

Ständerat

Conseil des Etats

Consiglio degli Stati

Cussegl dals stadis



Commission des affaires juridiques
CH-3003 Berne

www.parlement.ch
rk.caj@parl.admin.ch

06.441 Initiative parlementaire
Pour une protection du consommateur contre les abus du
démarchage téléphonique

RAPPORT
DE LA COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES
DU 23 AOÛT 2012

Vue d'ensemble

Le droit des obligations en vigueur reconnaît actuellement aux consommatrices et consommateurs un droit de révocation légal pour ce que l'on appelle le démarchage à domicile (art. 40a ss CO), exclusivement. Il existe certes d'autres droits de révocation pour certains types de contrat, mais il manque encore un droit de révocation général pour les contrats conclus à distance, incluant notamment les contrats conclus par téléphone ou par Internet.

La préoccupation première de la présente révision est de mieux protéger les consommateurs dans leurs transactions. L'avant-projet en tient compte, puisqu'il introduit un droit de révocation général pour les contrats conclus à distance, autrement dit pour les contrats conclus sans que les parties ou leurs représentants se rencontrent physiquement. Il amène également une harmonisation des définitions, des délais et des conséquences des droits de révocation dans l'ensemble du droit des contrats.

L'avant-projet s'inspire du droit de révocation en vigueur en matière de démarchage à domicile (art. 40a ss CO) ainsi que des droits de révocation faisant l'objet d'une loi spéciale, qu'ils portent sur les contrats de crédit à la consommation (art. 16 LCC), sur la vente avec paiements préalables (art. 227a, al. 2, ch. 7, CO) ou sur le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406a ss CO). Il tient également compte du droit de se départir d'un contrat d'assurance proposé l'an dernier par le Conseil fédéral (en projet, art. 7 s. P-LCA). Les expériences réalisées hors de nos frontières ont également été prises en compte, notamment celles de l'Union européenne, qui reconnaît le droit de se départir de contrats conclus à distance depuis 1997 et qui vient en outre d'adopter une nouvelle directive qui étend le droit de révocation en vigueur.

Table des matières

<i>Vue d'ensemble</i>	2
1 Historique	4
1.1 Initiative parlementaire	4
1.2 Faits marquants	4
2 Contexte	5
2.1 Droit en vigueur	5
2.2 Réglementation insuffisante de la vente par téléphone et du commerce en ligne 6	
3 Eléments essentiels de l'avant-projet	7
3.1 Droit de révocation pour le démarchage à domicile et les transactions à distance	7
3.2 Harmonisation de la terminologie, des délais et des conséquences du droit de révocation	8
3.3 Le « client » remplacé par le « consommateur »	9
4 Droit international, propositions d'harmonisation et droit en vigueur à l'étranger	10
4.1 Droit supranational	10
4.1.1 Directive 2011/83/EU du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs	10
4.1.2 Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs	11
4.2 Instruments d'harmonisation	12
4.2.1 Projet de cadre européen de référence	12
4.2.2 Projet de droit commun européen de la vente	12
4.3 Législations étrangères	13
4.4 Importance pour la Suisse	14
5 Commentaires article par article	15
6 Conséquences	22
7 Constitutionnalité	22
Bibliographie	23

Rapport

1 Historique

1.1 Initiative parlementaire

Le 21 juin 2006, Pierre Bonhôte, alors conseiller aux Etats, dépose une initiative parlementaire (06.441) demandant que le code des obligations (CO)¹ soit modifié de telle manière que le droit de révocation en vigueur pour le démarchage à domicile (art. 40a ss. CO) soit étendu au démarchage téléphonique.

Le Conseil des Etats décide le 2 juin 2008 de donner suite à l'initiative² et le Conseil national le 21 septembre 2009³. En vertu de l'art. 111, al. 1, de la loi sur le Parlement (LParl)⁴, la compétence d'élaborer un projet allant dans ce sens revient à la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats. Le 20 septembre 2011, décision est prise à l'unanimité et conformément à l'art. 113, al. 1, LParl de prolonger le délai d'élaboration de l'avant-projet jusqu'à la session d'automne 2013⁵. Le 23 août 2012, la commission approuve à l'unanimité le présent avant-projet.

Une consultation est menée sur le présent avant-projet en vertu de la loi fédérale sur la procédure de consultation (loi sur la procédure de consultation, LCo)⁶.

En vertu de l'art. 112, al. 1, LParl, la commission est aidée dans sa tâche par le Département fédéral de justice et police (DFJP).

1.2 Faits marquants

Le présent avant-projet correspond au moins en partie à l'avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, ci-après « avant-projet 2001 »). Ce dernier avait été soumis à consultation le 17 janvier 2001, accompagné d'un rapport explicatif du Conseil fédéral⁷. Ce texte était principalement axé sur les art. 40a ss. CO relatifs au droit de révocation en matière de démarchage à domicile, lequel devait être étendu aux contrats conclus à distance. Les acquéreurs devaient en outre voir leur situation juridique s'améliorer grâce à l'instauration d'un droit à la réparation et à la prolongation à deux ans du délai de prescription de la garantie des défauts, laquelle devait être déclarée obligatoire dans les contrats avec les consommateurs. Cet avant-projet prévoyait également que le devoir d'information précontractuel relatif aux contrats conclus à distance ou par courrier électronique soit intégré dans la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)⁸.

¹ RS 220

² BO 2008 E 371

³ BO 2009 N 1645

⁴ RS 171.10

⁵ BO 2011 E 857

⁶ RS 172.061

⁷ Disponible sous: http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumenschutz_geschaeftsverkehr/vn-ve-f.pdf

⁸ RS 241

En décembre 2002, le Conseil fédéral prend connaissance des résultats de la consultation relative à ce texte controversé et charge le DFJP de rédiger un message. Le 9 novembre 2005, il décide cependant de suspendre les travaux de révision. Simonetta Sommaruga, alors conseillère aux Etats, réagit en déposant en date du 15 décembre 2005 l'initiative parlementaire 05.458 « Amélioration de la protection des consommateurs. Contrats conclus à distance et garantie ». Tandis que le Conseil des Etats décide de donner suite à l'initiative parlementaire Sommaruga, le Conseil national la rejette. L'initiative parlementaire Bonhôte est déposée peu après, le 21 juin 2006.

2 Contexte

2.1 Droit en vigueur

Le code des obligations prévoit actuellement un droit de révocation pour les contrats conclus dans le cadre de ce que l'on appelle le démarchage à domicile (art. 40a ss CO). Un acte juridique est considéré comme relevant du démarchage à domicile au sens de la loi lorsque l'acquéreur a été invité à prendre un engagement à son lieu de travail, dans des locaux d'habitation ou dans leurs alentours immédiats, dans les transports publics, sur la voie publique ou lors d'une manifestation publicitaire (art. 40b CO).

Le droit en vigueur ne précise pas si un contrat peut également être révoqué lorsque le fournisseur fait sa proposition par téléphone. Une partie de la doctrine répond par l'affirmative à cette question, puisque dans le cas d'un contrat conclu par téléphone, l'acquéreur court là aussi le risque d'être pris de court⁹. Le projet du Conseil fédéral évoquait explicitement la possibilité de révoquer un contrat conclu par téléphone (art. 40a, al. 1, let. a, ch. 3, P-CO)¹⁰, mais le Conseil national a par la suite reformulé le texte et supprimé dans la foulée la référence aux contrats conclus par téléphone¹¹. Le Bulletin officiel ne fournit pas d'indication quant à la raison de cette suppression. De son côté, le Conseil des Etats a repris la version du Conseil national pratiquement telle quelle¹². La question de savoir si un contrat conclu par téléphone était assimilable à un contrat de démarchage à domicile au sens de l'art. 40a ss. CO n'a pas été examinée.

Le droit en vigueur ne prévoit pas de droit de révocation pour les contrats conclus via Internet.

