



Berne, le 16 juin 2023

---

# **Modernisation du droit de la garantie de la chose vendue**

Rapport du Conseil fédéral en réponse au  
postulat 18.3248 Marchand-Balet du  
15 mars 2018

---





## Condensé

Le 28 septembre 2018, le Conseil national a adopté le **postulat 18.3248 Marchand-Balet** « Obsolescence programmée. Protéger les consommateurs helvétiques ». Ce postulat charge le Conseil fédéral d'établir un rapport sur la situation juridique en Suisse en matière d'obsolescence programmée – il faut entendre par là une stratégie qui vise à réduire délibérément et frauduleusement la durée de vie d'un produit – et de dresser un comparatif au niveau international. Il cite, parmi les mesures envisagées pour renforcer la protection des consommateurs, une prolongation de la durée de la garantie légale et des indices de réparabilité sur les produits. Le 19 juin 2020, le Conseil fédéral a adopté un rapport intitulé « Mesures fiscales et autres mesures destinées à promouvoir l'économie circulaire », élaboré en réponse au **postulat Vonlanthen 17.3505** « Étudier les incitations fiscales et autres mesures susceptibles de stimuler l'économie circulaire afin de saisir ses opportunités ». Il y annonce notamment qu'il soumettra plusieurs mesures relevant du droit de la garantie à une étude approfondie des répercussions économiques, notamment les options de réparation, le renversement du fardeau de la preuve du défaut pour un temps limité ou la prolongation du délai de garantie.

En réponse à ce mandat et au postulat 18.3248 Marchand-Balet, le Conseil fédéral a fait réaliser une **analyse d'impact de la réglementation (AIR) concernant la modernisation du droit de la garantie** et une étude de droit comparé portant sur les directives européennes en la matière et les législations de quelques Etats membres. L'obsolescence programmée a spécifiquement été étudiée. L'AIR débouche sur la constatation que le droit suisse de la garantie devrait être modernisé pour rendre compte des développements techniques. Elle relève également des obstacles à la réalisation des prétentions découlant de la garantie. Les consommateurs, mal informés sur leurs droits comme sur la durée de vie des produits, ne peuvent pas prendre librement des décisions d'achat. L'AIR constate là une défaillance du marché qui justifie l'intervention de l'Etat. L'externalisation des coûts environnementaux, qui ne sont pas intégrés aux prix de vente, vient encore renforcer ce constat. Cette externalisation permet de vendre bon marché des biens produits à faible coût, qui devront être remplacés plus rapidement.

Les points du droit de la garantie qu'il est **nécessaire de moderniser** sont essentiellement les suivants: la définition du défaut de la chose et les éléments objectifs qui le caractérisent, le fait qu'un défaut apparu dans l'année n'est pas présumé avoir existé au moment de la vente, le délai trop court pour aviser le vendeur du défaut, l'absence de tout droit légal à la réparation du produit et le caractère dispositif des règles relatives à la garantie. De plus, il existe une grande insécurité juridique pour ce qui est des produits numériques ou comportant des éléments numériques; selon l'AIR, c'est là un obstacle à l'efficacité du marché, qui entraîne indirectement des coûts supplémentaires pour les entreprises. Les auteurs de l'étude préconisent de clarifier la situation juridique en reprenant l'obligation de mise à jour prévue par le droit de l'UE/EEE.

L'AIR examine les **conséquences** de la reprise de ces réglementations par la Suisse. Elle aboutit d'abord à la conclusion que la position des consommateurs s'en trouverait renforcée, car ils pourraient plus efficacement faire valoir leurs droits. L'alignement des dispositions



*suisses sur les règles minimales de l'UE n'aurait que des conséquences minimales sur l'économie, car de nombreux vendeurs s'en inspirent déjà. Seuls seraient touchés ceux qui n'ont pas déjà une pratique généreuse avec leurs clients.*

*Du point de vue du Conseil fédéral, le droit de la garantie de la chose vendue est dépassé et il est donc **nécessaire d'agir** pour l'aligner sur les règles minimales de l'UE et cela sur plusieurs points spécifiques. Au vu de sa portée, une réforme du droit de la garantie correspondant au besoin de légiférer identifié dans ce rapport nécessite une décision de principe du Parlement.*

*Pour ce qui est de la question de l'**obsolescence programmée**, le Conseil fédéral ne voit pas de besoin de légiférer actuellement dans le sens d'une interdiction. Les règles générales du droit pénal et du droit de la concurrence offrent en principe les moyens de lutter contre une réduction frauduleuse de la durée de vie des produits. Il conviendra cependant de suivre la pratique juridique ainsi que les développements dans l'UE.*

<b>1</b>	<b>Contexte</b> .....	6
1.1	Mandat .....	6
1.1.1	Postulat 18.3248 Marchand-Balet .....	6
1.1.2	Autres interventions parlementaires et travaux relatifs au droit de la garantie ....	7
1.2	Objet du rapport .....	7
1.3	Autres travaux en lien avec l'économie circulaire .....	7
<b>2</b>	<b>Vue d'ensemble du droit en vigueur</b> .....	8
2.1	Le droit de la garantie en Suisse .....	8
2.2	Evolution du droit de l'UE .....	9
2.2.1	Directive sur la vente de biens de 1999.....	9
2.2.2	Directives sur la vente de biens et sur les contenus et services numériques de 2019 .....	10
2.2.3	Directive cadre sur l'écoconception et reprise autonome par la Suisse .....	11
<b>3</b>	<b>Droit de la garantie</b> .....	12
3.1	Aperçu des résultats de l'analyse d'impact de la réglementation (AIR).....	12
3.2	Défaut de la chose .....	13
3.2.1	Droit suisse .....	13
3.2.2	Droit comparé.....	14
3.2.3	Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire .....	15
3.3	Présomption de l'existence d'un défaut .....	15
3.3.1	Droit suisse .....	15
3.3.2	Droit comparé.....	16
3.3.3	Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire .....	16
3.4	Obligation de vérifier la chose et d'aviser le vendeur.....	17
3.4.1	Droit suisse .....	17
3.4.2	Droit comparé.....	18
3.4.3	Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire .....	19
3.5	Délai de garantie .....	20
3.5.1	Droit suisse .....	20
3.5.2	Droit comparé.....	20
3.5.3	Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire .....	21
3.6	Droit à la réparation du produit défectueux.....	23
3.6.1	Droit suisse .....	23
3.6.2	Droit comparé.....	24
3.6.3	Excursus: « droit à la réparation » et économie circulaire.....	24
3.6.4	Reprise en droit suisse et conclusion intermédiaire .....	26
3.7	Prétentions en dommages intérêts .....	27
3.7.1	Droit suisse .....	27
3.7.2	Droit comparé.....	27
3.7.3	Conclusion intermédiaire .....	28
3.8	Action récursoire et action directe contre le producteur .....	28
3.8.1	Action récursoire dans le droit de l'UE.....	28
3.8.2	Action récursoire en droit suisse.....	29
3.8.3	Reprise en droit suisse et conclusion intermédiaire .....	29
3.8.4	Droit d'action directe contre le producteur .....	30

3.9	Domaine d'application du droit de la garantie et nouvelles règles éventuelles..	30
<b>4</b>	<b>Produits numériques et produits comportant des éléments numériques..</b>	<b>31</b>
4.1	Droit suisse .....	31
4.2	Droit comparé.....	33
4.3	Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire .....	34
<b>5</b>	<b>Obsolescence programmée.....</b>	<b>34</b>
5.1	Mandat .....	34
5.2	Notion et problématique .....	35
5.2.1	Notion.....	35
5.2.2	Problématique .....	36
5.3	Régime juridique .....	37
5.3.1	Droit suisse .....	37
5.3.1.1	<i>Garantie pour défauts, responsabilité du fait des produits .....</i>	<i>37</i>
5.3.1.2	<i>Droit pénal.....</i>	<i>38</i>
5.3.1.3	<i>Concurrence déloyale.....</i>	<i>40</i>
5.3.1.4	<i>Appréciation générale du droit suisse en vigueur .....</i>	<i>41</i>
5.3.2	Droit comparé.....	43
5.4	Appréciation .....	46
<b>6</b>	<b>Conclusions.....</b>	<b>46</b>
<b>7</b>	<b>Bibliographie .....</b>	<b>49</b>

## 1 Contexte

### 1.1 Mandat

#### 1.1.1 Postulat 18.3248 Marchand-Balet

Le 28 septembre 2018, le Conseil national a adopté le *postulat 18.3248 Marchand-Balet* « Obsolescence programmée. Protéger les consommateurs helvétiques ». La teneur de ce postulat est la suivante:

*L'obsolescence programmée est une stratégie industrielle qui trompe le consommateur, pour augmenter le taux de remplacement d'un produit. Ces dernières années, les progrès technologiques fulgurants ont renforcé les risques de cas d'obsolescence programmée.*

*Par conséquent, le Conseil fédéral est chargé d'établir un rapport sur la situation légale qui encadre l'obsolescence programmée en Suisse, et de dresser un comparatif au niveau international.*

Il est accompagné du développement suivant:

*L'obsolescence programmée se définit comme une stratégie qui vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour augmenter son taux de remplacement, en incitant le consommateur à un achat prématuré. Cette pratique soulève des questions éthiques et sociétales majeures. Tout d'abord, l'obsolescence programmée engendre des problèmes environnementaux avec la gestion des déchets électriques et électroniques. La surproduction encouragée par l'obsolescence renforce ce problème. Ensuite, d'un point de vue économique, cette pratique crée de la concurrence déloyale. Finalement, et plus particulièrement, l'obsolescence programmée trompe les consommateurs helvétiques qui deviennent les perdants de cette manipulation industrielle. Il est donc impératif d'étudier des possibilités légales de protéger les consommateurs.*

*Deux exemples marquants ont récemment secoué l'actualité. Apple a avoué brider volontairement ses iPhones sans informer ses clients. Puis, Epson a été accusé, en France, de tromper les consommateurs sur le niveau des cartouches d'encre des imprimantes. Ces deux cas font la une, mais d'autres soupçons menacent les géants de la technologie.*

*Afin de garantir la transparence, et de protéger le consommateur helvétique, le Conseil fédéral est chargé d'établir un rapport sur la situation légale qui encadre l'obsolescence programmée en Suisse, et de dresser un comparatif au niveau international. Ce rapport devra notamment:*

- 1. dresser un comparatif des mesures législatives au niveau international;*
- 2. examiner si les consommateurs sont suffisamment protégés légalement;*
- 3. déterminer si la création d'une loi spécifique sur l'obsolescence programmée est nécessaire;*
- 4. envisager des mesures pour renforcer la protection du consommateur face à ces pratiques (prolongation de la durée de la garantie légale, indices de réparabilité sur les produits).*

### 1.1.2 Autres interventions parlementaires et travaux relatifs au droit de la garantie

Le 30 septembre 2021, le Conseil national a adopté la *motion 19.4594 Streiff-Feller* « Économie circulaire. Étendre les délais de garantie applicables aux produits afin de prolonger la durée de vie de ceux-ci », déposée le 20 décembre 2019. Cette intervention demande que l'on porte à cinq ans le délai de garantie pour tous les produits, à l'exception de ceux ayant une date de péremption. Elle est en cours d'examen au Conseil des Etats.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a adopté, le 19 juin 2020, un rapport intitulé « Mesures fiscales et autres mesures destinées à promouvoir l'économie circulaire », élaboré en réponse au *postulat Vonlanthen 17.3505* « Étudier les incitations fiscales et autres mesures susceptibles de stimuler l'économie circulaire afin de saisir ses opportunités »<sup>1</sup>. Il y annonce notamment qu'il soumettra plusieurs mesures relevant du droit de la garantie à une *étude approfondie des répercussions économiques*, notamment les options de réparation, le renversement du fardeau de la preuve du défaut pour un temps limité ou la prolongation du délai de garantie. L'Office fédéral de la justice (OFJ), l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) et le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) ont ainsi mené une analyse d'impact de la réglementation (AIR), concernant la modernisation du droit de la garantie. Les résultats de l'AIR ont été publiés en mai 2022<sup>2</sup>.

## 1.2 Objet du rapport

Ces divers mandats et questions peuvent être regroupés et traités dans un seul rapport. Il n'y a en effet pas de sens à aborder séparément ces thèmes ou mesures particuliers alors qu'ils couvrent une même matière et convergent sur la thématique de la durabilité et de l'économie circulaire. Cette approche a déjà été adoptée pour la réalisation de l'analyse d'impact de la réglementation. Cette dernière portait de manière générale sur la modernisation du droit de la garantie et était axée sur les développements récents dans l'Union européenne (UE) mais a également examiné le thème de l'obsolescence programmée. Le présent rapport suit cette approche et traite donc du *droit de la garantie de la chose vendue*. Le champ du rapport couvre en principe le contrat de vente et ne va au-delà que pour tenir compte des particularités inhérentes aux contrats portant sur des biens et services numériques (ch. 4 ci-dessous). L'*obsolescence programmée* est traitée dans un chapitre particulier (ch. 5 ci-dessous) pour réaliser le mandat formulé dans le postulat 18.3248 Marchand-Balet.

