit. a LRFP)
 - Défaut selon LRFP ? : oui (selon approche ATF 133 III 81, si usage normal cause dommage, alors défaut)

- Causalité ? : oui si on arrive à prouver avec certitude la causalité entre prise de SANOR et infarctus. Selon état actuel du droit suisse, si preuve de l'augmentation du risque uniquement, condition de la causalité non remplie. Dans ce cas, solution alternative, tenter de trouver un autre for/droit applicable.
- Validité de l'exclusion contractuelle ? : pas opposable aux victimes car (i) LRFP impérative (art. 8 LRFP) et (ii) principe de la relativité des conventions (les victimes ne sont pas parties au contrat de distribution)
- Moyen de défense, risque du développement (art. 5 al. 1 lit. e LRFP) ? Preuve libératoire plaidable par GOODMEDOC SA en Suisse. Le retrait du marché américain ne prouve pas que l'existence d'un défaut (pas le niveau de sécurité auquel on peut s'attendre) a été décelé, mais que le médicament n'est pas efficace.
- Prescription (art. 9 et 10 LRFP)?
 - 3 ans (délai relatif, prescription) dès la date à laquelle la victime a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur
 - 10 ans (délai absolu, péremption) dès la date de mise en circulation du SANOR.

CONCLUSION: Risques que les conditions de la responsabilité ne soient pas données car possibilités que:

- la causalité ne soit pas certaine ; ou
- GOODMEDOC SA parvienne à prouver que l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut («risque du développement »)

iii) Action contre PHARMOGROUP

- Société américaine, fabricant effectif du SANOR (possibilité d'agir aux USA, selon théorie de la product liability)
- Possibilité d'agir en Suisse ?
 - Absence de contrat victimes – PHARMOGROUP, pas de prétention de nature contractuelle, mais de nature délictuelle.
 - Application de l'art. 129 LDIP, fors possibles :
 - domicile du défendeur (USA) ; ou
 - lieu de l'acte ou du résultat (Suisse) et, pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux du lieu de l'établissement.
 - For en Suisse donné, au lieu du résultat (infarctus).
- Droit applicable (art. 135 LDIP, si juge suisse saisi et compétent)?
 - droit de l'Etat dans lequel l'auteur a son établissement ; ou
 - droit de l'Etat dans lequel le produit a été acquis, sauf si l'auteur prouve que le produit a été commercialisé dans cet Etat sans son consentement.
 - pour que le droit suisse soit applicable, le SANOR doit avoir été acquis en Suisse et PharmoGroup doit avoir donné son accord à sa commercialisation en Suisse (vise les cas d'importations parallèles).
 - REMARQUE. Si un producteur accepte que ses produits soient commercialisés sur un territoire, il accepte que « LRFP locale » puisse être applicable, donc év. une perte de la preuve libératoire du risque du

développement (art. 15 D. 85/374) ou une théorie de la causalité favorable aux consommateurs.

- droit suisse vraisemblablement applicable. Laurent Tran - Droit suisse et européen de la consommation 2015
 - DIFFERENCE avec le droit européen: art. 5 Règlement de Rome II (864/2007). Le producteur ne doit pas donner son accord à la commercialisation (art. 135 al. 1 lit. b LDIP), mais il suffit qu'il puisse raisonnablement prévoir la commercialisation du produit dans le pays dans lequel le dommage est survenu.
 - En droit européen, un droit étranger peut être appliqué au producteur même s'il n'a pas donné son consentement à la commercialisation de son produit dans un territoire. Il suffit qu'il soit au courant (même s'il n'est pas d'accord).
- Si for en Suisse et droit suisse applicable à une action contre PHARMOGROUP, situation identique à l'action contre l'importateur GOODMEDOC (risque d'absence de causalité ou preuve libératoire en raison du risque de développement).
- CONCLUSION : évaluer une action aux USA en tenant compte de :
- Notion de causalité (not. si incertaine et uniquement preuve de l'augmentation du risque) ;
 - Preuve libératoire du risque de développement ;
 - Montant du calcul du dommage (en particulier tort moral).

XIII. Règlement des litiges

Il existe une directive 2013/11 en droit européen qui donne un cadre à ce type de procédure. Cette directive est relativement vague, laisse les Etats nationaux aménager ses moyens extra-judiciaires. En 2016 entrera en vigueur un règlement sur la résolution extra-judiciaire en ligne des litiges. Caractéristique principale de ce système : ne doit pas empêcher les parties d'accéder au règlement des litiges. En Suisse pas vraiment de système, on recourt à un bureau de plaintes spécifique à chaque secteur de l'économie. Le SECO a mis à disposition une liste. Ces bureaux s'appellent « Ombudsman ».