Le nouvel art. 3, al. 1, let. s, LCD, qui énumère les conditions à remplir pour la vente de biens ou de services au moyen du commerce électronique, est en outre entré en vigueur le 1^{er} avril 2012. Aux termes de cet article, le fournisseur doit indiquer de manière claire et complète son identité et son adresse de contact. Il doit en outre préciser les différentes étapes techniques conduisant à la conclusion d'un contrat, et fournir les outils techniques appropriés permettant de détecter et de corriger les

⁹ Koller-Tumler, p. 85, en particulier note 343.

¹⁰ Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs et sur une loi fédérale modifiant le code des obligations (De la formation des obligations) du 7 mai 1986, FF **1986** II 360 ss, 411.

¹¹ BO **1990** N 572 ss.

¹² BO **1990** E 307 ss.

erreurs de saisie avant l'envoi d'une commande. Il doit enfin confirmer sans délai la commande du client par courrier électronique.

2.2 Réglementation insuffisante de la vente par téléphone et du commerce en ligne

Le fait que l'acquéreur, dans la vente par correspondance, ne puisse voir la marchandise commandée avant de passer un contrat constitue le point de départ de la présente révision. Par ailleurs, dans le cas de transactions conclues à distance, le risque qualifié qu'un contrat soit passé dans la précipitation est réel. C'est pourquoi tant la vente par téléphone¹³ que le commerce en ligne¹⁴ doivent absolument être assortis d'une période de réflexion limitée dans le temps pour les consommateurs. Les éléments suivants doivent en outre être pris en compte :

Ces deux pratiques commerciales affichent, *premièrement*, une croissance importante¹⁵. Les acteurs commerciaux ont compris qu'il était avantageux de s'adresser aux consommateurs par téléphone ou via un site Internet.

Deuxièmement, il n'est pas rare que des personnes soient poussées par téléphone à conclure des contrats qu'elles n'ont jamais voulu conclure ou qu'elles n'auraient jamais conclus si elles avaient disposé d'un temps de réflexion suffisant¹⁶.

Troisièmement, dans le cas des achats en ligne, les contrats sont souvent passés rapidement, et le risque d'être partie d'un contrat indésirable est considérable. Une mise en garde officielle du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) de 2007 disait

¹³ Voir les recommandations de la Commission fédérale de la consommation du 6 mars 2007.

¹⁴ Voir le Rapport du 9 novembre 2004 de la Commission de gestion du Conseil national « La protection du consommateur dans le commerce électronique : aspects contractuels et protection des données », FF **2005** 4689 ss, 4707, qui considère notamment qu'il est nécessaire d'introduire une protection des consommateurs spécifique au commerce électronique et déplore le manque de protection des consommateurs en Suisse.

¹⁵ Selon l'Office fédéral de la statistique (OFS), avec 47 % de la population adulte ayant effectué au moins un achat sur Internet, la Suisse se situe au-dessus de la moyenne de l'Union européenne (31 %) en comparaison internationale (2010) (http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30108.301.html?open=2#2).

Toujours selon l'OFS (2011), parmi les entreprises suisses de cinq personnes et plus, 31 % utilisent l'Internet pour la vente et 75 % pour l'achat (2008). Pour les achats en ligne, la Suisse se situe ainsi clairement au-dessus de la moyenne européenne (http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30204.302.html?open=1#1).

Une autre statistique de l'OFS (2011) montre à quel point l'utilisation que les ménages font du commerce en ligne est diversifiée : 55 % utilisent Internet pour acheter et commander des produits, 54 % pour des services dans le domaine des voyages et de l'hébergement, 50 % pour des transactions bancaires, 44 % pour télécharger ou regarder des films et des vidéos, 40 % pour écouter de la musique, 37 % pour regarder la télévision et écouter la radio. L'usage qui est fait d'Internet varie significativement en fonction de l'âge et de la formation (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/22/publ.html?publicationID=4259>, graphique G9, p.14).

¹⁶ Selon le rapport annuel 2011 de la Commission suisse pour la loyauté (<http://www.lauterkeit.ch/indexF.html>), p. 21 s., plus de la moitié des plaintes ont concerné des méthodes de vente par téléphone agressives, ce chiffre étant en progression par rapport à 2010. Il est probable que l'art. 3, al. 1, let. u, LCD entré en vigueur le 1^{er} avril 2012 atténue quelque peu ce problème.

ceci¹⁷ : « Internet fourmille d’offres apparemment gratuites. Un clic de souris suffit pour se faire attraper et tomber dans un piège coûteux [...] On risque, en un clic de souris, de contracter sans le vouloir un abonnement cher et pour une longue durée. »

Quatrièmement, de plus en plus de biens de consommation onéreux (des bijoux, par exemple) sont commercialisés en ligne¹⁸.

Cinquièmement, la consommation de contenus numériques tels que morceaux de musique, sonneries de téléphone, films, journaux, livres et jeux en ligne est devenue un acte aussi courant que naturel¹⁹.

Sixièmement, d’un point de vue technique, il devient de plus en plus difficile de distinguer la vente par téléphone de la vente en ligne²⁰, de sorte qu’une réglementation non spécifique à une technologie et s’appliquant à ces deux canaux commerciaux s’impose.

Les personnes concluant des transactions à distance ont donc clairement besoin d’une protection appropriée. Il n’est en outre pas concevable que les consommatrices et les consommateurs soient moins bien protégés en Suisse que chez nos voisins européens, où un droit de révocation général de quatorze jours entrera en vigueur au plus tard en juin 2014 pour les contrats conclus à distance.

3 Eléments essentiels de l’avant-projet

3.1 Droit de révocation pour le démarchage à domicile et les transactions à distance

Le fait est que les acquéreurs qui font leurs emplettes par téléphone ou Internet au lieu de se rendre dans un commerce ne peuvent pas voir réellement ce qu’ils achètent et ne peuvent pas non plus l’essayer. Dans ce cas, l’obligation faite au fournisseur d’indiquer son identité, de préciser le déroulement conduisant à la conclusion du contrat (art. 3, al. 1, let. s, LCD) n’est pas non plus d’une grande aide. Si l’on veut protéger les consommateurs de ces situations d’*asymétrie de l’information induite par le type de vente*, il faut instaurer un droit de révocation limité dans le temps.

Sur le modèle du droit en vigueur en matière de démarchage à domicile (art. 40a ss CO), l’art. 40h AP-CO proposé octroie par conséquent un droit de révocation de quatorze jours pour les contrats conclus à distance. La notion de contrat conclu à distance ne se réfère pas à une technologie en particulier (elle est donc « technologiquement neutre ») et offre la marge d’appréciation permettant d’inclure par la suite de nouveaux modèles commerciaux, quel que soit le moyen de communication utilisé. Une transaction à distance se caractérise par le fait qu’à la conclusion du contrat, les parties (ou leurs représentants) ne sont pas présentes physiquement au même endroit. Ainsi, les négociations et l’échange des déclarations

¹⁷ Communiqué de presse du SECO du 2 avril 2007 (<http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=fr&msg-id=11892>).

¹⁸ Wölfe/Leimstoll, p. 9.

¹⁹ Guibault/Helberger/Loos/Mak, p. 737 s.

²⁰ Morscher, ZBJV 2011, p. 177 s. ; selon des indications de l’OFS datant de 2011, un tiers des ménages privés utilisent Internet pour la téléphonie, cette proportion passant à près de 40 % pour les hommes entre 15 et 19 ans : <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/22/publ.html?publicationID=4259> (p. 14 s.).

d'intention s'effectuent uniquement par télécommunication, autrement dit par téléphone, Internet, etc.