## 1.3 Autres travaux en lien avec l'économie circulaire

La Confédération mène divers travaux visant à promouvoir l'économie circulaire en parallèle à l'examen du droit de la garantie dans cette optique et dans celle de la durabilité. L'*initiative parlementaire 20.433* de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N) « Développer l'économie circulaire en Suisse » exige plusieurs adaptations de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE)<sup>3</sup> allant en ce sens<sup>4</sup>. Entre autres, cette initiative demande l'adoption de bases légales plus larges sur lesquelles fonder des prescriptions réglementaires sur l'écoconception dans les ordonnances. Elle prévoit également d'encourager la transformation et la réparation des

<sup>1</sup> A consulter sous: [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 17.3505 > Rapport en réponse à l'intervention parlementaire

<sup>2</sup> A consulter sous: [www.seco.ch](http://www.seco.ch) > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies > Modernisation du droit des garanties (2022) (en allemand avec un résumé en français).

<sup>3</sup> RS 814.01

<sup>4</sup> [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) > Travaux parlementaires > Recherche Curia Vista > 20.433

produits usagés en vue de leur réutilisation et habilite le Conseil fédéral à fixer des exigences en vue de l'utilisation de matériaux de construction respectueux de l'environnement. Les dispositions proposées ont pour objectif l'encouragement et le financement de mesures contribuant à la préservation des ressources. Ces travaux n'incluent toutefois aucunement le droit de la garantie.

Tout en adoptant son rapport intitulé « *Mesures fiscales et autres mesures destinées à promouvoir l'économie circulaire* », élaboré en réponse au postulat Vonlanthen 17.3505 du 19 juin 2020, le Conseil fédéral a ordonné non seulement une AIR approfondie sur le droit de la garantie (voir ch. 1.1.2 et ch. 3.1), mais aussi plusieurs autres études concernant des mesures qu'il a considérées comme prometteuses pour la protection de l'environnement, et notamment sur les déclarations obligatoires concernant les caractéristiques écologiques des produits (durée de vie, réparabilité, recyclabilité, etc.). Les résultats de ces analyses seront intégrés dans le mandat du Conseil fédéral consistant à préparer un *train de mesures sur la préservation des ressources et l'économie circulaire*. En réalisation de ce mandat, une proposition lui sera soumise mais après que le Parlement aura pris une décision concernant le projet élaboré en exécution de l'initiative parlementaire 20.433 – vraisemblablement à la fin de 2024.

Enfin, le *postulat 21.4224 Brenzikofer* « Sanctionner juridiquement le raccourcissement délibéré de la durée de vie d'un produit »<sup>5</sup> charge le Conseil fédéral de présenter un rapport qui expose les modifications législatives et réglementaires auxquelles il faudrait procéder pour qu'il soit possible de sanctionner juridiquement le raccourcissement de la durée de vie d'un produit commis intentionnellement ou par dol éventuel (« obsolescence programmée »). Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication examine les adaptations possibles en complément au présent rapport (voir ch. 5); il présentera le résultat sur ce sujet dans le cadre des travaux en cours sur la préservation des ressources et l'économie circulaire.

## 2 Vue d'ensemble du droit en vigueur

### 2.1 Le droit de la garantie en Suisse

Le droit de la garantie en matière de vente mobilière (art. 197 à 210 du code des obligations [CO]<sup>6</sup>) repose encore largement sur le droit romain<sup>7</sup>. Essentiellement, le vendeur répond des défauts de la chose, que ceux-ci soient ou non de sa faute<sup>8</sup>. On attend de l'acheteur qu'il vérifie aussitôt l'état du bien qu'il a acheté et qu'il avise le vendeur sans délai en cas de défaut (art. 201 CO). Lorsque la garantie vient à s'appliquer, l'acheteur peut soit faire résilier la vente en exerçant l'action rédhibitoire, soit réclamer une indemnisation pour la moins-value par le moyen d'une action en réduction de prix (art. 205, al. 1, CO). Lorsque la vente porte sur une quantité déterminée de choses fongibles (« vente de choses de genre »), il a une troisième option qui est d'exiger d'autres choses recevables du même genre (art. 206, al. 1, CO). La loi ne prévoit pas, pour l'heure, de droit à une réparation – contrairement au droit du contrat d'entreprise (art. 368, al. 2, CO). Les actions en garantie pour défaut de la chose se prescrivent par deux ans à compter de la livraison faite à l'acheteur (art. 210, al. 1, CO). Les règles du droit de la garantie sont en grande partie de *nature dispositive*, ce qui signifie qu'il est possible d'y déroger entièrement ou de les modifier – sauf si le vendeur a frauduleusement dissi-

<sup>5</sup> [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) > Travaux parlementaires > Recherche Curia Vista > 21.4224

<sup>6</sup> RS 220

<sup>7</sup> BSK OR I-HONSELL, N 5 ad art. 205

<sup>8</sup> BSK OR I-HONSELL, N 1 ad introduction aux art. 197 à 210



mulé à l'acheteur les défauts de la chose (art. 199 CO); de telles dérogations sont très courantes en pratique<sup>9</sup>. Sauf convention contraire, elles s'appliquent à tous les types de contrat de vente, qu'ils relèvent du domaine commercial (contrats conclus entre professionnels) ou des contrats de vente de consommation.

Le droit de la garantie de la chose vendue n'a guère connu de changement depuis la naissance du code des obligations. La *dernière révision* a porté sur le délai de prescription de la garantie, qui a été porté en 2010 d'un à deux ans, sur le modèle de la directive 1999/44/CE sur la vente de biens<sup>10,11</sup>. Si la chose est destinée à l'usage personnel ou familial de l'acheteur et que le vendeur agisse dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale (en bref: dans les contrats de consommation), ce délai ne peut pas être réduit (art. 210, al. 4, CO). La *restriction du caractère impératif* du délai de prescription légal *aux contrats de consommation* a été contestée au cours des délibérations parlementaires<sup>12</sup>, mais en fin de compte, c'est cette solution que les Chambres ont adoptée, afin de préserver la liberté contractuelle dans les contrats commerciaux. Le Parlement a en outre décidé qu'il resterait possible d'écarter tout à fait la garantie – à l'exception des cas où le vendeur dissimule frauduleusement à l'acheteur les défauts de la chose (art. 199 CO)<sup>13</sup>.

Les règles du droit suisse de la garantie remontent à l'époque lointaine où il s'agissait principalement d'acheter par exemple des animaux de ferme ou des poteries sur le marché. C'est pourquoi il ne prévoit pas de droit à la réparation en cas de défaut, comme nous l'avons dit plus haut. Pour la même raison, il ne contient pas de règles spéciales applicables à des objets comprenant des éléments numériques, qui ne fonctionnent plus après une certaine période sans mises à jour régulières. Nous exposerons ci-après comment l'UE et ses Etats membres ont procédé récemment à une vaste harmonisation de leur droit de la garantie et l'ont modernisé, tout en y intégrant des mesures d'encouragement de la durabilité et de l'économie circulaire. Ces développements valent également pour les pays membres de l'Espace économique européen (EEE)<sup>14</sup>.

## 2.2 Evolution du droit de l'UE

### 2.2.1 Directive sur la vente de biens de 1999

La *directive 1999/44/CE sur la vente de biens* avait pour but une certaine harmonisation des dispositions sur la vente de biens de consommation et la création d'un socle minimal commun de droits de garantie qui s'appliqueraient quel que soit le lieu de vente des marchandises au sein de la Communauté européenne<sup>15</sup>. La directive partait notamment de l'idée que la non-conformité du bien au contrat était la principale difficulté rencontrée par les consommateurs et la principale source de conflits avec les vendeurs<sup>16</sup>.

La directive 1999/44/CE sur la vente de biens présentait déjà des *divergences décisives avec le droit suisse de la garantie*. Citons notamment le choix qu'a le consommateur d'exiger du

<sup>9</sup> BSK OR I-HONSELL, N 4 ad introduction aux art. 197 à 210

<sup>10</sup> Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JO L 171 du 7.7.1999, p. 12 ss

<sup>11</sup> Les travaux préparatoires peuvent être consultés sous: [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 06.490 (initiative parlementaire Leutengger Oberholzer, « Renforcement de la protection des consommateurs. Modification de l'article 210 CO »).

<sup>12</sup> Voir les débats parlementaires: BO N 2012 40 ss; BO É 2012 66 ss.

<sup>13</sup> Voir les débats parlementaires, note 12 ci-dessus.

<sup>14</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 40

<sup>15</sup> Considérant 5 de la directive 1999/44/CE sur la vente de biens

<sup>16</sup> Considérant 6 de la directive 1999/44/CE sur la vente de biens

vendeur la réparation du bien ou son remplacement, à moins que la réparation ne soit impossible ou disproportionnée (art. 3, par. 3), la présomption légale que les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance (art. 5, par. 3) et le caractère contraignant général des règles sur la garantie (art. 7); toutes les dispositions applicables à la garantie sur les contrats de consommation étaient ainsi conçues comme du droit impératif<sup>17</sup>.

## 2.2.2 Directives sur la vente de biens et sur les contenus et services numériques de 2019

Le 1<sup>er</sup> janvier 2022, la directive 1999/44/CE sur la vente de biens a été remplacée par la *directive (UE) 2019/771*<sup>18</sup>. Comme l'harmonisation minimale avait laissé subsister des divergences significatives entre les législations nationales des Etats membres, la nouvelle directive vise une *harmonisation complète* des règles applicables à la garantie<sup>19</sup>. La nouvelle directive prend en compte l'importance croissante des biens avec des contenus ou services numériques intégrés (« biens comportant des éléments numériques »)<sup>20</sup>. Ces biens font l'objet d'une obligation de fournir des mises à jour<sup>21</sup>. En outre, vu l'importance « de garantir une plus longue durabilité des biens pour parvenir à des modes de consommation plus durables et à une économie circulaire »<sup>22</sup>, la durabilité est devenue un des critères objectifs de conformité imposés par la directive<sup>23</sup>. Les Etats membres avaient jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2021 pour édicter les dispositions nécessaires à la mise en œuvre de la directive.

Le même jour, l'UE a adopté la *directive (UE) 2019/770 sur les contenus et services numériques*<sup>24</sup>. Celle-ci contient des dispositions sur la conformité contractuelle des contenus et services numériques et règle les conséquences juridiques d'un défaut de conformité ou d'un défaut de fourniture.

Le Parlement européen a demandé à la Commission de lui présenter, au troisième trimestre 2022, une *proposition de modification* de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens et envisage de créer dans ce cadre un acte normatif à part instituant un droit à la réparation<sup>25</sup>. La Commission a adopté suite à cela, le 22 mars 2023, une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes visant à promouvoir la réparation des biens<sup>26</sup>. Le texte proposé s'applique aux défauts survenant après le délai de garantie (art. 1, par. 2) et instaure à l'art. 5 notamment une obligation de réparation du producteur pour certains types de produits. L'art. 12 du projet modifie la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens en *limitant le droit du consommateur de choisir* entre la réparation et le remplacement d'un produit défectueux (voir aussi ch. 3.6.2). Le remplacement ne pourrait plus

<sup>17</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 10

<sup>18</sup> Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, JO L 136 du 22.5.2019, p. 28 ss

<sup>19</sup> Considérants 6 ss de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens

<sup>20</sup> Voir considérants 5 et 14 de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens.

<sup>21</sup> Art. 7, par. 3, et considérant 30 de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens

<sup>22</sup> Considérant 32 de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens

<sup>23</sup> Art. 7, par. 1, let. d, de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens

<sup>24</sup> Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, JO L 136 du 22.5.2019, p. 1 ss.

<sup>25</sup> <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20220401IPR26537/droit-a-la-reparation-des-produits-plus-durables-et-plus-facilement-reparables>

<sup>26</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes visant à promouvoir la réparation des biens et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et les directives (UE) 2019/771 et (UE) 2020/1828, COM(2023) 155 final. Voir aussi le communiqué de presse sous: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_23\\_1794](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_1794).

être choisi que si les coûts en étaient inférieurs ou égaux aux coûts de réparation. La Commission ne suggère pas par contre de prolonger le délai de garantie si la réparation est choisie<sup>27</sup>. Elle semble préférer un renforcement des mesures après l'expiration du délai de garantie à une prolongation de ce délai.

### 2.2.3 Directive cadre sur l'écoconception et reprise autonome par la Suisse

La *directive cadre 2009/125/CE sur l'écoconception*<sup>28</sup> et ses règlements d'exécution contiennent des normes sur la réparabilité des produits et la disponibilité de pièces de rechange. Il s'agit de prescriptions de droit public applicables aux produits. On trouve par exemple dans les règlements d'exécution, sous le titre d'« utilisation rationnelle des matériaux », des prescriptions concernant la disponibilité de pièces de rechange mais aussi la disponibilité de mises à jour du logiciel ou du micrologiciel, la conception durable et la réparabilité et la fourniture d'une documentation sur l'utilisation, l'entretien et la réparation à l'intention des consommateurs et des réparateurs professionnels.