Quant aux moyens judiciaires, il existe plusieurs types d'aménagement pour améliorer la situation du consommateur par rapport aux procédures habituelles :

- Simplification de la procédure (p.ex valeur litigieuse amoindrie suivant les cas, ou alors des procédures sommaires, cf. CPC). Au niveau de l'UE il existe un règlement quant aux procédures en matière de petits litiges 861/7, et la valeur litigieuse qui permet de qualifier un litige de petit c'est 2'000 EUR.
- Regroupement des consommateurs. La première manière de les regrouper : en matière de pratiques commerciales déloyales, le règlement 2005/29 et la LCD permettent aux organisations de consommateurs d'agir en justice au nom de leur membres, mais la grande caractéristique c'est qu'elles ne peuvent pas réclamer de DI pour leurs membres. Autre institution : la Class Action, il s'agit d'actions de groupes/collectives, dans le but de regrouper des personnes se trouvant dans des situations juridiques similaires afin d'obtenir une décision opposables à tous les membres du groupe. Il suffit au consommateur lésé d'adhérer à la Class Action et d'attendre les résultats. En plus elles sont peu coûteuses pour le consommateur. Le législateur suisse a renoncé à introduire ce système dans le CPC car cela fait perdre le caractère individuel du lésé, qui ne pourra pas p.ex faire valoir son droit d'être entendu.

- Méthode traditionnelle : recours aux tribunaux étatiques et l'aménagement de cet accès à la justice peut être fait en faveur du consommateur. On part du principe que si le consommateur a sa résidence habituelle selon le droit du même lieu, il doit pouvoir y agir et il est favorisé. Mais si on applique ce principe à la lettre, les commerçants risqueraient de se faire attaquer dans plein de lieux différents. Donc le commerçant ne peut être attaqué au for du consommateur que si il peut s'y attendre. Il y a en plus un critère qui permet de concrétiser cette idée de pouvoir s'y attendre : le critère de l'activité dirigée (critère aussi utilisé en DIPrivé tant pour la détermination du for que du droit applicable).

Si on prend par exemple l'art. 120 LDIP (p. 349 polycop), on a le système qui prend le pas sur l'accord entre les parties lorsque les conditions de protection du consommateur sont remplies, avec trois exemples. Ancienne manière de déterminer (aussi art. 114 LDIP) du droit applicable et du for. Nouvelle manière : art. 15 de la Convention de Lugano (p. 345 polycop), là on nous pose le même principe en matière de compétence (critère d'activité dirigée) mais on nous liste pas une série de moyens qui permettent de concrétiser cette activité dirigée, là on nous dit « par tout moyen », ce qui protège beaucoup mieux le consommateur car il pourra agir dans un cercle beaucoup plus large de juridictions. Problème : comment définir l'activité dirigée par tout moyen dans le cadre de la vente sur Internet ? Complexe, vu que c'est disponible quasiment partout sur la planète. La CIJ a tranché cette question dans l'arrêt Pamer sur le règlement de Bruxelles I (remplacé par Bruxelles I bis), donc remplacer p. 147 du polycop par le règlement qui se trouve sur Chamilo (bases légales à remplacer !). L'arrêt Pamer parle d'indices : en effet, il faut analyser les situations au cas par cas et il y a des indices qui peuvent montrer si le commerçant envisage de commercer avec d'autres territoires. Exemples d'indices :

- Se demander si l'activité du commerçant est une activité qui est elle-même internationale. Exemple : noms de domaines rattachés à un territoire spécifique (.de), en revanche des noms de domaines plus généraux (.com) sont beaucoup plus larges.
- La langue du site (si que en français, alors territoire restreint par exemple).
- Critère de la monnaie utilisée. Certains sites permettent de changer la devise dans laquelle on souhaite payer. Mais si seulement p.ex le franc suisse est disponible, alors le consommateur viserait a priori que le territoire suisse.
- Modalités de livraison : indice plus fort que les autres. Certains sites limitent la livraison à certains territoires. Si il ne permet pas p.ex de livrer au Danemark, c'est un indice fort qui montre que le commerçant n'a pas souhaité diriger ses produits au Danemark.
- Les indicatifs internationaux. P.ex si on indique juste 022... pour notre numéro de téléphone, alors plutôt public suisse. Si +4122..., alors public plus vaste, au delà des frontières suisses.
- Référencement dans des annuaires. Il y a des sites de comparateurs de prix sur Internet qui lisent tous les commerçants qui vendent le même produit en Suisse, et certains de ces commerçants ne sont pas suisses ! Il y a aussi des commerçants étrangers inscrits. Mais la simple accessibilité d'un site web dans un territoire donné n'est pas suffisante.

Attention : ce sont des indices ! Il faut les analyser ensemble, le fait qu'un seul soit rempli n'est pas suffisant.

La protection qu'on offre au consommateur ne vaut que dans la mesure ou la prestation en question n'est pas trop élevée. Si on excède la prestation de consommation courante (yacht de luxe, etc), on n'est plus dans le cadre du droit de la consommation et on n'a plus besoin de

protéger le consommateur. En principe dans la plupart des relations internationales on a des clauses d'élection de for et de droit (1^{ère} et 2^{ème} colonnes du tableau), à moins qu'intervienne le droit de la consommation (3^{ème} colonne du tableau). Donc si cela dépasse la prestation courante, l'élection de for et de droit applicable prévue dans le contrat de vente est valable. A contrario si on achète un bien d'une valeur beaucoup plus modeste (p.ex appareil électroménager) et qu'une élection de for intervient dans le contrat de vente et ne correspond pas au for de notre résidence actuel du consommateur, alors elle n'est pas valable. ATF 133 III 268, traduit dans le JdT 2006 I 254.