L'instauration d'un droit de révocation en faveur des consommateurs se justifie diversement selon le contexte. Dans les transactions à distance, un tel droit permet de remédier à l'asymétrie de l'information induite par le type de vente. S'agissant du démarchage à domicile, le droit de révocation se justifie par l'élément de surprise associé à la vente directe. Le droit de révocation vise alors à protéger les consommateurs inexpérimentés de contrats défavorables dont la conclusion a été obtenue grâce à un effet de surprise ou de manière illicite²¹. Un droit de révocation se justifie également pour les contrats de crédit à la consommation, les contrats d'assurance, les mandats visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat, ainsi que les contrats de vente avec paiement préalable, en raison de leur contenu particulièrement sensible pour les parties²². Tous ces droits de révocation ont ceci de commun qu'ils renforcent le droit d'autodétermination des consommateurs d'une manière fort simple : en accordant à ces derniers une période de réflexion (dite de « cooling off ») limitée dans le temps. Un contrat doit être conclu en toute connaissance de cause, librement et de manière réfléchie : « *En ce sens, le droit de révocation n'est pas une exception au principe qui veut que les accords doivent être respectés (pacta sunt servanda), mais une condition essentielle de ce principe* »²³. C'est pour ce motif que le droit de révocation en faveur des consommateurs en matière de démarchage à domicile et de contrats conclus à distance figure, du point de vue de la systématique juridique et conformément au droit en vigueur, sous le titre « De la formation des obligations ».

Selon la nouvelle réglementation, seul peut faire valoir un droit de révocation le consommateur, autrement dit la personne qui a conclu un contrat avec un fournisseur commercial à des fins privées ou familiales. Le droit de révocation ne peut en revanche toujours pas être invoqué pour des contrats passés entre consommateurs ou entre fournisseurs commerciaux. De plus, diverses exceptions (art. 40e à 40h AP-CO), et en particulier le fait pour le consommateur de devoir une indemnité appropriée au fournisseur s'il fait usage du droit de révocation (art. 40j AP-CO), veillent à l'équilibre des intérêts entre fournisseur et consommateur.

3.2 Harmonisation de la terminologie, des délais et des conséquences du droit de révocation

Dans un souci de simplification, de sécurité du droit et de protection des consommateurs, les droits de révocation des consommateurs doivent être harmonisés dans l'ensemble du droit des contrats. Ils doivent par ailleurs être désignés comme tels et différenciés tant terminologiquement²⁴ que dogmatiquement²⁵ des droits de

²¹ ATF 137 III 243, considérant 4.5.

²² Hartmann, RDS 2008 I, p. 310.

²³ Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs et concernant une loi fédérale modifiant le code des obligations (De la formation des obligations) du 7 mai 1986, FF 1986 II 354 ss, 358 ss et en particulier 386 ; voir aussi ATF 137 III 243, considérant 4.5 concernant le droit de révocation en matière de démarchage à domicile.

²⁴ Critique de Pietruszak, note marg. 10 ss à propos de l'art. 406e CO ; Schwenzer, ch. 28.63 ; Hartmann, RDS 2008 I, p. 307 ss, 308.

résiliation²⁶. En outre, les délais de révocation doivent être si possible tous portés à quatorze jours, ce qui correspond au délai en vigueur dans l'ensemble du marché unique européen à partir du 14 juin 2014 pour le démarchage à domicile et les contrats conclus à distance. L'avant-projet propose par conséquent trois autres adaptations :

- Un droit de révocation de quatorze jours doit être instauré dans le droit régissant les mandats visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406e, al. 1, P-CO). Un « droit de se départir » (selon la formulation du droit en vigueur) pour un contrat conclu sous condition n'aurait pas de sens, car il n'est pas possible de se départir d'un contrat qui n'est pas encore existant²⁷.
- Il convient d'admettre pour des raisons similaires un droit de révocation dans les contrats de vente avec paiement préalable, le droit en vigueur le désignant comme un « droit à renoncer » (art. 227a, al. 2, ch. 7, CO). Etant donné qu'il est prévu d'abroger ces dispositions²⁸, leur adaptation peut toutefois être abandonnée.
- Le délai de révocation prévu par l'art. 16 de la loi sur le crédit à la consommation (LCC)²⁹ doit être porté de sept à quatorze jours.

Une harmonisation s'impose également du point de vue des conséquences juridiques des droits de révocation : la révocation doit en principe déployer ses effets *ex tunc*, une réglementation devant être prévue tant pour les obligations réciproques de remboursement des prestations que pour les coûts qui en résultent. Le cas échéant, le consommateur pourra être soumis à un devoir d'indemnisation s'il a déjà bénéficié de la prestation ou fait usage de la chose au moment de l'exercice du droit de révocation.

3.3 Le « client » remplacé par le « consommateur »

L'avant-projet prévoit d'utiliser le terme de « consommateur ». Il doit être préféré au terme de « client » ou d'« acquéreur » utilisés dans le droit en vigueur, parce qu'au contraire du consommateur, le client ou l'acquéreur peut aussi être une personne morale. De plus, le droit des obligations utilise le terme de client en rapport avec le droit des voyageurs de commerce et le droit des contrats d'agence, où il désigne alors également celui qui n'est pas le consommateur final³⁰. Il s'agira donc

²⁵ Cf. ATF 137 III 243, considérant 4.3, qui évoque la question de savoir si, en cas d'annulation d'un contrat révoqué, la prescription en matière contractuelle ou relative à l'enrichissement illégitime s'applique.

²⁶ Ainsi la loi fédérale sur les voyages à forfait (RS 944.3) prévoit-elle un « droit de résiliation » non limité dans le temps que le consommateur peut faire valoir en cas de modification essentielle du contrat (art. 10, al. 1 et 2). Ce droit de résiliation peut donc être invoqué le cas échéant parallèlement au droit de révocation au sens de l'art. 40a ss. P-CO.

²⁷ Schwenzer, ch. 28.75.

²⁸ Initiative parlementaire 07.500 Staehelin (Abroger les dispositions sur le contrat de vente avec paiements préalables).

²⁹ RS 221.214.1

³⁰ Gonzenbach/Koller-Tumler, note marg. 3 à propos de l'art. 40a CO.

désormais de distinguer, au plan terminologique, la protection du client et la protection du consommateur³¹.

Enfin, le droit en vigueur précise en plusieurs endroits les notions de « consommateur » et de « contrats conclus avec des consommateurs »³². Ces définitions ne sont toutefois pas uniformes et le fait de définir le terme de « consommateur » dans la partie générale du droit des obligations aura valeur de signal et clarifiera une fois pour toutes cette notion.

4 Droit international, propositions d'harmonisation et droit en vigueur à l'étranger

Le droit de révocation de quatorze jours proposé en matière de contrats conclus à distance connaît de nombreux modèles nationaux et supranationaux à l'étranger.

4.1 Droit supranational

4.1.1 Directive 2011/83/EU du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs

Citons pour commencer la directive de l'UE relative aux droits des consommateurs³³, qui a pour but d'améliorer et d'harmoniser la protection des consommateurs au sein de l'UE. Le projet initial d'harmonisation complète a cependant été assoupli³⁴ : les Etats membres peuvent maintenir ou introduire des dispositions s'écartant de celles fixées par la directive relative aux droits des consommateurs, dans les cas où cette possibilité est explicitement prévue (art. 4). Les dispositions portant sur le droit de révocation (art. 9), appelé ici « droit de rétractation », font toutefois partie des nouveautés strictement réglementées par la directive :

La directive de l'UE prévoit un droit de rétractation de quatorze jours pour les contrats conclus hors établissement ou à distance entre le consommateur et un fournisseur commercial (art. 9, al. 1).

³¹ Le droit des obligations allemand fait également la distinction entre le client (« Kunde »), qui bénéficie d'un droit de rétractation pour ses transactions électroniques (§312e BGB), et le consommateur (« Verbraucher ») qui dispose en outre d'un droit de rétractation pour ses contrats conclus à distance (§312d BGB).

³² En particulier dans le droit privé : art. 3 LCC ; art. 2, al. 3, loi sur les voyages à forfait ; art. 32 CPC (RS 272) ; art. 1, al. 1, let. b, LRFP (RS 221.112.944) ; art. 120 LDIP (RS 291) ; art. 16 Convention de Lugano (CL ; RS 0.275.12) ; à propos du manque d'uniformité dans la définition de la notion de « consommateur » et de « contrats conclus avec des consommateurs », voir l'ATF 121 III 336, considérant. 5.