Ces prescriptions ont été *reprises par la Suisse de manière autonome*, tout comme les prescriptions en matière d'efficacité énergétique. On peut citer l'annexe 1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> novembre 2017 sur les exigences relatives à l'efficacité énergétique (OEEE)<sup>29</sup>, qui se réfère en de nombreux points aux dispositions des règlements d'exécution de la directive cadre 2009/125/CE sur l'écoconception. Par exemple, il doit être possible d'obtenir des pièces de rechange pour les dispositifs d'affichage électroniques (télécommande, etc.) pendant sept ans au moins après la mise sur le marché de la dernière unité du modèle de produit considéré. Les mises à jour de sécurité du dernier micrologiciel disponible doivent être fournies gratuitement pendant au moins huit ans<sup>30</sup>. On trouve d'autres exemples de normes reprises de la directive cadre 2009/125/CE pour ce qui est de la fourniture de sources lumineuses, poignées de porte, gonds de porte, plateaux et bacs de réfrigérateurs<sup>31</sup>. Il existe des dispositions similaires applicables aux machines à laver, lave-vaisselle, matériel de soudage et autres appareils électroniques. Les obligations visées incombent à ceux qui mettent le produit en circulation, c'est-à-dire qui le mettent sur le marché ou l'offrent en Suisse pour la première fois (art. 2, let. a, OEEE). Cela peut être le fabricant, l'importateur mais aussi, dans certains cas, le vendeur. L'Office fédéral de l'énergie (OFEN) est chargé de l'exécution: il contrôle par échantillonnage le respect des prescriptions et examine la situation lorsqu'il y a des éléments laissant raisonnablement présumer des irrégularités (art. 14, al. 1, OEEE). Lorsque le contrôle fait apparaître une infraction, l'OFEN décide des mesures appropriées. Il peut notamment interdire la mise en circulation du produit ou ordonner son retrait (art. 14, al. 3, let. a et b, OEEE).

Ces prescriptions de droit public applicables aux produits se situent en amont du droit de la garantie; en d'autres termes, elles existent indépendamment d'éventuels droits conférés par la garantie du produit. Les produits qui ne satisfont pas aux dispositions de l'OEEE, par exemple parce que les pièces de rechange requises ne sont pas disponibles, ne peuvent pas être mis sur le marché en Suisse. De plus, on peut se procurer des pièces de rechange encore longtemps après l'échéance du délai de garantie. L'ordonnance prévoit que ce sont

<sup>27</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes visant à promouvoir la réparation des biens et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et les directives (UE) 2019/771 et (UE) 2020/1828, p. 6 s.

<sup>28</sup> Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, JO L 285 du 31.10.2009, p. 10 ss.

<sup>29</sup> RS 730.02

<sup>30</sup> Annexe 1.12, ch. 2, OEEE, avec un renvoi au règlement (UE) 2019/2021 de la Commission du 1<sup>er</sup> octobre 2019 fixant des exigences d'écoconception pour les dispositifs d'affichage électroniques, annexe II, let. E, ch. 1, let. a

<sup>31</sup> Annexe 1.1, ch. 2.1, OEEE, avec un renvoi au règlement (UE) 2019/2019 de la Commission du 1<sup>er</sup> octobre 2019 établissant des exigences d'écoconception pour les appareils de réfrigération, annexe II, ch. 3, let. a, al. 1 et 2

les autorités administratives qui assurent le contrôle et la mise en œuvre des dispositions de l'OEEE.

### 3 Droit de la garantie

Dans ce chapitre, nous aborderons quelques *thèmes centraux du droit de la garantie*. Sur le plan législatif, il serait possible de procéder soit à une refonte de l'ensemble de cette réglementation soit à des retouches ponctuelles. Nous exposons donc chaque thème en détaillant la façon dont il est réglé en droit suisse, les différences avec le droit de l'UE et les législations de quelques Etats membres et, enfin, les conclusions de l'AIR quant aux conséquences possibles d'une modification législative. Les **produits numériques** (ch. 4) et **l'obsolescence programmée** (ch. 5) seront traités à part car ils excèdent le cadre du droit de la garantie de la chose vendue.

#### 3.1 Aperçu des résultats de l'analyse d'impact de la réglementation (AIR)

L'AIR menée par Ecoplan AG<sup>32</sup> a porté principalement sur l'alignement du droit suisse de la garantie sur la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens (« scénario de base »). Certains points excédant la simple reprise des règles minimales de l'UE ont été examinés à part (« scénario + »), l'un d'entre eux étant l'allongement du délai de garantie à cinq ans demandé par plusieurs interventions parlementaires.

De manière générale, l'AIR arrive à la conclusion qu'une *action de l'Etat*, dans les deux scénarios décrits, est *nécessaire* pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le droit de la garantie, qui date du début du 20<sup>ème</sup> siècle, n'est plus en phase avec les *évolutions technologiques*, ce qui crée une insécurité juridique qui affecte l'efficacité du marché. Ensuite, l'intérêt qu'il y a à renforcer la protection des consommateurs prime sur la restriction de la liberté contractuelle, car le marché *ne permet pas l'apparition de solutions efficaces*: les consommateurs ne sont pas en mesure d'effectuer des choix optimaux parce qu'ils sont *mal informés* quant à la durée de vie des produits, qu'il leur est difficile de faire valoir leurs droits découlant de la garantie, ce qu'ils ne savent pas au moment de l'achat, et que disposer des connaissances nécessaires à un choix éclairé a un coût élevé. Enfin, l'étude évoque l'*externalisation des coûts environnementaux*, qui permet de vendre à bas prix des produits bas de gamme, qui doivent être remplacés plus souvent, sans que leur prix reflète les coûts pour l'environnement.

Concernant le *scénario de base*, l'AIR a fait ressortir qu'un alignement du droit suisse de la garantie sur les règles minimales du droit européen renforcerait la position des consommateurs, en particulier en cas de litige. Cela permettrait également de combler des lacunes juridiques dans le domaine des produits numériques. Comme une grande partie des vendeurs a déjà une attitude favorable aux consommateurs, les *conséquences pour l'économie seraient faibles*. Des calculs approximatifs fondés sur quelques exemples ont fait apparaître une hausse des coûts de moins de 0,1 % des prix de vente pour les entreprises, limitée de surcroît à celles qui n'appliquent pas déjà les normes européennes. L'AIR montre enfin que l'effet sur l'environnement serait négligeable.

Dans le *scénario +*, tant les coûts que l'utilité augmenteraient. Un délai de garantie flexible allant jusqu'à cinq ans entraînerait « *une hausse des coûts sensible mais modérée pour les entreprises* ». Il faudrait s'attendre à ce qu'une partie de ces frais soient répercutés sur les clients, sous forme d'augmentation des prix. Les auteurs de l'AIR n'en concluent pas moins que cette réglementation bénéficierait à la plupart des clients (et une partie des entreprises, en particulier les PME), car elle renforcerait leurs droits davantage que le scénario de base

<sup>32</sup> Voir n. 2.

en cas de défaut des produits<sup>33</sup>. L'AIR montre que le scénario + aurait de faibles effets positifs sur l'environnement, car il ne vaudrait plus la peine, avec les nouvelles règles, de mettre sur le marché certains produits à durée de vie très courte. Dans l'ensemble, une révision du seul droit de la garantie, même dans ce scénario, n'apporterait pas grand-chose sur le plan de la protection de l'environnement. Les auteurs parviennent à la conclusion que d'autres mesures sont plus susceptibles de permettre d'augmenter la durabilité des produits (par ex. des déclarations obligatoires ou des exigences d'écoconception, assorties de dispositions sur la durabilité et la réparabilité des biens, qui existent déjà en partie aujourd'hui)<sup>34</sup>.

## 3.2 Défaut de la chose

### 3.2.1 Droit suisse

La condition centrale pour faire valoir un droit à la garantie est l'existence d'un défaut de la chose. Ce défaut doit exister – du moins en germe – au moment où le risque de la chose passe à l'acquéreur, c'est-à-dire à la conclusion du contrat de vente (art. 185, al. 1, CO) ou, en cas de vente de choses de genre, au moment où la chose est individualisée ou expédiée à l'acheteur (art. 185, al. 2, CO)<sup>35</sup>. Si le défaut apparaît uniquement après le transfert des risques, la garantie ne fonde pas de responsabilité sans faute du vendeur.

Selon la lettre de la loi, le vendeur répond à l'encontre de l'acheteur « tant en raison des qualités promises qu'en raison des défauts qui, matériellement ou juridiquement, enlèvent à la chose soit sa valeur, soit son utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure » (art. 197, al. 1, CO). Le défaut est un *écart désavantageux entre les qualités actuelles de la chose et les qualités que celle-ci devrait posséder*<sup>36</sup>. La chose est défectueuse si ses qualités diffèrent des stipulations du contrat; en d'autres termes, si elle ne dispose pas d'une caractéristique promise ou d'une caractéristique attendue de bonne foi par l'acheteur<sup>37</sup>. Lorsque la chose présente un écart désavantageux par rapport aux *qualités normalement dues selon le principe de la bonne foi*, le vendeur n'est obligé par la garantie que si le défaut est notable. Dans le cas des *qualités promises*, il y a défaut même si la différence n'est pas notable<sup>38</sup>.

Par « *qualité promise* », on entend une déclaration selon laquelle la chose vendue présente certaines caractéristiques objectivement constatables et à laquelle l'acheteur peut se fier de bonne foi<sup>39</sup>. Cette déclaration doit avoir influencé de manière reconnaissable la décision d'acheter le bien en question<sup>40</sup>, le lien entre les deux étant toutefois présumé. La promesse peut aussi être *tacite* et découler des circonstances<sup>41</sup>. De simples *revendications publicitaires* ou descriptions de réclames ne sont cependant pas considérées comme des promesses par le Tribunal fédéral<sup>42</sup>. Il existe une incertitude sur la mesure dans laquelle les affirmations faites dans une *publicité* peuvent avoir qualité de promesse. Il est nécessaire d'examiner dans chaque cas si ces affirmations peuvent être imputées au vendeur et ont contribué de manière reconnaissable à la décision de l'acheteur. Il faut, ce faisant, tenir compte du fait que

<sup>33</sup> Voir le résumé des résultats dans ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 2 s.

<sup>34</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, ch. 7

<sup>35</sup> BSK OR I-HONSELL, N 11 ad art. 197

<sup>36</sup> BSK OR I-HONSELL, N 2 ss ad art. 197

<sup>37</sup> ATF 114 II 239 c. 5a/aa; arrêt du TF 4A\_619/2013 du 20 mai 2014, c. 4.1

<sup>38</sup> ATF 87 II 244

<sup>39</sup> ATF 109 II 24, c. 4

<sup>40</sup> ATF 87 II 244

<sup>41</sup> BSK OR I-HONSELL, N 14 ad art. 197

<sup>42</sup> ATF 88 II 410, c. 3; en dernier lieu, arrêt du TF 4A\_538/2013 du 19 mars 2014, c. 4.1; autres indications dans FELLMANN, AIR Complément à l'annexe A: Rapport complémentaire sur le droit suisse, N 30

la publicité vantant les qualités du produit émane souvent non du vendeur mais du fabricant du produit<sup>43</sup> et ne peuvent donc pas être imputées au premier. Indépendamment de cela, les affirmations qui sont une réclame proprement dite ne peuvent être considérées comme une promesse, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>44</sup>.

### 3.2.2 Droit comparé

La *directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens* définit aux art. 6 et 7 des critères subjectifs et objectifs de conformité au contrat de vente. Les critères subjectifs se réfèrent pour l'essentiel au contenu du contrat et correspondent dans les grandes lignes aux « qualités promises » du droit suisse<sup>45</sup>. Les critères objectifs sont à peu près l'équivalent des caractéristiques donnant à la chose l'utilité prévue et de ce qui a été convenu de bonne foi entre le vendeur et l'acheteur<sup>46</sup>.

L'art. 7, par. 1, let. d, de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens concrétise les critères objectifs de conformité en prévoyant que les biens doivent « être en quantité et présenter les qualités et d'autres caractéristiques, y compris en termes de durabilité, de fonctionnalité, de compatibilité et de sécurité, normales pour des biens de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature des biens et compte tenu de toute déclaration publique faite par le vendeur ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de transactions ou pour le compte du vendeur ou de telles personnes, y compris le producteur, en particulier dans les publicités ou sur l'étiquette ». La définition du défaut de la chose dans l'UE diffère de celle de la Suisse en ce que toutes les déclarations *publicitaires* ou du moins publiques d'autres personnes participant à la chaîne des contrats sont expressément imputées au vendeur de par la loi. Si une chose ne présente pas les qualités vantées dans la publicité, elle est considérée comme défectueuse. Aujourd'hui, ce n'est souvent pas le cas en Suisse<sup>47</sup>.

Toujours selon cette disposition, la chose doit présenter une durabilité normale pour des biens de même type et à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre. Le considérant 32 de la directive précise que la durabilité devrait faire référence à la capacité des biens à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal. L'évaluation de ce critère devrait également prendre en considération toutes les autres circonstances pertinentes, telles que le prix des biens. La mention des normes applicables au secteur concerné garantit cependant une certaine objectivation de cette évaluation<sup>48</sup>. Le considérant 32 de la directive indique aussi qu'une législation de l'Union spécifique par produit (telles les dispositions de la directive cadre 2009/125/CE sur l'écoconception<sup>49</sup>) constitue le moyen le plus approprié pour introduire la durabilité et d'autres exigences relatives aux produits concernant certaines catégories ou groupes de produits. Le droit de la garantie ne peut que venir en complément. Ces législations spécifiques forment cependant aussi une réglementation minimale en droit de la garantie<sup>50</sup>. Enfin, le contrat de vente peut certes déroger aux critères objectifs de conformité fixés par l'art. 7, par. 1, de la directive. Le consommateur

<sup>43</sup> Voir ATAMER/EGGEN, RJB 2017, p. 762.