CAS PRATIQUES

Cas N 13 M. X fait gérer sa fortune

FILOUGESTION, ayant son siège à Genève, organise chaque année une régata dans les îles grecques pour ses clients fortunés. FILOUGESTION profite de cet événement pour présenter ses offres de gestion de fortune aux participants. M. X client domicilié à Athènes, est séduit par l'offre de FILOUGESTION et lui confie la gestion d'une partie de sa fortune qu'il alloue exclusivement à sa passion : l'entretien de sa collection de voitures vintage. Le contrat signé par M. X au cours de la soirée suivant la régata comporte la clause suivante : « Le présent mandat est soumis au droit suisse. Toute dispute résultant de ce contrat ou en rapport avec celui-ci sera exclusivement soumise aux tribunaux compétents du canton de Genève. La compétence du Tribunal fédéral est réservée. » Quelques mois plus tard M. X considère que FILOUGESTION a, contre ses instructions et en violation avec la stratégie de placement convenue, conduit une gestion spéculative qui lui a causé un important dommage. M. X introduit donc une demande en dommages et intérêts contre FILOUGESTION en Grèce.

a) FILOUGESTION vous demande de soulever l'exception d'incompétence des tribunaux grecs.

M.X et FG sont liés par un contrat conclu dans les Iles grecques au cours de cet événement organisé par FG. FG a mal exécuté le contrat M.X actionne FG au for de son domicile à Athènes.

i. For

Si on se réfère au tableau (schéma), on voit chaque base légale qui s'applique à une situation différente. Ici on se trouve dans un cas de relation entre une société suisse et un consommateur résidant en Grèce, donc CH-UE. Donc pas le CPC qui est applicable, ni la LDIP, ni le RBibis, mais la CL. Le for est déterminé par l'art. 23 CL : le principe c'est que l'élection de for est possible mais elle est limitée par l'exception du droit de la consommation, c.à.d. les art. 15 à 17. Si on regarde l'art. 15 CL, pour que cette disposition soit applicable on a la condition de l'activité dirigée. Est-ce que ici FG a dirigé son activité vers le territoire grec ? Assez évident qu'en organisant ces manifestations pour attirer des clients, la société FG a bien dirigé son activité vers le territoire grec. Ensuite, condition supplémentaire et habituelle : usage de la prestation contractuelle étrangère à l'activité professionnelle du consommateur ? Cet argent sous gestion a pour but l'entretien de la collection de voitures vintage de M.X. Usage privé, M.X n'en fait pas commerce, donc cette condition est aussi remplie. Le critère de la prestation courante n'est pas dans la CL donc même pas besoin de se poser la question pour les montants.

En conclusion, l'art. 15 CL trouve application. M.X doit être considéré comme un consommateur au sens de la CL dans cette relation particulière, donc l'exception du for en matière du droit de la consommation s'applique, donc que l'élection de droit dans le contrat de FG n'est pas applicable et donc que les tribunaux grecs sont compétents malgré l'élection de for.

ii. Droit applicable

Dans ce cas là ce sera clairement les règles de résolution de conflit grecques. Comme la Grèce est dans l'UE, il est fort possible que ses règles soit inspirées par le Règlement de Rome I et le règlement 593/2008, en posant les mêmes principes qu'on a déjà vu. Au centre du système, on détermine le droit applicable de par la volonté des parties avec une exception du droit de la consommation (art. 6 de ce règlement, p. 339 polycop) qui définit le droit applicable du lieu de résidence du consommateur, si l'activité est dirigée vers ce pays et si l'usage est étranger à l'activité professionnelle. Particularité de Rome I cependant : l'élection de droit est toujours possible même si les conditions sont remplies, mais uniquement si elle ne prive pas le consommateur de la protection du droit impératif de son domicile ! En outre, il y a encore une exception générale à tout ce système de protection du consommateur : il n'y en a pas par le biais du droit applicable si des services sont fournis exclusivement dans un pays autre que dans celui dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle (typiquement ici il habite en Grèce mais tous les services fournis sont hors de Grèce, alors pas de protection possible ici, art. 6 al.1, 2, 3 et 4, p. 339 polycop).

b) La situation serait-elle similaire si M. X était domicilié à Zurich, et avait introduit une demande à Zurich ?

Situation purement nationale, dans ce cas là c'est le CPC qui s'applique. En matière de for c'est l'art. 179, mais art. 32 si l'exception du droit de la consommation s'applique. Là on doit se poser la question de la prestation de consommation courante. L'argent sert à l'entretien de sa collection de voitures vintage, et là à première vue c'est pas exclu qu'on excède la prestation courante et qu'on puisse plus se prévaloir du droit de la consommation, donc l'art. 32 ne trouverait plus application et cela ressuscite la clause d'élection de for, qui disait que les tribunaux compétents sont les tribunaux genevois. Dans ce cas là les tribunaux zurichois ne seraient pas compétents. S'agissant du droit applicable, c'est clairement le droit suisse.