³³ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 304/64, ci après : directive de l'UE relative aux droits des consommateurs ou dir. UE droits des consommateurs).

³⁴ Le principe d'harmonisation avait toutefois fait l'objet de critiques virulentes, d'une part parce qu'il aurait induit une diminution de la protection des consommateurs dans certains Etats membres, et d'autre part parce que la compétence d'une telle harmonisation complète était remise en question.

Elle propose en outre en annexe une information standardisée sur la rétractation (partie A) et un modèle de formulaire de rétractation (partie B) qui doivent permettre d'atteindre une certaine homogénéité entre les différents Etats membres. En principe, le consommateur doit toutefois conserver la faculté de se rétracter dans ses propres termes³⁵.

La directive de l'UE est entrée en vigueur le 12 décembre 2011 (art. 34). Les Etats membres ont jusqu'au 13 décembre 2013 pour introduire ces dispositions dans leur droit national. Les dispositions de la directive de l'UE s'appliquent aux contrats conclus après le 13 juin 2014 (art. 28). Les directives 85/577/CEE du Conseil concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (traduite en Suisse par l'art. 40a ss CO) et 97/7/CE concernant les contrats à distance³⁶ (non mise en œuvre en Suisse ; elle prévoit un droit de rétractation de sept jours et l'obligation de fournir des informations au consommateur) sont abrogées à compter du 13 juin 2014 (art. 31).

4.1.2 Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs

S'agissant de contrats de banque et d'assurance, la directive sur les contrats à distance est complétée par la directive concernant les services financiers³⁷. Celle-ci prévoit notamment pour les services financiers un droit de rétractation spécifique de quatorze jours (art. 6). Sont exclus du champ d'application de cette directive les contrats portant sur une période très limitée (moins d'un mois) ou sur des services dont le prix est soumis à fluctuations, ainsi que les contrats exécutés intégralement à la demande du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation. Le délai est porté à trente jours pour les contrats à distance ayant pour objet les assurances sur la vie (art. 6, al. 1). Aux termes de la directive concernant les services financiers, le consommateur doit bénéficier d'informations spécifiques préalables à la conclusion d'un contrat à distance.

Les contrats portant sur des services financiers conclus par téléphone ou via Internet continuent d'obéir à la directive concernant les services financiers après la mise en œuvre de la directive relative aux droits des consommateurs, puisque celle-ci exclut expressément ces services de son champ d'application (art. 3, let. d).

Dans le droit suisse, il paraît donc justifié d'exclure les services financiers du champ d'application de l'article 40a ss AP-CO proposé, d'autant que le Conseil fédéral, dans son message relatif à la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance, a proposé un droit de révocation de quatorze jours pour les contrats d'assurance³⁸. Mentionnons encore l'art. 16 LCC, aux termes duquel le consommateur peut

³⁵ Directive de l'UE relative aux droits des consommateurs, considérant 44.

³⁶ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (ci-après directive sur les contrats à distance).

³⁷ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE (JO L 271, ci-après directive concernant les services financiers).

³⁸ Message du Conseil fédéral relatif à la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance du 7 septembre 2011, FF 2011 7091 ss, 7199.

révoquer par écrit dans un délai de sept jours son offre de conclure un contrat de crédit à la consommation au sens de l'art. 1 LCC ou la déclaration d'acceptation correspondante.

4.2 Instruments d'harmonisation

4.2.1 Projet de cadre européen de référence

En 2009, le Groupe d'étude sur un code civil européen et le Groupe de recherche sur le droit privé communautaire (Acquis Group) ont remis à la Commission européenne la version définitive d'un Projet de cadre européen de référence (DCFR)³⁹, un projet de codification de l'ensemble du droit européen des contrats et des domaines juridiques apparentés. Le droit de rétractation relatif aux contrats de consommation est réglé dans le livre II, chapitre 5, de ce projet de dispositif réglementaire. La première partie prévoit un droit de rétractation pour tout contrat, lorsque l'offre de conclure le contrat ou la déclaration d'acceptation correspondante a été faite hors établissement (« *contracts negotiated away from business premises* »)⁴⁰. Ce projet de cadre européen prévoit en outre un droit de rétractation pour les contrats de time-sharing. La deuxième partie régit l'exercice et les conséquences de ces droits. Ce texte prévoit ici aussi un délai uniforme de quatorze jours.

4.2.2 Projet de droit commun européen de la vente

Les efforts politiques de l'UE pour améliorer la protection des consommateurs et harmoniser l'acquis communautaire⁴¹ ont conduit d'une part à la directive relative aux droits des consommateurs, et d'autre part à une première proposition de réglementation commune du droit européen de la vente, le « *Draft Common European Sales Law* » (DCESL) du 11 octobre 2011⁴². L'objectif est d'harmoniser le droit du contrat d'achat dans les Etats membres de l'UE.

En son chapitre 4, le DCESL définit un droit de rétractation pour les contrats conclus hors établissement ou à distance (art. 40 à 47). Le contenu de cette réglementation correspond dans une large mesure à celui de la directive relative aux droits des consommateurs et le délai de rétractation est ici encore de quatorze jours (art. 42).

³⁹ Le DCFR (« Draft Common Frame of Reference ») s'appuie sur les principes du droit européen des contrats, fruit des travaux de la Commission du droit européen des contrats (Commission Lando). Dans les années 2001 à 2003, dans la foulée des parties I et II des Principes du droit européen des contrats (PDEC), celle-ci avait adopté les principes du droit européen des contrats, PDEC partie III.

⁴⁰ Cette tentative de réunir sous un seul titre les contrats de démarchage à domicile et les contrats conclus à distance a néanmoins suscité la critique et a été abandonnée par la suite ; voir critique Hellwege, AcP 211 (2011), p. 665 ss, 674 s. Cette critique a apparemment été prise en compte dans la directive relative aux droits des consommateurs, puisque le droit de rétractation du consommateur figure désormais sous « Contrats hors établissement et contrats à distance ».

⁴¹ Voir Livre vert de la Commission du 1^{er} juillet 2010 relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM(2010) 348.

⁴² COM/2011 635 final 2011/0284 (COD)

4.3

Législations étrangères⁴³

Le *droit des obligations allemand* prévoit, à des fins de protection des consommateurs, un droit de rétractation applicable aux contrats de démarchage à domicile et aux contrats conclus à distance, y compris ceux portant sur des services financiers. Il connaît également pour le commerce en ligne un droit de rétractation dont peuvent faire usage tous les clients, et non seulement les consommateurs. L'exercice et les conséquences juridiques, en particulier le délai de rétractation de quatorze jours, sont également réglés uniformément pour l'ensemble des droits de révocation. Depuis 2010, la réglementation modèle relative au droit de rétractation et d'information sur le devoir de restitution a acquis le statut de norme formelle⁴⁴. D'autres droits de rétractation sont prévus pour les contrats d'utilisation en temps partagé, pour les contrats de crédit à la consommation et pour les contrats de livraison échelonnée. De plus, des lois spéciales prévoient par exemple un droit de rétractation pour les contrats d'enseignement à distance, les contrats d'assurance ou les activités de placement⁴⁵.

La *loi autrichienne de protection des consommateurs* reconnaît un droit de rétractation pour les contrats de démarchage à domicile et les contrats conclus à distance. Une loi spéciale prévoit également un tel droit pour les services financiers à distance. Le consommateur a la possibilité de révoquer n'importe quel contrat portant sur une transaction à distance ou une déclaration d'acceptation à distance dans un délai de sept jours. Pour les contrats relatifs à la livraison de marchandises, le délai commence à courir le jour de la livraison chez le consommateur, tandis que pour les contrats portant sur des prestations, il court à partir du jour de la conclusion du contrat. L'Autriche connaît encore d'autres dispositions de protection du consommateur dans le domaine de l'acquisition de biens de consommation et diverses dispositions spéciales, par exemple dans le domaine immobilier ou financier, ainsi que dans les contrats de longue durée (p. ex. un droit de résiliation spécial pour les contrats de livraison d'électricité et les contrats d'assurance).