<sup>44</sup> Voir les références à la n. 42 et BSK OR I-HONSELL, N 16 ad art. 197

<sup>45</sup> FELLMANN, AIR Complément à l'annexe A: Rapport complémentaire sur le droit suisse, N 29

<sup>46</sup> FELLMANN, AIR Complément à l'annexe A: Rapport complémentaire sur le droit suisse, N 29

<sup>47</sup> FELLMANN, AIR Complément à l'annexe A: Rapport complémentaire sur le droit suisse, N 30

<sup>48</sup> Voir ATAMER, RDS 2022 I, p. 291.

<sup>49</sup> Voir ch. 2.2.3.

<sup>50</sup> Voir à ce sujet ATAMER, RDS 2022 I, p. 291.

doit toutefois en avoir été spécifiquement informé et il doit avoir expressément et séparément accepté cet écart lorsqu'il a conclu le contrat de vente (art. 7, par. 5).

### 3.2.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

Selon les auteurs de l'AIR, l'alignement du droit suisse de la garantie sur les règles minimales du droit européen (scénario de base) n'aurait que peu de conséquences pour l'économie mais renforcerait la position des consommateurs (voir ch. 3.1). Toujours selon eux, une adaptation de la définition du défaut préviendrait notamment l'écoblanchiment (« *greenwashing* »), en ce sens que les déclarations relatives à la durabilité engageraient le vendeur<sup>51</sup>. L'effet serait encore plus important si l'on instaurait une déclaration obligatoire du fabricant ou du vendeur concernant la durée de vie ou la réparabilité du produit<sup>52</sup>. Les écarts par rapport à ces déclarations seraient des écarts par rapport aux qualités dues contractuellement et il en naîtrait automatiquement des droits de l'acheteur dans les limites du délai de garantie. Cependant, le produit n'est défectueux que s'il ne répond pas aux attentes légitimes de l'acheteur concernant la fonctionnalité ou la durabilité. Ce n'est pas le cas des marchandises *jetables ou des biens à bas prix*, dont on s'attend à ce qu'ils soient vite hors d'usage<sup>53</sup>. Modifier la définition du défaut n'aurait jamais qu'une influence relative sur la conception du produit<sup>54</sup>. Y inclure la notion de durée de vie normale du produit n'empêcherait pas la production de marchandises bon marché vouées à s'abîmer rapidement. Les habitudes de consommation des acheteurs demeurent le facteur décisif. Cependant, la confiance des consommateurs dans les qualités directement ou indirectement vantées des produits serait protégée par cette mesure<sup>55</sup>.

Le Conseil fédéral estime donc qu'il serait pertinent d'adapter la notion de défaut de sorte qu'elle fasse clairement référence à la durée de vie habituellement attendue et aux qualités mises en avant par la publicité.

## 3.3 Présomption de l'existence d'un défaut

### 3.3.1 Droit suisse

En droit suisse, l'art. 8 du code civil (CC)<sup>56</sup> prévoit que chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit, sauf disposition contraire de la loi. Or, en matière de garantie, le défaut doit *avoir existé au moment du transfert des risques* pour donner lieu à garantie (voir ch. 3.2.1). Il s'agira, conformément à l'art. 185 CO, du moment de la conclusion du contrat, de l'individualisation d'une chose de genre ou de la remise en vue de l'expédition en cas de vente à distance. Ainsi, l'acheteur d'une chose défectueuse doit prouver l'existence d'un défaut à ce moment<sup>57</sup>.

Les cas jugés par le Tribunal fédéral montrent que cette condition peut constituer un *obstacle important* pour l'acheteur, en particulier dans le cas de biens plus complexes mais néanmoins courants comme les voitures<sup>58</sup>. Les défauts n'apparaissent en effet en général pour ce type de produits que plus tard, à l'usage, et l'acheteur n'a guère les moyens de montrer que le

<sup>51</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 15

<sup>52</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 45; sur les travaux en cours, voir ci-dessus ch. 1.3.

<sup>53</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 21 s.; ATAMER, RDS 2022 I, p. 289 ss.

<sup>54</sup> Concernant les conséquences attendues des deux scénarios pour la conception du produit et la modification de l'offre de produits, voir en général ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, tableau de la p. 30.

<sup>55</sup> Voir ATAMER/EGGEN, RJB 2017, p. 762.

<sup>56</sup> RS 210

<sup>57</sup> Arrêt du TF 4C.321/2006 du 1.5.2007, c. 4.3.1; 4A\_435/2016 du 19.12.2016, c. 5.

<sup>58</sup> Arrêt du TF 4A\_435/2016 du 19.12.2016, c. 5.

défaut existait au moment du transfert du risque. En l'absence de preuve, avec l'utilisation du bien et l'écoulement d'un certain temps, d'autres hypothèses sur les causes du dysfonctionnement ne peuvent être exclues, si bien que l'existence du défaut au moment du transfert des risques n'est pas prouvée. De ce fait, cette condition peut mettre en échec l'exercice des droits de garantie alors même que l'existence du défaut au moment du transfert des risques est vraisemblable<sup>59</sup>.

L'*évolution technologique* accentue ce problème. En effet, cette preuve sera difficile voire impossible à apporter pour les produits électroniques, ou demandera des efforts disproportionnés. Or, de plus en plus de biens comprennent des composantes électroniques ou logicielles. Il semble qu'en pratique, les prestations de garantie soient systématiquement refusées, notamment au motif supposé que les défauts sont de la faute de l'acheteur, et ce phénomène est depuis des années au premier rang des *revendications des associations de consommateurs* à l'échelle nationale<sup>60</sup>. La motion 19.4598 Masshardt « Économie circulaire. Renversement de la charge de la preuve en matière de produits défectueux », qui demandait un alignement sur l'UE/EEE, n'en a pas moins été rejetée par le Conseil national par 90 voix contre 87<sup>61</sup>.

### 3.3.2 Droit comparé

La situation juridique est toute autre dans l'UE et dans l'EEE. Un défaut constaté peu de temps après l'achat est présumé avoir existé au moment de la livraison, sauf preuve du contraire. Il est donc plus facile pour les consommateurs de faire valoir leurs prétentions sur la base de la garantie. Il s'agit d'une *simple présomption réfragable qui ne concerne que le moment auquel le défaut existait*, et non d'un renversement du fardeau de la preuve, bien que ce terme soit souvent utilisé pour ce qui est de la règle prévue dans le droit de l'UE. L'acheteur reste tenu de prouver l'existence du défaut.

La *directive 1999/44/CE sur la vente de biens*<sup>62</sup> prévoyait déjà une présomption légale de ce genre à l'art. 5, par. 3: sauf preuve contraire, les défauts de conformité qui apparaissaient dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien étaient présumés exister au moment de la délivrance, sauf lorsque cette présomption n'était pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité. La *directive (UE) 2019/771 qui l'a remplacée* a porté ce délai à un an (art. 11, par. 1). Au lieu du délai d'un an, les États membres peuvent introduire un délai de deux ans (art. 11, par. 2). La *France* prévoit un délai de deux ans depuis 2014<sup>63</sup>.

### 3.3.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

Selon les auteurs de l'AIR, un alignement sur le droit de l'UE (*scénario de base*) aurait peu de conséquences sur les entreprises, car de nombreux vendeurs ont déjà une pratique généreuse aujourd'hui<sup>64</sup>. Ainsi, prise isolément, la règle relative à la présomption de l'existence du défaut aurait des *conséquences minimales*. Les vendeurs qui sont aujourd'hui peu généreux et ceux qui commercialisent des biens censément durables mais de médiocre qualité (marchandises bas de gamme) verraient leurs coûts augmenter légèrement. Par contre, selon l'AIR, la

<sup>59</sup> Dans ce sens, arrêt du TF 4C.321/2006 du 1.5.2007, c. 4.3.2

<sup>60</sup> Voir pour 2022: [https://www.konsumentenschutz.ch/wp-content/uploads/2022/12/Aergerliste\\_2022\\_Allianz\\_definitiv.pdf](https://www.konsumentenschutz.ch/wp-content/uploads/2022/12/Aergerliste_2022_Allianz_definitiv.pdf) (en allemand seulement).

<sup>61</sup> BO N 2020 1759 ss

<sup>62</sup> Voir ch. 2.2.1.

<sup>63</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 35

<sup>64</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 29; voir également ci-dessus ch. 3.1.



présomption légale de l'existence du défaut, combinée avec un délai plus long pour vérifier la chose et aviser le vendeur, faciliterait de manière *décisive* l'exercice des droits des acheteurs<sup>65</sup>.

Dans le *scénario +*, dans lequel la présomption s'applique durant un délai de deux ans, les coûts augmentent tant pour les entreprises que pour les consommateurs. Les auteurs prévoient également que l'offre de produits se modifierait un peu, du fait qu'il n'y aurait sans doute plus guère d'avantages à commercialiser certaines marchandises bas de gamme<sup>66</sup>. Dans les deux scénarios, il serait beaucoup plus simple pour les consommateurs de faire valoir leurs droits, car ils ne seraient plus tributaires de la bonne volonté du vendeur.

Le Conseil fédéral estime qu'il conviendrait de reprendre en droit suisse la présomption légale d'une durée d'un an, au regard du droit de l'UE et étant donné qu'il est aujourd'hui *difficile et parfois impossible en pratique* de réaliser des prétentions existantes en matière de garantie en Suisse<sup>67</sup>. L'AIR a montré qu'une telle norme n'impacterait l'économie et les entreprises que dans une mesure très faible voire négligeable et qu'elle contribuerait sans doute à *faciliter l'exercice des droits* prévus par la législation actuelle.

### 3.4 Obligation de vérifier la chose et d'aviser le vendeur

#### 3.4.1 Droit suisse

Selon l'art. 201, al. 1, CO, l'acheteur qui reçoit l'objet de la vente doit vérifier la chose et aviser le vendeur d'éventuels défauts qu'elle pourrait présenter. Lorsque l'acheteur ne respecte pas ces incombances, il est réputé accepter la chose tacitement même avec ces défauts (art. 201, al. 2 et 3, CO). Il s'agit d'une *fiction d'acceptation* qui est irréfragable et qui entraîne la *péremption* de tous les droits de garantie<sup>68</sup>. Ces incombances ne peuvent toutefois pas être invoquées par le vendeur qui a induit l'acheteur en erreur intentionnellement (art. 203 CO). Cette disposition porte tant sur les indications fausses données par le vendeur que sur l'omission de signaler des défauts dont il avait connaissance, qu'il devait signaler selon le principe de la bonne foi et dont il pouvait reconnaître l'importance pour l'acheteur<sup>69</sup>.

La *vérification* de l'acheteur doit être faite « aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires » et l'*avis des défauts* doit être donné « sans délai » (art. 201, al. 1, CO). Les *défauts cachés*, qui ne peuvent être découverts par les vérifications usuelles et ne se révèlent que plus tard, doivent être signalés « *immédiatement* » (art. 201, al. 3, CO). C'est la découverte du défaut qui est déterminante pour le début du délai d'avis. Il y a découverte d'un défaut lorsque l'acheteur peut constater indubitablement son existence de manière à pouvoir formuler une réclamation suffisamment motivée<sup>70</sup>. L'avis doit énoncer précisément les défauts, expliquer en quoi la chose vendue ne revêt pas les qualités promises ou attendues et l'acheteur doit faire comprendre qu'il tient la chose pour non conforme au contrat et tient le vendeur pour responsable<sup>71</sup>. Il doit être donné, selon la jurisprudence, *tout de suite après la constatation* de l'existence du défaut<sup>72</sup>. Le délai pour ce faire doit être déterminé dans

<sup>65</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 20 et 35

<sup>66</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 32

<sup>67</sup> Voir la proposition du Conseil fédéral du 26.2.2020 concernant la motion 19.4598 Masshardt « Économie circulaire. Renversement de la charge de la preuve en matière de produits défectueux », à consulter sous: [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 19.4598.

<sup>68</sup> Arrêt du TF 4A\_535/2021 du 6.5.2022, c. 6.1

<sup>69</sup> ATF 131 III 145, c. 8.1

<sup>70</sup> Arrêt du TF 4A\_261/2020 du 10.12.2020, c. 7.2.1

<sup>71</sup> Arrêt du TF 4A\_261/2020 du 10.12.2020, c. 7.2.1

<sup>72</sup> ATF 107 II 172, c. 1a

chaque cas selon les circonstances concrètes, notamment la nature du défaut<sup>73</sup>. Même si la loi exige un avis immédiat, la jurisprudence reconnaît à l'acheteur un *court délai de réflexion* lui permettant de prendre sa décision et de la communiquer au vendeur: ainsi, un avis des défauts communiqué deux ou trois jours ouvrables après la découverte de ceux-ci respecte la condition d'immédiateté prévue par la loi, mais non un avis communiqué après trois semaines<sup>74</sup>. Le Tribunal fédéral a eu tendance à reconnaître un délai de sept jours comme une valeur fixe mais a par la suite précisé que rien ne permet de prendre ce délai comme limite générale<sup>75</sup>. Il n'en reste pas moins que plusieurs arrêts citent le délai de trois semaines comme étant tardif et que des avis donnés après 14, 18 ou 20 jours, un mois ou cinq semaines, ont été jugés tardifs dans des cas concrets<sup>76</sup>.