Le *droit français* prévoit à l'art. L121-20 du Code de la consommation un droit de rétractation de sept jours correspondant aux prescriptions de la directive concernant les contrats à distance.

La *Grande-Bretagne* a repris le droit communautaire sur la protection des consommateurs dans une loi spéciale intitulée « *Consumer Protection [Distance Selling] Regulations 2000* », qui prévoit notamment un droit de rétractation de sept jours pour les contrats conclus à distance. La spécificité du système anglais réside dans l'institution d'un ombudsman pour les questions de protection des consommateurs, doté de très larges compétences.

Aux *Etats-Unis (New York et Californie)*, il n'y a aucun droit de révocation pour les transactions en ligne. En matière de télémarketing, une facturation n'est possible qu'avec l'accord exprès écrit du client. La règle fédérale des trois jours de réflexion

⁴³ A la demande de l'Office fédéral de la justice, l'Institut suisse de droit comparé a réalisé au 31 janvier 2012 une expertise de droit comparé en matière de droit des consommateurs sur laquelle se fondent les explications suivantes.

⁴⁴ Annexes 1 et 2 de la loi d'introduction du Code civil allemand (Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch, Anlagen 1 und 2).

⁴⁵ Hotz, p. 206 ss.

(3-day cooling off rule)⁴⁶ est en revanche limitée au démarchage à domicile à proprement parler (*door-to-door sale*) et ne s'applique pas aux contrats conclus à distance.

Au Brésil, le *Codigo Direito Civile* ne contient guère de dispositions sur les contrats à distance et la vente en ligne. Un droit de révocation de sept jours assorti de devoirs d'information spécifiques au bénéfice des consommateurs pour tous les contrats conclus à distance ou les contrats de démarchage à domicile est toutefois en préparation.

Au Japon, la *loi sur le contrat de consommation* ne propose pas de droit général de révocation, mais un droit de recours spécifique pour tous les contrats de consommation. Ce droit permet de recourir contre un contrat dans les six mois suivant sa conclusion si le vendeur a forcé la conclusion du contrat en abusant le consommateur ou en le pressant. Il s'applique également aux contrats conclus en ligne. Le vendeur est par ailleurs soumis à un devoir d'information. A côté de cela, différentes lois spéciales prévoient un droit de révocation pour de nombreuses transactions délicates pour le consommateur. Suivant l'objet du contrat, le délai de révocation varie entre huit et vingt jours : il est par exemple de huit jours pour les ventes à domicile et pour les transactions résultant d'une promotion téléphonique (y compris lorsque la transaction suivant l'appel commercial est conclue ensuite dans les locaux du vendeur), de quatorze jours pour les activités de placement, et de vingt jours pour les systèmes boule de neige⁴⁷.

4.4 Importance pour la Suisse

En tant qu'Etat non membre de l'Union européenne, la Suisse n'est pas tenue par l'acquis communautaire en matière de droit sur la protection des consommateurs et demeure libre de régler le droit de révocation à son gré. La reprise des développements de l'acquis communautaire dans les futurs accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE et la prise en compte de la jurisprudence correspondante de la CJUE sont abordés dans le cadre du dialogue institutionnel courant entre la Suisse et l'UE⁴⁸. L'interprétation conforme au droit européen est par ailleurs reconnue dans la jurisprudence⁴⁹.

La comparaison du droit montre que *bien au-delà des frontières de l'Europe*, d'autres Etats connaissent des droits de révocation ou des droits équivalents que les consommateurs peuvent faire valoir pour leurs transactions à distance, en particulier les transactions électroniques. Parmi les Etats membres de l'UE, bon nombre connaissent déjà un droit de rétractation de quatorze jours ou plus dans leur législation actuelle. C'est le cas du Danemark, de l'Allemagne, de l'Estonie, de la Finlande, de la Lituanie, du Portugal, de la Suède, de Chypre, de Malte, de la Slovaquie et de la Tchéquie⁵⁰. La directive relative aux droits des consommateurs

⁴⁶ 16 Code of Federal Regulations 429 *et seq.*

⁴⁷ Hotz, p. 154 ss, 170, 203 s.

⁴⁸ Voir notamment la réponse du Conseil fédéral du 22 février 2012 à l'interpellation Barthassat 11.4085.

⁴⁹ Concernant l'interprétation conforme aux directives de l'UE : ATF **129** III 335, considérant 6 ; ATF **130** III 182, considérant 5.5.1 ; concernant l'interprétation conforme aux arrêts de la CJUE : ATF **136** II 65, considérant 3.1.

⁵⁰ Schulte-Nölke/Börger, p. 345 ss, 347.

prévoit désormais un délai général de quatorze jours pour le marché intérieur européen. Des réglementations correspondantes figurent en outre dans toutes les lois types modernes élaborées par l'UE, entre autres.

Avec l'introduction d'un droit de révocation général pour les contrats conclus à distance, la Suisse ne fait que suivre une évolution internationale générale et offre aux consommateurs helvétiques l'assurance de ne pas être moins bien protégés que les consommateurs d'autres pays. Sans compter que les entreprises suisses doivent d'ores et déjà tenir compte des dispositions étrangères correspondantes dans leurs activités commerciales internationales⁵¹. L'égalité de traitement des Suissesses et des Suisses vis-à-vis d'autres consommateurs et de fournisseurs étrangers plaide en outre pour un délai de révocation de quatorze jours.

5 Commentaires article par article

Art. 40a Principe

Cet article établit le principe selon lequel le consommateur peut révoquer un contrat s'il s'agit d'un contrat conclu par démarchage à domicile ou d'un contrat conclu à distance. Ce droit permet au consommateur qui se trouve dans une situation commerciale risquée pour lui de réfléchir au contrat conclu pendant une période limitée dans le temps et, le cas échéant, de révoquer son offre ou son acceptation. Le contrat révoqué doit porter sur des « choses mobiles » au sens de l'art. 713 du Code civil suisse (CC)⁵² ou sur des services. Les contrats de travail ou de bail sont en revanche exclus du droit de révocation.

L'*al.* 2 a pour but d'éviter les contradictions et les doublons, et de contribuer ainsi à l'unification et à l'amélioration de la protection des consommateurs. Les droits de révocation découlant de dispositions spéciales priment. A l'inverse, la deuxième phrase de cet alinéa précise que les dispositions des art. 40i ss AP-CO s'appliquent également à d'autres droits de révocation de manière complémentaire.

L'*al.* 3 énonce conformément au droit en vigueur que les dispositions des art. 40a ss AP-CO constituent un droit impératif en faveur de l'une des parties⁵³. Il n'est donc possible de les modifier qu'au bénéfice du consommateur. Il faut que les parties puissent étendre le champ d'application du droit de révocation, tant du point de vue du contenu que de celui de la durée.

Art. 40b Contrat conclu par démarchage à domicile

Contrairement au droit communautaire actuel, en particulier à la directive relative aux droits des consommateurs, et bien que le véritable contrat conclu par

⁵¹ Selon l'art. 120 LDIP, le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur peut s'appliquer dans certaines circonstances. Le droit communautaire européen comprend lui aussi une disposition selon laquelle un choix de la loi applicable est autorisé à condition qu'il n'ait pas pour résultat de priver le consommateur de la protection à laquelle il a droit (art. 6 du Règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008).

⁵² RS 210

⁵³ A propos du droit en vigueur, voir Kut/Schnyder, note marg. 9 sur les art. 40a–40g CO ; Stauder, note marg. 8 sur les art. 40a–40f CO.

démarchage à domicile tend à disparaître, le terme de démarchage est maintenu, car il est à la fois connu et parlant. Sachant que les Etats membres de l'UE ne sont en outre pas expressément tenus d'atteindre une harmonisation complète jusque dans la terminologie utilisée, il est probable que la nouvelle notion communautaire de « contrats conclus hors établissement » ne va pas nécessairement faire son entrée dans toutes les législations nationales.

Aux termes de l'al. 2, il ne saurait être question de « démarchage à domicile » lorsque l'initiative de la conclusion du contrat a été clairement prise par le consommateur. La charge de la preuve revient toutefois, et c'est nouveau, au fournisseur.

L'avant-projet renonce ici à donner par principe aux contrats conclus à un stand de marché ou de foire le caractère de contrats conclus par démarchage à domicile. Sur ce point, il suit la directive relative aux droits des consommateurs. Le stand de marché ou de foire peut représenter une extension de la surface de vente classique et la vente dans ce cadre mérite donc d'être assimilée à la vente en établissement.

Art. 40c Contrat conclu à distance

Le contrat conclu à distance est défini comme dans le droit communautaire (art. 2, ch. 7, dir. UE droits des consommateurs). Sa particularité réside dans la manière dont il est passé. Il se caractérise par le fait d'être conclu sans que les parties ou leurs représentants soient physiquement en présence l'un de l'autre et de nécessiter par conséquent le recours à une ou plusieurs techniques de communication à distance.

Compte tenu des futurs développements technologiques, on a renoncé ici à préciser la notion de communication à distance. A l'heure actuelle, le courrier postal, le téléphone, le fax ou Internet sont par exemple considérés comme des moyens de communication à distance. Il est possible d'associer plusieurs de ces moyens.

Les contrats qui ne sont conclus que partiellement à l'aide de moyens de communication à distance ne sont pas considérés comme des contrats conclus à distance. Lorsqu'un contrat est préparé via Internet, dans le sens où ce canal est utilisé pour prendre des informations ou passer une réservation, mais qu'il est conclu dans les locaux du fournisseur, il ne s'agit alors pas d'un contrat conclu à distance. Un contrat à l'inverse entièrement négocié dans les locaux du fournisseur et ensuite confirmé en ligne n'est pas non plus considéré comme conclu à distance.

L'usage unique ou occasionnel d'un moyen de communication à distance pour passer un contrat ne suffit pas à qualifier ce dernier de contrat conclu à distance ; pour que cela puisse être le cas, il faut que le fournisseur ait en plus agi dans le cadre d'un système de commercialisation spécifique proposé par une entreprise tierce (par exemple une plate-forme en ligne).

Art. 40d Consommateur et fournisseur

La législation suisse fourmille de définitions parfois divergentes de la notion de « consommateur » (art. 3 LCC) ou du « contrat conclu avec un consommateur » (art. 32, al. 2, CPC). Le texte révisé de l'art. 210 CO, approuvé le 16 mars 2012 par les deux chambres, définit à l'al. 4 le contrat conclu avec le consommateur comme

un contrat où « *la chose est destinée à l'usage personnel ou familial de l'acheteur* » et où « *le vendeur agit dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale* »⁵⁴. La définition choisie ici suit sur le fond cette formulation et celle de l'art. 32 CPC : la notion de consommateur y est décrite *positivement*, contrairement au droit communautaire et aux réglementations de l'art. 5, al. 2, P-LCA⁵⁵ et de l'art. 3 LCC. Un consommateur est une personne physique qui passe un contrat dans un but personnel ou familial (*al. 1*). Un consommateur passe un contrat directement à des fins privées et représente toujours le consommateur final. Il y a *usage personnel* dès lors que le bien ou la prestation acquise sert *principalement* à des fins privées ; dans le cas contraire, les consommateurs suisses seraient à nouveau moins bien traités que les consommateurs de l'UE. Le fait que le consommateur ait effectivement besoin d'une protection ne joue aucun rôle.

S'agissant du fournisseur, la conclusion du contrat doit relever de son activité professionnelle ou commerciale (*al. 2*), qu'elle soit exercée à titre principal ou accessoire. Le droit de révocation ne s'applique donc pas lorsqu'un particulier vend des habits d'enfants à un autre particulier sur un site Internet ou lorsqu'une entreprise de transport achète un véhicule à une société concurrente.

Art. 40e Exceptions en général

La portée pratique du droit de révocation dépend de la liste des contrats et circonstances où le droit de révocation ne peut être invoqué. L'avant-projet résume les exceptions et les classe en exceptions générales et exceptions spécifiques (voir aussi l'art. 16, let. a à m, dir. UE droits des consommateurs).

La *let. a* prévoit que les contrats faits en la forme authentique ne peuvent être révoqués. Une attestation authentique est une preuve suffisante qu'un contrat n'a pas été conclu de manière irréfléchie ou dans la précipitation.

L'exception mentionnée à la *let. b* ne pose aucun problème. Il en ressort que le consommateur ne peut faire valoir un droit de révocation pour les contrats comportant un élément aléatoire, par exemple lorsque le prix de la chose ou du service est soumis à des fluctuations sur lesquelles le fournisseur n'a pas de prise (art. 16, let. b, dir. UE droits des consommateurs).

L'avant-projet renonce à d'autres exceptions générales, telles que les cas bagatelle au sens de l'art. 40a, al. 1, let. b, CO en vigueur. Une limite en francs a quelque chose d'arbitraire : alors que la somme de 100 francs peut paraître négligeable pour une personne aisée, elle peut revêtir une importance considérable pour quelqu'un d'autre.

Il renonce par ailleurs expressément à formuler une exception pour les ventes aux enchères. Contrairement au droit communautaire, où l'art. 16, let. k, de la directive relative aux droits des consommateurs exclut expressément les enchères publiques du domaine d'application du droit de rétractation, le droit suisse dispose que le droit

⁵⁴ FF 2012 3209 ss.

⁵⁵ FF 2011 7199

⁵⁵ FF 2011 7199

⁵⁶ En Allemagne aussi, la Cour fédérale a confirmé, dans son arrêt du 3 novembre 2004, NJW 2005, 53 ss, que le consommateur peut opposer au fournisseur commercial un droit de rétractation légal lors d'une enchère en ligne.

de révocation s'applique à tous les types de ventes aux enchères pour lesquelles les enchérisseurs ne sont pas physiquement présents sur place : il ne serait pas logique que la vente en ligne classique puisse être révoquée, et que les enchères en ligne ne le puissent pas, alors que le risque de s'engager de manière irréfléchie soit considérable en raison de la pression du temps qui se fait régulièrement sentir vers la fin d'une enchère⁵⁶.

Art. 40f Choses

La *let. a* exclut le droit de révocation pour le cas où la chose sur laquelle porte le contrat ne peut, de par sa nature, être réexpédiée ou qui est susceptible de se détériorer rapidement. Cette catégorie inclut des produits très divers, énumérés à part dans l'art. 16 de la directive de l'UE relative aux droits des consommateurs : fruits et légumes périssables, autres marchandises dont la date de péremption est dépassée, médicaments et produits cosmétiques qui ne sauraient être restitués pour des raisons hygiéniques ou de santé. Les éléments tels que colles, tapis ou plaques de sol indissociables d'autres objets doivent également être exclus du droit de révocation.

La *let. b* écarte aussi de ce droit les choses qui sont confectionnées selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisées. Dans un tel cas, on peut considérer que le consommateur a eu le loisir de réfléchir d'une manière qualifiée à l'achat qu'il allait effectuer ; de plus, la réutilisation de la marchandise par le fournisseur est très difficile, voire impossible (voir aussi art. 16, *let. c*, dir. UE droits des consommateurs). Le droit de révocation reste en revanche acquis lorsque, par exemple, seule la couleur du vêtement acheté a été choisie à partir d'une palette de couleurs prédéterminée.