Les justifications de ces règles sont la *protection du vendeur* contre son exposition à la résolution du contrat, la possibilité pour lui de se retourner contre ses propres fournisseurs dans les délais<sup>77</sup> et enfin, de manière générale, la *sécurité des transactions*, car elles permettent de stabiliser rapidement la situation juridique, ce qui diminue également les problèmes de preuves<sup>78</sup>.

Comme le constate le Tribunal fédéral lui-même<sup>79</sup>, la *doctrine critique ce régime strict* et très défavorable à l'acheteur, et propose, suivant les auteurs, un assouplissement des règles si l'acheteur est un privé<sup>80</sup> ou leur limitation aux ventes commerciales<sup>81</sup>. Le Tribunal fédéral – on l'a vu plus haut – relève également que les buts relevant de la protection du vendeur ne justifient pas un délai fixé à sept jours<sup>82</sup>. Cette absence de justification amène certains auteurs à critiquer plus fondamentalement la règle de l'avis immédiat, la considérant comme inappropriée pour une large partie des contrats de vente et en matière de contrat d'entreprise<sup>83</sup>. Il est notable à cet égard que le délai raisonnable prévu à l'art. 39, al. 1, de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)<sup>84</sup>, qui fait partie du droit suisse et s'applique uniquement aux ventes commerciales, est moins strict. En effet, même si ce délai se détermine au cas par cas en fonction des circonstances de l'espèce, une durée d'un mois peut être admise dans des cas où des circonstances particulières (biens périssables, fortes variations des prix par ex.) n'imposent pas un délai particulièrement court<sup>85</sup>.

### 3.4.2 Droit comparé

Ces critiques du droit suisse sont confirmées par la comparaison avec le droit étranger. Ainsi, la *directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens* ne prévoit pas d'obligation d'avis. L'art. 12 permet aux Etats membres de maintenir ou d'introduire des dispositions prévoyant que le consommateur, pour pouvoir bénéficier de ses droits, doit informer le vendeur d'un défaut

<sup>73</sup> Arrêt du TF 4A\_399/2018 du 8.2.2019, c. 3.2

<sup>74</sup> Arrêt du TF 4A\_467/2009 du 2.11.2009, c. 1.2

<sup>75</sup> Arrêt du TF 4A\_399/2018 du 8.2.2019, c. 3.2 et exemples cités

<sup>76</sup> Arrêt du TF 4A\_399/2018 du 8.2.2019, c. 3.2 et références

<sup>77</sup> ATF 88 II 364, c. 2, ATF 81 II 56, c. 2b

<sup>78</sup> ATF 88 II 364, c. 2

<sup>79</sup> Arrêt du TF 4A\_261/2020 du 10.12.2020, c. 7.2.1

<sup>80</sup> CHK-MÜLLER-CHEN, N 3, 13 et 18 ad art. 201 CO; TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, N 705; BSK-HONSELL, N 1 ad art. 201 CO

<sup>81</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 83; ATAMER/HERMIDAS, PJA 2020, 64; ATAMER/EGGEN, ZBJV 2017, 764; BSK-HONSELL, N 1 ad art. 201 CO; BK-Giger, N 7 et 14 à 17 ad art. 201

<sup>82</sup> Arrêt du TF 4A\_399/2018 du 8.2.2019, c. 3.2

<sup>83</sup> Par ex. STÖCKLI, BR/DC 2019, p. 128

<sup>84</sup> RS 0.221.211.1

<sup>85</sup> CS-BRUNNER/MARTI-SCHREIER, N 13 ad art. 39 CVIM

de conformité dans un *délai d'au moins deux mois* à compter de la date à laquelle il a constaté le défaut. Cette règle était déjà prévue dans la *directive de 1999* si bien que le délai minimal de deux mois est la règle depuis plus de 20 ans dans tous les Etats de l'UE et de l'EEE. Le droit de l'UE ne prévoit pas non plus d'obligation de vérification, ce qui est interprété comme empêchant les Etats membres d'introduire une telle obligation, particulièrement depuis la directive 2019/771 qui constitue une harmonisation totale interdisant, sauf disposition expresse, les règles nationales plus strictes ou plus favorables (art. 4)<sup>86</sup>. Il est enfin notable qu'en *droit allemand*, qui partage avec la Suisse une approche stricte en matière de vérification et d'avis, des règles similaires à celles de l'art. 201 CO sont uniquement prévues à l'art. 377 du *Handelsgesetzbuch* (HGB; code de commerce allemand), qui s'applique aux ventes entre commerçants.

### 3.4.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

Au vu de cette situation, il existe des *arguments clairs et univoques en faveur* d'une adaptation du droit suisse, au moins pour les ventes de consommation. Un délai de deux mois, tel que prévu par la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens, permettrait d'avoir une règle claire qui laisserait un temps de réaction à l'acheteur sans entraver la protection du vendeur. Cet élargissement est en particulier justifié au vu des conséquences strictes qu'emporte le non-respect du délai d'avis. Comme le relève la doctrine<sup>87</sup>, la nécessité de vérifier la chose et d'aviser sans délai le vendeur, comme la péremption des droits de garantie, ne sont généralement pas connues des acheteurs non professionnels. Un autre obstacle découle du fait que le moment de la découverte influence de manière décisive le temps dans lequel le défaut doit être signalé. Or, il peut être difficile à déterminer suivant les cas. La difficulté peut d'une part provenir de la délimitation, parfois malaisée, entre ce qui relève de la vérification usuelle et doit être découvert au moment de la livraison et le défaut qui n'apparaît qu'à l'usage et qui est un défaut caché. Dans ce dernier cas d'autre part, le moment déterminant peut être difficile à identifier si le défaut n'apparaît que progressivement et que l'acheteur ne perçoit, dans un premier temps, que quelques signes de dysfonctionnement. Un délai plus long mais limité ne porte par ailleurs pas atteinte aux intérêts du vendeur. Si le défaut lui est signalé dans les deux mois, le vendeur en aura connaissance assez vite; et il doit de toute manière anticiper des cas de garantie dans le délai de deux ans. Les difficultés à apporter une preuve seront en outre à la charge de l'acheteur, qui doit prouver le défaut. L'acheteur devra également supporter le risque de détériorations subséquentes à la découverte, ce qui découle de son obligation de limiter le dommage qu'il subit, si bien qu'un délai d'avis très court n'est pas nécessaire de ce point de vue<sup>88</sup>. En outre, plusieurs finalités qui sous-tendent la réglementation actuelle en Suisse, comme préserver le vendeur de la fluctuation des prix ou exiger une réaction immédiate, sont bien plus caractéristiques des relations commerciales que des ventes aux privés.

Enfin, le législateur a déjà reconnu ce problème *en matière immobilière*, puisqu'un besoin de légiférer a été reconnu et que le Parlement traite actuellement des propositions adoptées par le Conseil fédéral dans son message du 19 octobre 2022 concernant la modification du code des obligations (défauts de construction)<sup>89</sup>. Le Conseil fédéral propose un délai d'avis de 60 jours en cas de vente immobilière (art. 219a, al. 1, P-CO) ou de réalisation d'un ouvrage immobilier (art. 367, al. 1, P-CO).

<sup>86</sup> Voir, pour la directive 1999/44, arrêt de la CJUE du 4 juin 2015, C-497/13, N 60 s; voir aussi ATAMER/HERMIDAS, PJA 2020, p. 58 et 64.

<sup>87</sup> ATAMER/HERMIDAS, PJA 2020, p. 64

<sup>88</sup> Dans ce sens, BIEGER, Die Mangelrüge im Vertragsrecht, N 268

<sup>89</sup> FF 2022 2743

Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral est favorable à l'introduction d'un délai d'avis de 60 jours, à tout le moins pour les ventes de consommation.

### 3.5 Délai de garantie

#### 3.5.1 Droit suisse

Le délai général de garantie est de *deux ans* en droit suisse (art. 210, al. 1, CO). Le délai court « à compter de la livraison faite à l'acheteur, même si ce dernier n'a découvert les défauts que plus tard ». Il s'agit d'un délai de prescription<sup>90</sup>. L'acheteur doit donc agir dans ce délai pour exercer son droit ou accomplir un autre acte interruptif de la prescription, parmi ceux prévus à l'art. 135, ch. 2, CO. L'avis des défauts (art. 201, al. 1, CO) donné dans le délai de deux ans ne permet pas de respecter ce délai de prescription. Des délais spéciaux de garantie sont prévus pour des catégories particulières de biens mobiliers: cinq ans lorsque la chose est intégrée à un ouvrage immobilier conformément à l'usage auquel elle est destinée (art. 210, al. 2, CO) et, pour les biens culturels, un an à compter de la découverte des défauts et 30 ans à compter de la conclusion du contrat (art. 210, al. 3, CO).

Le délai de garantie ne peut être inférieur à deux ans, ou à un an pour les biens d'occasion, si la chose est destinée à l'usage personnel ou familial de l'acheteur et si le vendeur agit dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale (art. 210, al. 4, CO). La garantie peut être *exclue* dans le contrat de vente, totalement ou partiellement, sauf si le vendeur a frauduleusement dissimulé les défauts à l'acheteur (art. 199 CO).

#### 3.5.2 Droit comparé

L'art. 10, par. 1, de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens prévoit que l'obligation de garantie du vendeur vaut pour des défauts qui existaient au moment de la livraison et qui apparaissent dans un délai de *deux ans* dès ce moment. Deux règles spéciales sont prévues à l'art. 10, par. 2, concernant les *biens comportant des éléments numériques*: tout d'abord, le vendeur répond des défauts aux contenus ou services numériques qui n'existaient pas au moment de la livraison mais surviennent dans le délai de deux ans, si la fourniture des contenus ou services numériques est prévue pour une certaine durée; ensuite, si cette durée prévue pour la fourniture est supérieure à deux ans, la responsabilité du vendeur s'étend à cette durée plus longue (voir ch. 4).

Des délais inférieurs à deux ans ne peuvent être prévus (art. 21, par. 1). Une règle spéciale est prévue pour les *biens d'occasion*: les parties peuvent convenir d'un délai inférieur à deux ans, qui doit toutefois être d'une année au minimum (art. 10, par. 6). Et contrairement au droit suisse, les exclusions ou restrictions des droits de garantie ne sont pas possibles pour les contrats de consommation (art. 21). Les *Etats membres* de l'UE ou de l'EEE peuvent par contre prévoir *des délais de garantie plus longs* (art. 10, par. 3). Il s'agit d'une exception à l'objectif d'harmonisation complète poursuivi par la directive. Peu d'Etats membres ont toutefois fait usage de cette possibilité. L'*Irlande* connaît ainsi un délai général de garantie de six ans<sup>91</sup> et le *Portugal* un délai de trois ans<sup>92</sup>, de même que l'*Espagne*<sup>93</sup>. Le droit du *Royaume-Uni*<sup>94</sup> prévoit également un délai de six ans. En outre, des solutions qui tiennent compte de la

<sup>90</sup> ATF 94 II 26; 104 II 357

<sup>91</sup> HESELHAUS/ FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 52

<sup>92</sup> HESELHAUS/ FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 94

<sup>93</sup> Art. 120, al. 1, du Real Decreto-ley 7/2021 de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores

<sup>94</sup> HESELHAUS/ FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 54

durée de vie des biens existent en dehors de l'Union européenne. Ainsi, la *Norvège* prévoit un délai de cinq ans dès la livraison pour les biens qui ont une « longue durée de vie », c'est-à-dire pour lesquels l'on peut s'attendre à une durée de vie supérieure à deux ans en cas d'usage normal du bien<sup>95</sup>. Une règle similaire est prévue en *Islande*: les biens dont la durée de vie est plus longue que deux ans sont soumis à un délai de garantie de cinq ans<sup>96</sup>. Cette durée se détermine en fonction des attentes du consommateur ou des plans du producteur<sup>97</sup>. Une commission a été instituée et peut être saisie pour déterminer la durée de vie d'un bien. Enfin, le *droit québécois* connaît une garantie de durabilité, un bien vendu devant être apte à un usage normal pendant une durée raisonnable déterminée en fonction du prix, des conditions contractuelles et des conditions d'utilisation<sup>98</sup>.

Les délais prévus dans la directive européenne ne sont pas des délais de prescription<sup>99</sup>. Un acheteur pourra ainsi agir après l'expiration de ces délais si le défaut est apparu dans les deux ans à compter de la livraison ou, le cas échéant, dans le délai plus long prévu pour les contenus ou services numériques. L'art. 10, par. 4 et 5, exige que les délais de prescription prévus dans les droits nationaux n'empêchent pas d'exercer les droits prévus dans la directive pour les défauts couverts par les délais de garantie. Enfin, un avis des défauts peut être prévu par les Etats membres, mais le délai doit être d'au moins deux mois à compter de la date à laquelle le consommateur constate le défaut (art. 12).