Les contenus audio et vidéo ainsi que les logiciels enregistrés sur des supports de données durables constituent des choses mobiles et ne sont donc pas exclus du droit de révocation. Le texte proposé diverge ici du droit communautaire puisqu'aux termes de ce dernier, le droit de rétractation ne peut être invoqué pour la fourniture de biens scellés qui ont été descellés par le consommateur après la livraison (art. 16, *let. i*, dir. UE droits des consommateurs). Une telle exception au droit prêterait par trop les consommateurs car la marchandise ne peut être évaluée sans être descellée. En cas de révocation, les intérêts du fournisseur peuvent être pris en compte par le biais d'une indemnisation appropriée au sens de l'art. 40k, al. 3.

Art. 40g Services

Le traitement réservé aux services est délicat, car dès qu'ils ont été effectivement fournis, ils ne peuvent plus être restitués. L'*al. 1* suit sur ce point la réglementation du droit communautaire. Aux termes de ce dernier, aucun droit de rétractation n'est prévu pour les contrats de service après que le service a été pleinement exécuté si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdrait son droit de rétractation une fois que le contrat aura été pleinement exécuté (art. 16, *let. a*, dir. UE droits des consommateurs). On peut

⁵⁶ En Allemagne aussi, la Cour fédérale a confirmé, dans son arrêt du 3 novembre 2004, NJW 2005, 53 ss, que le consommateur peut opposer au fournisseur commercial un droit de rétractation légal lors d'une enchère en ligne.

considérer qu'il y a eu pleine exécution lorsque le consommateur a été véhiculé à l'endroit désiré par le taxi qu'il a commandé ; ce n'est en revanche pas le cas lorsqu'il réserve un cours de langue pour les prochaines vacances. Pour la personne qui reçoit un bon lui donnant le droit de bénéficier d'une prestation (p. ex. un massage) valable une année, la pleine exécution n'est réalisée qu'avec l'utilisation de la prestation payée à l'avance.

L'*al.* 2 exclut le droit de révocation pour la fourniture de services d'hébergement, de transport, de livraison de nourriture et de boissons, ainsi que de loisirs, si le fournisseur s'engage, lors de la conclusion du contrat, à fournir ces prestations à une date déterminée ou à une période spécifiée. Cette exception se justifie par le fait que l'usage d'un droit de révocation placerait les fournisseurs exerçant dans les branches de la restauration et du tourisme, tenus comme ils le sont par des délais serrés et par la nature de leurs produits, face à des contraintes excessives. Un abonnement de fitness n'est en revanche pas concerné par cette exception, car le consommateur choisit dans ce cas lui-même le calendrier qui lui convient.

L'*al.* 3 précise que les services financiers sont exclus du droit de révocation. Les services financiers incluent la totalité des services bancaires ainsi que toute prestation en matière d'octroi de crédit, d'assurances, de prévoyance professionnelle individuelle, de placements financiers ou de paiements.

S'agissant des contrats d'assurance, un droit de révocation au sens de l'art. 7 s. P-LCA est prévu (art. 40a, al. 2, AP-CO). L'art. 7 s. P-LCA doit s'appliquer aux contrats privés et individuels portant sur une durée minimum. Les contrats pour l'assurance obligatoire des soins passés avec des caisses maladie, par exemple, doivent par conséquent rester exclus du droit de révocation. Du point de vue de la protection des consommateurs, il n'est toutefois pas compréhensible qu'un contrat d'assurance obligatoire des soins proposé et conclu par démarchage, par téléphone ou par Internet, et par ailleurs susceptible d'être résilié pour la fin de l'année avec un préavis de trois mois (art. 7, al. 1, LAMal)⁵⁷, soit exclu du droit de révocation. Le présent avant-projet prévoit par conséquent à cet effet une clause d'exception⁵⁸.

Art. 40h Contenus numériques

Cette disposition contient une règle spécifique aux données numériques (logiciels, fichiers sons, images et textes) offertes sans support matériel (en particulier les téléchargements via Internet ou le réseau de téléphonie mobile). Dans la littérature, les avis divergent sur la question de savoir si une telle transaction portant sur des produits numériques doit être considérée comme un contrat d'achat relatif à un bien économique immatériel ou comme un contrat de service⁵⁹. La clarification proposée ici lève l'insécurité relative au traitement à réserver à de tels contrats : le droit de révocation ne peut être invoqué par le consommateur pour les cas où il acquiert un droit d'utilisation par paiement unique et où le fournisseur s'acquitte de son devoir de prestation par une livraison de données unique, dans la mesure où si le premier se rétractait, le fournisseur ne pourrait pas s'assurer que les données ne continuent pas à être utilisées.

⁵⁷ RS 832.10

⁵⁸ Voir aussi la motion 11.4117 Maire (Pour mettre fin au démarchage téléphonique des assureurs-maladie).

⁵⁹ Honsell, p. 221 s., avec renvois

Art. 40i Délai

Suivant en cela le droit communautaire, l'avant-projet propose un délai de révocation uniforme de quatorze jours (*al. 1*).

Al. 2 : pour les choses mobiles, le délai commence à courir le jour de la livraison, autrement dit au moment où le consommateur ou son représentant entre physiquement en possession de la chose. En ce qui concerne les services, il commence à courir le jour de la conclusion du contrat. Dans le cas des contrats concernant l'eau, le gaz ou l'électricité qui ne portent pas sur la livraison d'un volume défini ainsi que pour les contenus numériques proposés sans support matériel de données, le délai démarre à la conclusion du contrat (voir aussi l'art. 9, al. 2, let. a à c, dir. UE droits des consommateurs).

Le délai ne commence pas à courir avant que le consommateur ne soit informé du droit de révocation. Cette exigence correspond au droit en vigueur (art. 40e, al. 2, CO). Il y a pour le consommateur un droit légal à être informé au sujet du droit de révocation et du délai en la matière (*ch. 1*), ainsi qu'à connaître la raison commerciale et l'adresse du fournisseur (*ch. 2*), de manière à savoir à qui et où il doit le cas échéant faire parvenir la révocation.

L'*al. 3* précise à quelles conditions le délai de quatorze jours est respecté. Le consommateur doit informer le fournisseur de sa décision avant la fin du délai de révocation. Le délai est respecté lorsque la révocation a été envoyée le dernier jour du délai : si la révocation est faite par écrit, c'est alors la date du cachet postal qui fait foi, et si elle est faite par voie électronique, c'est la date de sa délivrance qui est déterminante.

L'avant-projet renonce, divergeant sur ce point du droit communautaire, à définir une limite de temps maximale pour la révocation si le fournisseur n'a pas rempli son devoir d'information. Une telle réglementation n'est pas nécessaire dans la mesure où le droit de révocation est normalement exercé assez rapidement après la conclusion du contrat et où dans tous les autres cas, l'interdiction de l'abus de droit (art. 2, al. 2, CO) constituera un garde-fou suffisant. On entend par exemple par abus de droit le fait pour un consommateur informé de son droit de révocation d'attendre pour exercer ce droit en justifiant son comportement par un vice de forme de la part du fournisseur.

Art. 40j Forme et preuve

L'*al. 1* dispose que la révocation peut par principe prendre n'importe quelle forme. Cette règle s'applique aussi lorsque le fournisseur procure au consommateur un formulaire de révocation type. Le consommateur ne doit pas être limité sur ce point, contrairement au droit en vigueur qui exige la forme écrite pour une révocation (art. 40e, al. 1, CO).

Aux termes de l'art. 40i, al. 2, AP-CO, les informations doivent être fournies sous une forme susceptible de constituer une preuve. En règle générale, cela signifie qu'elles doivent être remises sur papier ou sur un autre support de données durable. Une information sous forme numérique pouvant être imprimée est également acceptée.

Les contrats à distance peuvent aussi être conclus par téléphone, et donc oralement. Cette possibilité ne doit pas être entravée par une obligation d'information soumise à une forme spécifique. Une information orale au sens de l'art. 40i, al. 2, AP-CO doit donc être autorisée. Cette solution, qui s'écarte du droit communautaire, se justifie dans la mesure où la charge de la preuve de l'information légale incombe au fournisseur (al. 3). En pratique, dans la vente par téléphone, cette exigence a d'ores et déjà pour conséquence que les conversations sont enregistrées avec l'accord du consommateur. Ces dispositions ne s'appliquent toutefois qu'à certaines conditions à des contrats portant sur l'utilisation de services SMS/MMS. C'est en fin de compte au fournisseur de décider de la forme qu'il veut donner à la preuve qu'il a bien informé le consommateur conformément à l'art. 40i, al. 2, P-CO.

L'al. 3 et l'al. 4 règlent la charge de la preuve. C'est au fournisseur de prouver que le consommateur a bien été informé de son droit de révocation à temps et sous une forme admise. La charge de la preuve que la révocation a été délivrée dans les délais incombe en revanche au consommateur.

Art. 40k Conséquences

L'al. 1 correspond mot pour mot à l'art. 8, al. 2, P-LCA et pose le principe selon lequel le consommateur n'est plus lié à son acceptation de l'offre censée aboutir à la conclusion du contrat. Les parties se retrouvent dans la situation *ex ante*, précédant l'acceptation du contrat. Les prestations fournies l'ont été sans base valable, de sorte que la restitution doit s'effectuer conformément aux règles relatives à l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)⁶⁰.

L'al. 2 dispose que les prestations déjà fournies doivent être restituées dans la mesure du possible. Le consommateur doit en particulier restituer les prestations reçues, par exemple la chose achetée ou la marchandise acquise en leasing⁶¹. Cet alinéa précise aussi expressément que le consommateur qui révoque son contrat doit généralement supporter les frais de réexpédition de la chose. Le montant des frais de réexpédition doit toutefois *pouvoir être estimé* et ne doit pas conduire de facto à une exclusion du droit de révocation.

L'al. 3 dit clairement que l'usage d'une chose par l'acheteur n'exclut pas le droit de révocation. Le consommateur doit toutefois verser une indemnité appropriée au fournisseur pour l'usage de la chose. Ainsi que le prévoit le droit en vigueur, le prix qui aurait dû être payé pour l'hypothétique location de la chose peut servir de référence pour le montant de cette indemnité (voir l'art. 40f, al. 2, CO).

Le fournisseur ne peut par ailleurs exiger un dédommagement pour la dégradation ou la perte de la chose que si celle-ci résulte d'une utilisation autre que celle

⁶⁰ ATF 137 III 243, considérant 4.5 avec renvois, qui évoque la question de savoir si en cas de prétentions découlant de la révocation, c'est la prescription en matière contractuelle ou relative à l'enrichissement illégitime qui s'applique ; Crone/Monferrini, p. 492 : les auteurs relèvent le côté délicat de ce point, tout en se ralliant finalement aux conclusions ci-dessus. Le droit des obligations allemand a résolu la question autrement, en réglant le droit de rétractation et de restitution sous le même titre que le droit de se départir (§§ 346 ss, §§ 355 ss BGB) et en considérant donc qu'ils relèvent des règles applicables aux prétentions découlant d'une révocation.

⁶¹ Dans certaines circonstances, le droit de révocation s'applique également aux contrats de leasing, en vertu de l'art. 16, al. 3 en relation avec l'art. 1, al. 2, let. a, LCC.

nécessaire pour vérifier ses caractéristiques et son bon fonctionnement de la part du consommateur. Il convient en outre de partir du principe que le fournisseur devait s'attendre à une éventuelle restitution de la chose et avait transmis au consommateur l'information relative au droit de révocation correspondante⁶². L'avant-projet renonce volontairement à reprendre les dispositions détaillées que la directive relative aux droits des consommateurs prévoit à ce sujet à l'art. 14.

Dans le cas d'un service, la restitution n'est pas possible. C'est également le cas lorsque l'accès payant à une base de données numériques a été octroyé puis retiré après révocation du contrat. Le consommateur garde alors sous forme de copie les données électroniques déjà consultées. En vertu de l'*al.* 4, les prestations utilisées doivent donc être indemnisées en fonction de leur valeur. Le cas échéant, les avances et les frais consentis par le fournisseur, par exemple les frais de matériel (achat d'un logiciel supplémentaire pour que le consommateur puisse lire les données), doivent lui être remboursées, conformément à l'art. 402 CO. S'agissant de la révocation de contrats d'assurance (art. 8 P-LCA), on a par exemple pensé à des examens coûteux que l'assureur pouvait avoir fait effectuer dans le but d'évaluer l'état de santé du futur preneur d'assurance⁶³.

L'*al.* 5 dispose que le consommateur ne doit aucun autre dédommagement (des intérêts, par exemple) au fournisseur en cas de révocation.

Art. 406d, 406e et 406f

Dans un souci d'harmonisation des droits de révocation, les dispositions correspondantes relatives aux mandats visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat sont également adaptées.

Art. 16, al. 1, LCC

La loi sur le crédit à la consommation est aussi modifiée dans ce sens.

6 Conséquences

Les modifications proposées n'ont pas d'incidences financières ou en matière de personnel pour la Confédération, les cantons et les communes.

7 Constitutionnalité

La compétence de légiférer en matière de droit civil et de protection des consommateurs est attribuée à la Confédération en vertu des art. 122, al. 1, et 97 de la Constitution fédérale.

⁶² Schwenzer, ch. 28.75, 28.71 ; Stauder, note marg. 5 à propos de l'art. 40f CO.

⁶³ Message du Conseil fédéral relatif à la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance du 7 septembre 2011, FF **2011** 7091 ss, 7117.

Bibliographie

Lucie Guibault/Natali Helberger/Marco Loos/Chantal Mak, The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law, European Review of Private Law 2011, p. 729 ss.

Rainer Gonzenbach/Marlis Koller-Tumler, Art. 40a–40f OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 5^e édition, Bâle 2011.

Stephan Hartmann, Konsumentenschutzrechtliches Widerrufsrecht im schweizerischen Recht, Möglichkeiten und Grenzen der Vereinheitlichung, RDS 2008 I 307 ss.

Philip Hellwege, Allgemeines Vertragsrecht und «Rechtsgeschäfts»-lehre im Draft Common Frame of Reference (DCFR), AcP 211 (2011) p. 665 ss.

Heinrich Honsell, Kaufrecht und elektronischer Geschäftsverkehr, in: Florian S. Jörg/Oliver Arter (éd.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Berne 2003, p. 211 ss.

Sandra Hotz, Japanische, deutsche und schweizerische Irrtumsregelungen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zum Verhältnis von verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten und allgemeinem Vertragsrecht, Tubingue 2006.

Marlis Koller-Tumler, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, in: Ernst A. Kramer (éd.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht X, Bâle 2008, p. 1 ss.

Ahmet Kut/Anton K. Schnyder, Art. 40a–40g OR, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Zurich 2007 (réimprimé en 2010).

Lukas Morscher, Aktuelle Entwicklungen im Technologie- und Kommunikationsrecht, ZBJV 2011, p. 177 ss.

Thomas Pietruszak, Art. 406e OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 5^e édition, Bâle 2011.

Hans Schulte-Nölke/Andreas Börger, Distance Selling Directive (97/7), in: Hans Schulte-Nölke/Christian Twigg-Flesner/Martin Ebers (éd.), EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its transpositions in the Member States, European Communities, Munich 2008, p. 307 ss.

Ingeborg Schwenzer, Das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5^e édition, Berne 2009.

Bernd Stauder, Article 40a–40f CO, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, Bâle et al. 2003.

Hans Caspar von der Crone/Isabelle Monferrini, Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge: Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_562/2010 vom 3. Mai 2011 i.S. X. Corp. (Beschwerdeführerin) gegen A. (Beschwerdegegnerin), SZW 2011, p. 485 ss.

Ralf Wölfl/Uwe Leimstoll, E-Commerce-Report 2011. Eine Studie zur Entwicklung der Schweizer E-Commerce vom 31. März 2011, Bâle 2011.