Le délai de prescription de la garantie prévu en droit suisse est conforme aux règles minimales prévues dans l'UE. La quasi-totalité des Etats membres n'ayant pas utilisé la possibilité de prévoir des délais plus longs, le *délai prévu en Suisse est donc identique à celui des pays qui nous entourent*. Deux différences peuvent toutefois être constatées: le droit suisse ne connaît pas de règles spéciales pour les *biens comportant des éléments numériques* et le *délai de deux ans peut être exclu* si le contrat prévoit une exclusion totale de la garantie. Certains Etats comme l'Islande, l'Irlande, le Royaume-Uni ou la Norvège connaissent des délais plus longs. En Islande et en Norvège, ces délais dépendent de la durée de vie des biens.

### 3.5.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

Dans le *scénario de base* étudié dans le cadre de l'AIR, la durée du délai de garantie pour défauts légal est maintenue à deux ans mais les règles en la matière deviennent impératives pour les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Cela signifie, par rapport au droit suisse en vigueur, qu'une clause d'exclusion totale de garantie, qui rend le délai de 2 ans inopérant alors qu'il est de droit impératif, ne sera plus possible. Le second scénario, le *scénario +*, envisage une *durée variable de deux à cinq ans* en fonction de la durée de vie des biens concernés. Les règles sur la garantie deviendraient impératives pour tous les types de contrats, y compris les contrats conclus entre professionnels.

L'AIR envisage plusieurs effets concernant le délai de garantie. Une adaptation du droit suisse au niveau des règles prévues par la directive européenne n'aurait que peu d'effets, car le *délai de deux ans est déjà très répandu* en Suisse et les vendeurs se montrent coulants en cas de réclamation<sup>100</sup>. La *position juridique des consommateurs* s'en trouverait toutefois renforcée du fait du caractère impératif du délai. Une augmentation du nombre de réclamations dépend toutefois d'autres facteurs: la règle sur la présomption de l'existence du défaut

<sup>95</sup> HESELHAUS/ FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 41

<sup>96</sup> HESELHAUS/ FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 48

<sup>97</sup> HESELHAUS/ FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 49

<sup>98</sup> Art. 38 de la loi sur la protection des consommateurs

<sup>99</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 12

<sup>100</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 35

(voir ch. 3.3) et le délai d'avis (voir ch. 3.4), la connaissance que les acheteurs ont de leurs droits, les obstacles à la mise en œuvre ou encore l'obsolescence psychologique qui pousse à acheter un nouveau modèle. Tous les produits ne seraient pas affectés de la même manière: seuls des produits bas de gamme risquent de présenter un défaut dans un délai de deux ans.

Quant à l'effet d'une *prolongation du délai au-delà de deux ans*, mesure centrale du scénario + analysé dans l'AIR, il est *faible pour l'environnement* et entraîne une *légère augmentation des coûts*<sup>101</sup>. Des modifications dans les gammes de production ne sont pas à attendre car une modification du droit suisse engagée indépendamment de l'UE n'a pas d'impact sur les producteurs<sup>102</sup>. Un délai plus long, tel qu'envisagé dans le scénario +, serait une charge supplémentaire pour les vendeurs en Suisse par rapport aux Etats voisins et pourrait entraîner une augmentation de prix. Les différences de prix entre la Suisse et l'étranger augmenteraient aussi de ce fait, ce qui pourrait avoir pour effet *d'accroître légèrement le tourisme d'achat*<sup>103</sup>. Les auteurs de l'AIR estiment que, malgré cette hausse des prix, le scénario + aurait un impact positif pour la plupart des consommateurs. En particulier, ces derniers devraient moins fréquemment compenser eux-mêmes les défauts de produits à longue durée de vie et bénéficieraient d'un degré de protection qu'ils ne peuvent souvent avoir aujourd'hui qu'en achetant une prolongation de garantie, avec les coûts supplémentaires que cela implique<sup>104</sup>.

L'AIR confirme ainsi les *réserves émises par le Conseil fédéral* sur une prolongation de la durée de garantie à cinq ans<sup>105</sup>. Les avantages escomptés par une telle mesure ne sont tout d'abord pas confirmés : les effets bénéfiques pour l'environnement restent très limités et une modification limitée à la Suisse n'aura pas d'effet sur la production, qui ne va pas s'orienter vers des biens plus durables. Cette mesure n'est pas non plus adaptée à la diversité des biens vendus, qui peuvent avoir des durées de vie très variables. L'on constate en lien avec cela qu'une durée uniforme de cinq ou six ans pour tous les biens est rarement prévue dans l'UE et l'EEE. Une *durée de garantie qui est fonction de la durée de vie des biens* paraît un peu plus répandue et plus en phase avec la réalité. C'est une telle option qui est privilégiée par les auteurs de l'étude<sup>106</sup>. Cette solution rend toutefois le système de la garantie nettement plus complexe, car elle nécessite de déterminer la durée de vie de chaque bien vendu. L'instauration d'une commission et d'une autorité de conciliation spécialisée telle que recommandée par l'étude de droit comparé et l'AIR<sup>107</sup> serait *coûteuse et disproportionnée* au vu de la fonction très limitée qui lui serait assignée. Enfin, un délai de cinq ans, malgré son impact positif, selon l'AIR, pour la plupart des consommateurs, entraînerait probablement une augmentation des prix et constituerait un *handicap pour les vendeurs en Suisse*, par rapport à leurs concurrents dans les pays voisins et la plupart des pays européens. La situation pourrait être différente si l'UE venait à introduire une durée de garantie plus longue au titre des mesures prévues pour renforcer le droit à la réparation<sup>108</sup>. Mais, dans sa dernière proposition de directive, la Commission européenne n'a pas retenu l'idée d'une prolongation du délai de garantie en lien avec la réparation; elle axe son action sur la réparabilité des biens au-delà de ce délai (voir ch. 2.2.2). A supposer même qu'une telle prolongation soit à l'ordre du jour dans

<sup>101</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR : Synthèse, p. 40

<sup>102</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 36 s

<sup>103</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 37

<sup>104</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 34

<sup>105</sup> Avis sur les motions 19.4594 Streiff et 20.4025 Hurni

<sup>106</sup> Voir ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 12: scénario +, durée impérative de deux à cinq ans suivant la durée de vie du produit.

<sup>107</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 94 et ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 38

<sup>108</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 37

l'UE, il faudra garder une vue d'ensemble des différentes mesures mises en place pour que le droit à la réparation soit effectif. Il faut en effet toujours s'assurer que le renforcement du droit de la garantie pour défauts est la voie la plus efficace par rapport à d'autres mesures (prescriptions sur la fabrication des produits, disponibilité de pièces détachées, indices de réparabilité).

S'il ne voit pas de besoin d'agir pour ce qui est de la durée de la garantie, le Conseil fédéral est d'avis qu'un *alignement sur les règles européennes minimales* est souhaitable pour ce qui est du caractère impératif des règles de garantie. Aujourd'hui, seul le délai de garantie est impératif pour les contrats de consommation. Une exclusion totale ou partielle de garantie, possible actuellement en droit suisse, réduit grandement la portée de ce caractère impératif voire lui enlève sa raison d'être. De ce fait, des règles impératives limitées aux contrats de consommateurs permettraient d'avoir une situation plus cohérente et claire. Ensuite, comme l'a montré l'AIR, un délai impératif de deux ans, sans exclusion de garantie, n'a qu'un impact négligeable sur les coûts des entreprises et les prix<sup>109</sup>, les commerces en Suisse proposant déjà très largement un délai de deux ans de manière volontaire. Enfin, comme relevé au ch. 4, une reprise des règles européennes pour les biens et services numériques serait bénéfique, car elle renforcerait la sécurité du droit.

Le Conseil fédéral est donc d'avis que le délai de garantie peut être maintenu à deux ans comme le prévoit le droit en vigueur, mais que les règles sur la garantie en tant que telles ne doivent pas pouvoir être exclues. Elles doivent donc revêtir un caractère impératif.

### 3.6 Droit à la réparation du produit défectueux

#### 3.6.1 Droit suisse

En cas de défaut de la chose vendue, l'art. 205, al. 1, CO donne à l'acheteur le *choix* entre la *résolution du contrat* et la *réduction du prix*. Le droit suisse ne permet par contre pas à l'acheteur de demander la réparation de la chose défectueuse, contrairement à l'art. 368, al. 2, CO, pour le contrat d'entreprise. L'acheteur peut également demander le remplacement d'une chose de genre défectueuse (art. 206, al. 1, CO). En dehors des ventes à distance, le remplacement de la chose de genre défectueuse est même un droit du vendeur, s'il effectue le remplacement immédiatement et s'il indemnise l'acheteur du dommage éprouvé (art. 206, al. 2, CO).

Le Tribunal fédéral a confirmé l'*absence de droit à la réparation*<sup>110</sup>. Même si certains auteurs estiment qu'un droit à la réparation doit être accordé par une application par analogie de l'art. 368, al. 2, CO, en vertu du principe de la bonne foi ou du droit à une exécution conforme<sup>111</sup>, la doctrine majoritaire suit la position du Tribunal fédéral<sup>112</sup>. Le Tribunal fédéral admet toutefois que le coût de la réparation peut être demandé au titre de la réduction du prix<sup>113</sup>.

La différence entre les règles régissant le contrat de vente et le *contrat d'entreprise* pose la question de la *cohérence* entre ces deux contrats spéciaux, fondamentaux pour la pratique. Elle engendre également des problèmes pour les *contrats innommés* susceptibles de relever

<sup>109</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 29 à 32

<sup>110</sup> ATF 95 II 119, c. 6

<sup>111</sup> CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 29 ad art. 205 CO et BSK-HONSELL, N 5 ad art. 205 CO, et références

<sup>112</sup> BSK-HONSELL, N 5 ad art. 205 CO et références

<sup>113</sup> ATF 111 II 162, c. 3c

du contrat de vente ou du contrat d'entreprise. Suivant que la qualification implique l'application des règles de l'un ou l'autre contrat à la garantie, un droit légal à la réparation sera donné ou ne le sera pas. Le Tribunal fédéral a ainsi pu juger que le contrat de livraison d'un logiciel standard relève du contrat de vente et implique un droit à la réduction du prix ou à la résolution en cas de défaut<sup>114</sup>. Le Tribunal fédéral a tout de même laissé ouverte la question d'un droit légal à la réparation « emprunté au contrat d'entreprise » dans ce cas. L'on constate donc que des règles différentes pour ces deux types de contrats accentuent les difficultés et l'insécurité résultant déjà de la qualification. Le problème concerne ici de plus typiquement des contrats portant sur des biens ou services numériques examinés ci-après au ch. 4.

D'un point de vue pratique, la réparation a une utilité et des avantages pour les deux parties dans un grand nombre de situations, en particulier pour les catégories de biens dont le prix est élevé et dont la durée de vie est longue (intérêt de l'acheteur à continuer à utiliser le bien, réparation moins chère qu'un objet neuf pour le vendeur)<sup>115</sup>. Il n'est donc pas étonnant que la réparation soit fréquemment prévue conventionnellement en plus ou à la place des remèdes légaux, associée ou non à un droit au remplacement. La réparation est également prévue à l'art. 46, al. 3, CVIM qui fait partie du droit suisse et régit les ventes commerciales internationales.

### 3.6.2 Droit comparé

Le droit à la réparation est *habituel et très répandu dans les législations étrangères*, à l'exemple de l'art. 3, al. 2 et 3 de la *directive 1999/44/CE sur la vente de biens*, ce qui signifie que tous les Etats de l'UE et de l'EEE connaissent un droit à la réparation *depuis 2002*. La situation n'a pas fondamentalement changé avec la nouvelle directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens, qui a repris à l'art. 13 les droits prévus dans l'ancienne directive.

Le droit à la réparation est ainsi prévu à l'art. 13, par. 2, de cette dernière directive, alternativement au droit au remplacement, mais prioritairement au droit à la réduction du prix ou à la résolution du contrat (art. 13, par. 4). Le consommateur peut choisir entre la réparation et le remplacement (art. 13, par. 2), ces deux remèdes visant la mise en conformité du bien avec ce qui est convenu dans le contrat (art. 13, par. 1). Des limites sont toutefois posées, tout d'abord entre les deux remèdes: si la réparation est impossible ou si elle impose des coûts disproportionnés par rapport au remplacement, le consommateur ne peut l'exiger. La disproportion se juge en fonction de l'ensemble des circonstances, notamment la perte de valeur du bien, l'importance du défaut ou la possibilité d'opter sans inconvénient majeur pour l'autre remède (art. 13, par. 2, let. a à c). Ainsi, une réparation qui est très chère pourra être refusée par le vendeur, et ce d'autant plus si le remplacement peut être accepté sans inconvénient par le consommateur. Ensuite, la directive (UE) 2019/771 permet au vendeur de refuser la mise en conformité (réparation ou remplacement), là encore, si elle est impossible ou entraîne des coûts disproportionnés (art. 13, par. 3).

### 3.6.3 Excursus: « droit à la réparation » et économie circulaire

Le droit à la réparation a pris une dimension nouvelle avec les efforts fournis pour une transition vers une économie circulaire. En effet, la réparation des produits dans la phase de leur utilisation contribue à prolonger leur durée de vie. Le Conseil fédéral a reconnu l'*importance*

---

<sup>114</sup> ATF 124 III 456, c. 4b, bb

<sup>115</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 23 s.



de la réparation et a retenu comme mesures qui méritent d'être approfondies, dans son rapport en réponse au postulat 17.3505 Vonlanthen, la déclaration sur la réparabilité des produits et l'option de réparation en cas de garantie pour défauts<sup>116</sup>.

Le droit à la réparation occupe également une place importante dans les *efforts entrepris par l'UE pour une économie circulaire*: il fait partie des axes d'action retenus dans le cadre du pacte vert pour l'Europe et la Commission européenne a annoncé, dans son Programme de travail pour 2022, vouloir renforcer « les droits des consommateurs à la réparation des produits à des prix raisonnables. Cela prolongera la durée de vie utile des biens et contribuera donc à la réalisation des objectifs de l'économie circulaire. »<sup>117</sup> Les travaux se sont poursuivis au niveau du Parlement européen et de la Commission. Suite à une résolution du Parlement sur le droit à la réparation datée du 7 avril 2022, la Commission européenne a adopté, le 22 mars 2023, une proposition de directive sur des règles communes encourageant la réparation de biens (voir ch. 2.2.2).

Il est toutefois nécessaire de bien distinguer le droit à la réparation en cas de défaut de la chose vendue et le « droit à la réparation » comme élément de la politique actuelle de l'UE en matière d'économie circulaire. La Commission ou le Parlement européen intègrent en effet dans cette notion un *ensemble de mesures visant à rendre possible la réparation* des biens ou à la favoriser. Il peut donc tout autant s'agir du droit spécifique à la réparation en tant que remède juridique à un défaut de la chose vendue que de règles permettant de réaliser matériellement la réparation ou de la rendre plus accessible. Cette dernière catégorie de règles peut porter sur la conception de produits facilement réparables, sur la disponibilité de pièces détachées ou sur des incitations ou des aides financières à la réparation, à l'exemple des déclarations de réparabilité ou des incitations fiscales. Il est ainsi notable que la proposition de directive de la Commission européenne du 22 mars 2023 s'applique à la réparation de biens une fois le délai de garantie échu (art. 1, par. 2). L'approche adoptée par la Commission intègre ainsi des mesures incitant à réparer des produits défectueux tant avant qu'après l'échéance de la période de garantie<sup>118</sup>. De même, le Parlement européen envisage, dans sa résolution, des mesures relatives à l'écoconception, à l'accès aux pièces détachées ou aux informations ou manuels nécessaires à la réparation et à l'information sur la réparabilité et la durabilité de produits, avant d'aborder le droit à la réparation en cas de garantie pour défaut de la chose vendue<sup>119</sup>.

Cette distinction montre bien que l'objectif consistant à favoriser la réparation pour réaliser une économie circulaire ne peut être atteint que par un ensemble de mesures diverses et coordonnées qui concernent tant l'offre (la production) que la demande. Le Conseil fédéral a déjà fait ce constat<sup>120</sup>. Les efforts en cours au niveau de l'UE le confirment. L'AIR va également dans le même sens lorsqu'elle mentionne l'*écoconception* ou les *déclarations sur la durabilité* parmi les mesures alternatives en faveur de l'environnement<sup>121</sup>. L'AIR envisage également une obligation de réparer en cas de défaut, l'idée étant de favoriser la réparation des

<sup>116</sup> Voir notamment rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 17.3505 Vonlanthen, p. 4 et 12 s.

<sup>117</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Programme de travail de la Commission pour 2022 - Ensemble pour une Europe plus forte, COM(2021) 645 final, 19.10.2021, p. 4

<sup>118</sup> Voir notamment le rapport sur la consultation publique menée début 2022 par la Commission européenne: Commission européenne – Direction générale de la justice et des consommateurs – Consommation durable de produits – promotion de la réparation et de la réutilisation – Consultation publique – Rapport de synthèse (en anglais seulement), réf. Ares(2022)4631828 - 24/06/2022, ch. 3.2

<sup>119</sup> Voir les ch. 1, 4 ss et 11 ss de la résolution du 07.04.2022, en comparaison avec les ch. 20 ss.

<sup>120</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 17.3505 Vonlanthen, p. 18

<sup>121</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 46 à 48

biens et de prolonger ainsi leur durée de vie<sup>122</sup>. La réparation doit, pour répondre à cet objectif, être, sur le plan juridique, le *remède prioritaire* que l'acheteur peut demander, si elle est possible ou si son coût n'est pas disproportionné. L'AIR montre toutefois les *limites d'une telle mesure*: le vendeur et l'acheteur peuvent s'entendre sur le remplacement malgré la règle et l'acheteur doit pouvoir compter sur une réparation de qualité effectuée dans un délai raisonnable, sans quoi il devrait pouvoir choisir un autre remède. Concernant l'intérêt respectif de la réparation et du remplacement pour l'environnement<sup>123</sup>, des études récentes<sup>124</sup> montrent que, compte tenu du cycle de vie des produits, la réparation est plus respectueuse de l'environnement que le remplacement. Ce n'est que dans le cas de produits anciens à forte consommation d'énergie, tels que les réfrigérateurs de plus de quinze ans, que le remplacement peut être préférable d'un point de vue environnemental.

### 3.6.4 Reprise en droit suisse et conclusion intermédiaire

Le Conseil fédéral est favorable, au vu de la situation juridique en Suisse et à l'étranger, dans l'UE en particulier, à l'introduction d'un droit à la réparation en cas de défaut de la chose vendue. Ce remède existe déjà en droit suisse, pour le contrat d'entreprise et dans la vente internationale de marchandises, et tous les Etats membres de l'UE et de l'EEE l'ont introduit dans leurs législations au plus tard il y a vingt ans avec la transposition de la première directive 1999/44/CE sur la vente de biens, sans que cela ne pose de problèmes particuliers. Ce droit est ensuite une option *très répandue actuellement dans la pratique*, car il est souvent proposé sur une *base volontaire*. Enfin, selon l'AIR, un droit à la réparation peut avoir un *effet positif sur la réparation* de produits défectueux<sup>125</sup>, malgré les diverses limites relevées, notamment sa restriction aux produits onéreux qui ont une longue durée de vie et le fait que la réparation ne doit pas avoir un coût disproportionné. Par exemple, les entretiens menés dans le cadre de l'AIR ont révélé que les acheteurs de petits appareils peu coûteux ne souhaitent souvent pas les faire réparer et préfèrent les remplacer par un appareil neuf<sup>126</sup>. Le scénario de base, dont fait partie cette mesure, n'a en outre, selon l'AIR, qu'un *effet minime pour les entreprises et l'économie*<sup>127</sup>. Enfin, en Suisse, la réparation est souvent prévue dans les conditions générales<sup>128</sup>. Les conséquences d'une adaptation au niveau actuel de l'UE et de l'EEE concerneraient de ce fait en premier lieu les vendeurs qui n'accordent pas ce droit de manière volontaire.

La *hiérarchie des remèdes* prévue dans le droit de l'UE pourra servir de base à une solution suisse car elle prévoit les cautions nécessaires pour préserver les intérêts du vendeur et de l'acheteur. Donner la priorité à la réparation paraît toutefois poser divers problèmes. En particulier, il existe un certain *conflit d'objectifs entre la protection des consommateurs et celle de l'environnement*. Une protection optimale des consommateurs impliquerait de les autoriser à exercer le droit de leur choix alors qu'une économie durable et écologiquement responsable exigerait de donner en principe la priorité à la réparation. Ce conflit se vérifie dans la pratique: comme nous l'avons évoqué plus haut, les consommateurs ne souhaitent en général pas faire réparer de petits appareils qui sont bon marché ou dont la durée de vie est courte. Malgré ces problèmes, une priorité donnée à la réparation à certaines conditions, comme l'envisage la Commission européenne dans sa proposition de directive du 22 mars 2023, sera

<sup>122</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 47

<sup>123</sup> Voir ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 47

<sup>124</sup> Böni, H., & Hischer, R., 2018: Weiter- und Wiederverwendung von elektrischen und elektronischen Geräten. Ökologische und ökonomische Analyse; OST – Ostschweizer Fachhochschule, Institut WERZ, 2022: ReUse Weiter- und Wiederverwendung von Elektro- und Elektronikgeräten in der Schweiz.

<sup>125</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 24 et ECOPLAN/HESESHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 34

<sup>126</sup> CARBOTECH, AIR Annexe B: Etudes de cas et analyse input-output-environnement, p. 45

<sup>127</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 31 et 34

<sup>128</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 12

à considérer (voir ch. 2.2.2). L'art. 12 de la proposition modifie en effet la directive (UE) 2019/771 pour ne laisser le choix du remplacement que si son coût est égal ou moindre à celui de la réparation.

Pour toutes ces raisons et avec les limites et points à discuter évoqués ci-dessus, le Conseil fédéral est favorable à l'introduction d'un droit à la réparation dans la garantie pour défauts de la chose vendue.

### 3.7 Prétentions en dommages intérêts

#### 3.7.1 Droit suisse

Une chose défectueuse à l'achat peut causer à l'acheteur d'autres dommages que le prix de vente trop élevé. Par exemple, il peut avoir acheté un accessoire devenu inutile, une batterie défectueuse peut déclencher un incendie, un système d'arrosage déficient peut faire perdre une récolte, un animal malade peut en infecter d'autres ou occasionner des frais vétérinaires. En droit suisse de la garantie, l'acheteur n'a droit à la réparation du dommage causé par la livraison de la marchandise défectueuse qu'en cas de résiliation simultanée de la vente (art. 208, al. 2 et 3, CO). Ce lien entre indemnisation et résiliation est critiqué par la doctrine, qui demande presque unanimement une *nouvelle réglementation des prétentions en dommages-intérêts dans le droit de la garantie*<sup>129</sup>.

Autre point contesté: la *différence faite entre les dommages directs et indirects*. Alors que le vendeur répond des dommages directs même sans faute de sa part (art. 208, al. 2, CO), sa responsabilité pour les dommages indirects n'est engagée que si une faute lui est imputable. Dans un *arrêt très critiqué*<sup>130</sup> concernant des perroquets de l'espèce « Amazone poudrée », le Tribunal fédéral a fait dépendre la limite entre dommage direct et indirect de la longueur de la chaîne causale<sup>131</sup>. De ce fait, le vendeur de deux perroquets, dont il s'est avéré après coup qu'ils étaient porteurs du virus de la maladie de Pacheco et qui ont contaminé tout le cheptel d'oiseaux de l'acheteur malgré une quarantaine, a été condamné à dédommager ce dernier à hauteur de 2 millions de francs sur la base de l'art. 208, al. 2, CO, bien qu'aucune faute ne lui soit imputable. Avant cet arrêt, la doctrine était divisée quant à la qualification du dommage consécutif au défaut<sup>132</sup>. Depuis lors, nombre d'auteurs se sont prononcés en faveur du rattachement de ce type de dommage à l'art. 208, al. 3, CO, selon lequel la responsabilité du vendeur dépend d'une faute de sa part<sup>133</sup>. Ils considèrent qu'un dommage direct au sens de l'art. 208, al. 2, CO est un dommage directement lié à la chose vendue et *inhérent au caractère bilatéral du contrat* – par exemple, les frais vétérinaires occasionnés par un animal malade au moment de la vente. Les « dommages consécutifs au défaut » (« *Mangelfolgeschaden* »), soit les dommages que la chose vendue cause à d'autres biens juridiques de l'acheteur, ne doivent selon eux être réparés que s'il y a faute du vendeur.

#### 3.7.2 Droit comparé

La directive 2019/771/UE sur la vente de biens *ne contient pas de disposition* sur la question du dommage consécutif au défaut. Son considérant 61 précise que le consommateur doit avoir un droit à la réparation des dommages causés par la non-conformité au contrat,

<sup>129</sup> Voir FELLMANN, AIR Complément à l'annexe A: Rapport complémentaire sur le droit suisse, p. 13 ss; ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017, p. 731 ss, BSK OR I-HONSELL, N 5 ad art. 205 et N 5 ss ad art. 208.

<sup>130</sup> Voir notamment HONSELL, recht 2007, p. 154 ss; HUWILER, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR, p. 141 ss; STOPPEL-HAAR, recht 2019, p. 180 ss; PICHONNAZ, L'obligation de réparer issue du contrat, p. 399 ss.

<sup>131</sup> ATF 133 III 257

<sup>132</sup> Voir l'aperçu donné dans BSK OR I-HONSELL, N 5 ss ad art. 208

<sup>133</sup> HONSELL, recht 2007, p. 154 ss; HUWILER, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR, p. 158; PICHONNAZ, L'obligation de réparer issue du contrat, p. 409 ss, tous trois avec d'autres références; d'un autre avis, ZELLWEGGER-GUTKNECHT, ZBJV 2007, p. 784; avec des considérations de politique législative *de lege ferenda*, ATAMER, RDS 2011 I, p. 449 ss

mais que ce droit est déjà garanti par les législations de tous les Etats membres. Ce point n'a pas été abordé dans l'AIR.

### 3.7.3 Conclusion intermédiaire

Etant donné les nombreuses critiques que suscite le régime des dommages-intérêts dans la législation et la jurisprudence du Tribunal fédéral, une révision du droit de la garantie serait l'occasion de *clarifier ces points dans la loi*. La question du dommage consécutif au défaut a également fait l'objet de l'*initiative parlementaire Vogt 20.491* « Pas de responsabilité causale illimitée du vendeur pour les dommages consécutifs au défaut ». Les Chambres fédérales n'y ont pas donné suite<sup>134</sup>, étant réticentes à engager des travaux législatifs sur la base d'un seul cas d'espèce<sup>135</sup>. Certains parlementaires étaient en outre d'avis que la responsabilité sans faute du vendeur pour les « dommages consécutifs au défaut » était justifiée<sup>136</sup>. La différence faite aujourd'hui entre les *dommages directs et indirects* en fonction de la longueur de la chaîne causale est toutefois critiquée presque à l'unanimité dans la doctrine et doit être repensée. Il convient aussi de réaménager les prétentions en dommages-intérêts dans le droit de la garantie de telle manière que les dommages découlant directement du défaut de la chose puissent être invoqués indépendamment d'une faute du vendeur, *même si la vente n'est pas résiliée*.

## 3.8 Action récursoire et action directe contre le producteur

### 3.8.1 Action récursoire dans le droit de l'UE

L'art. 18 de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens et l'art. 20 de la directive (UE) 2019/770 sur les contenus et services numériques règlent l'*action récursoire*. Ainsi, le vendeur ou le professionnel responsable vis-à-vis du consommateur du fait d'un défaut de conformité a le droit de se retourner contre la ou les personnes intervenant en amont dans la chaîne commerciale, si le défaut résulte d'un acte ou d'une omission imputable à l'une de ces personnes. Selon les termes de la directive toutefois, le droit d'action du vendeur final n'est pas impératif et peut être limité ou écarté par contrat. Le considérant 63 de la directive (UE) 2019/771 précise en effet que la directive « ne devrait pas porter atteinte au principe de liberté contractuelle entre le vendeur et les autres parties intervenant dans la chaîne des transactions. » Il revient aux Etats membres de déterminer, selon ce même considérant, « les modalités d'exercice de ce droit, notamment contre qui le vendeur peut exercer ces recours et comment il peut les exercer, et le caractère obligatoire ou non de ces recours ».

Une telle règle est compréhensible dans la perspective du législateur européen. Le droit des contrats n'est pas réglé au niveau de l'UE et les directives en question ne portent que sur les *contrats conclus entre un professionnel et un consommateur*. Elles ne s'appliquent donc *pas aux relations contractuelles en amont de la chaîne des transactions*. Cette règle sur l'action récursoire garantit au vendeur ou au professionnel qui contracte avec le consommateur final de pouvoir se retourner contre la personne responsable du défaut en question. Elle permet donc de faire porter la responsabilité du défaut à la personne qui a vendu à l'origine le bien avec le défaut. Elle permet ainsi de ne pas faire porter l'entière responsabilité au vendeur final et rééquilibre sa position. La réglementation au niveau de la directive reste néanmoins *minimaliste*, laissant aux Etats membres la liberté de déterminer tant les modalités que le caractère obligatoire de ce recours.

<sup>134</sup> Voir les délibérations du Conseil national du 27 février 2023, BO N 2023 28 ss.

<sup>135</sup> BO N 2023 29

<sup>136</sup> BO N 2023 29

### 3.8.2 Action récursoire en droit suisse

Ce qui doit être nécessairement réglé au niveau de la directive européenne ne doit pas nécessairement l'être au niveau du droit interne suisse. En effet, l'action du vendeur final découle déjà des *règles générales du droit des contrats*. Le code des obligations s'applique tant aux relations entre professionnels et consommateurs qu'aux contrats entre professionnels ou commerçants (voir ch. 3.9). Tout fournisseur ou revendeur dans la chaîne des transactions peut donc exercer ses droits de garantie contre son co-contractant qui se trouve en amont de la chaîne. Le vendeur tenu à garantie par le consommateur peut se retourner contre son fournisseur et ce dernier contre son co-contractant, jusqu'à remonter à la personne responsable à l'origine, le cas échéant au producteur. Ces actions présupposent bien sûr que le défaut ait existé au moment de la transaction en question (voir ci-dessus ch. 3.2.1).

Deux problèmes peuvent toutefois se poser au niveau du droit suisse. Tout d'abord, dans la mesure où seuls les droits de garantie du consommateur final sont impératifs, le vendeur pourrait être tenu à garantie vis-à-vis de ce dernier alors que le contrat qui le lie à son fournisseur ou au producteur exclut (ou réduit) ses propres droits de garantie. Sur ce point, la directive européenne opte pour la *liberté contractuelle dans les relations entre commerçants ou professionnels*, mais n'interdit pas aux Etats membres de fixer des règles impératives dans ces cas. Ensuite, le délai de garantie commence à courir au moment de la livraison. Par conséquent, les points de départ successifs des différents délais de garantie dans la chaîne des transactions sont décalés. Il est donc possible que le vendeur final soit tenu à garantie dans le délai de deux ans vis-à-vis du consommateur, mais que le délai de garantie dont il dispose contre son fournisseur soit déjà échu, si bien qu'il ne peut plus invoquer ses droits vis-à-vis de lui.

### 3.8.3 Reprise en droit suisse et conclusion intermédiaire

Si donc une action récursoire en tant que telle n'a pas besoin d'être introduite en droit suisse, il paraît indiqué de résoudre les deux problèmes évoqués au chapitre précédent, en ayant à l'esprit que la réglementation européenne permet les dérogations contractuelles et laisse de nombreux points ouverts. La transposition faite par les Etats membres de la règle européenne sur l'action récursoire confirme ce point de vue. L'art. L 217-31 du *code de la consommation français* renvoie ainsi aux règles générales applicables en ce qu'il prévoit qu'une action récursoire peut être exercée par le vendeur « conformément aux dispositions du code civil ». Comme en droit suisse, les règles générales en droit français, de même que dans les législations nationales des autres Etats membres, permettent au vendeur de faire valoir ses droits de garantie en amont de la chaîne des transactions. Le *droit allemand* a prévu quelques règles particulières. Il accorde au vendeur le droit au remboursement des frais générés par la réparation ou le remplacement du bien (§ 445a, al. 1, du *Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB]) et prévoit surtout que cette prétention, de même que les droits de garantie du vendeur contre son fournisseur, se prescrivent dans un délai de deux ans à compter de la livraison mais au minimum deux mois après que le vendeur a rempli ses obligations vis-à-vis de l'acheteur (§. 445b, al. 1 et 2, BGB). L'*Autriche* prévoit également un délai spécial pour les prétentions récursoires, le vendeur disposant de trois mois pour les faire valoir dès le moment où il a rempli ses obligations (§ 933b, al. 1, du *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* [ABGB]). Le droit autrichien prévoit toutefois un délai maximal de cinq ans.

Il s'avère donc qu'un *délai d'action pour le vendeur et tout fournisseur de la chaîne de transactions*, dès le moment où ils ont rempli leurs obligations découlant de la garantie est une option *qu'il faut envisager pour le droit suisse*. Un délai maximal, comme le prévoit le droit au-

trichien, est également envisageable pour limiter dans le temps les possibles actions récursoires. De telles solutions iraient dans le sens des conclusions de l'étude de droit comparé et de l'AIR, qui recommandent toutes deux de régler l'action récursoire<sup>137</sup>.

### 3.8.4 Droit d'action directe contre le producteur

L'idée selon laquelle un *droit d'action direct contre le producteur* constitue une incitation effective à produire des biens durables est défendue dans la doctrine<sup>138</sup>. Cette approche prend en compte le fait que l'influence du producteur ou de la marque sur les choix des consommateurs est plus grande que celle du vendeur. Si une telle action directe était envisagée, proposition est faite de reprendre la définition du producteur prévue à l'art. 2 de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)<sup>139</sup>, qui inclut l'importateur et le cas échéant également le fournisseur<sup>140</sup>. Cette proposition a été analysée et évaluée dans l'étude de droit comparé et dans l'AIR, à l'exemple de l'action directe, institution comparable du droit français. L'étude de droit comparé a relevé les limites d'une telle institution<sup>141</sup>: l'*action directe du droit français*, qui est comme son nom l'indique un droit d'action directe contre le producteur ou tout autre revendeur de la chaîne de transactions, est considérée comme étant de nature contractuelle. Le consommateur ne peut faire valoir que les droits dont le vendeur final dispose contre ses fournisseurs et peut donc se faire opposer les exceptions et objections que ceux-ci auraient contre le vendeur. Le consommateur ne peut de ce fait pas non plus invoquer les droits spécifiquement prévus en droit de la consommation. L'UE a envisagé d'introduire cette action dans le droit européen de la consommation mais y a renoncé. Cette action, telle qu'elle est prévue dans le droit interne français, suppose également l'application de ce dernier, ce qui n'est pas assuré si les fournisseurs ou le producteur se trouvent à l'étranger. Cela impliquerait également, dans ces situations transfrontières, que le consommateur qui bénéficie de cette action agisse contre des acteurs résidant à l'étranger, le cas échéant devant des juridictions étrangères. L'étude de droit comparé et l'AIR ne recommandent donc pas de reprendre cet instrument spécifique au droit français<sup>142</sup> contrairement à l'action récursoire qui est, elle, prévue par les directives européennes.

Le Conseil fédéral est donc d'avis que si des règles spéciales pour l'action récursoire du vendeur sont à envisager, l'idée d'une action directe contre le producteur *ne doit pas être poursuivie*.

### 3.9 Domaine d'application du droit de la garantie et nouvelles règles éventuelles

Les règles du droit suisse de la garantie (art. 197 ss CO, voir ch. 2) valent pour toutes les sortes de contrats de vente et s'appliquent donc tant aux *consommateurs* qu'au *domaine commercial*. Elles sont en grande partie de nature dispositive; en pratique, elles sont donc souvent sujettes à des dérogations<sup>143</sup>. En revanche, la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens et la directive (UE) 2019/770 sur les contenus et services numériques sont des instruments du droit des contrats de consommation et donc de nature impérative<sup>144</sup>. Dans aucun

<sup>137</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 95 et ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 21

<sup>138</sup> ATAMER, RDS 2022 I, p. 300

<sup>139</sup> RS 221.112.944

<sup>140</sup> ATAMER, RDS 2022 I, p. 301

<sup>141</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 32 s

<sup>142</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 95 s. et ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 21

<sup>143</sup> BSK OR I-HONSELL, N 4 ad introduction aux art. 197 à 210

<sup>144</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 7 ss

des pays étudiés dans le présent rapport ces règles n'ont été étendues aux contrats commerciaux<sup>145</sup>.

Comme on l'a évoqué plus haut (ch. 2), lorsque le législateur a repris le délai de garantie prévu par les règles minimales du droit européen, il a également *restreint*, sur le modèle de ce dernier, le *caractère impératif du délai aux contrats de consommation*<sup>146</sup>. Au reste, la Suisse n'a pas de droit du contrat de vente spécialement applicable aux consommateurs. Dans toute la législation, il existe seulement quelques règles spéciales dans des domaines particuliers (par ex. les art. 40a ss CO pour le démarchage à domicile et contrats semblables; l'art. 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale [LCD] sur l'utilisation de conditions commerciales abusives<sup>147</sup>; ou encore les dispositions spéciales de la LRFP, de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait<sup>148</sup> et de la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation<sup>149</sup>).

Les auteurs de l'*AIR* recommandent de conserver la nature générale du droit de la garantie en cas de révision et de ne pas en faire un droit particulier applicable aux consommateurs<sup>150</sup>. Les PME, lorsqu'elles sont dans le rôle d'acheteur, sont selon eux souvent dans une position de faiblesse comparable à celle des consommateurs. Pour préserver l'efficacité des relations juridiques, il doit malgré cela rester possible de déroger aux dispositions légales dans les contrats commerciaux<sup>151</sup>. Ce n'est que dans le *scénario +* que l'*AIR* envisage des règles impératives pour tous types de contrats.

Il serait nécessaire de *réviser* le droit suisse de la garantie de la chose vendue sur les points cités pour *tous les types de contrats* et notamment aussi en relation avec les développements techniques, qu'il ne prend pas en compte aujourd'hui (voir ch. 4). Afin que cette révision puisse déployer ses effets, elle devrait prévoir des règles impératives, au moins en ce qui concerne les contrats de consommation. Du droit impératif est cependant difficilement imaginable dans le *domaine commercial*, qui est régi par la *liberté contractuelle*. Il ne pourrait pas non plus être imposé dans les relations internationales, domaine où règne le *libre choix du droit applicable*. Tant dans l'UE que dans le droit international privé suisse, ce choix n'est restreint qu'en ce qui concerne les contrats avec des consommateurs<sup>152</sup>. De l'avis du Conseil fédéral, il y a donc beaucoup de raisons de réformer la réglementation des prétentions découlant de la garantie dans son ensemble, mais de ne prévoir des *règles impératives que pour les contrats de consommation* – comme c'est aujourd'hui le cas pour le délai de garantie (art. 210, al. 4, CO; voir ch. 3.2.1).

## 4 Produits numériques et produits comportant des éléments numériques

### 4.1 Droit suisse

L'*essor du numérique* dans la société et le quotidien a un fort impact sur la nature des « choses vendues ». De nombreux appareils électroniques ont aujourd'hui des composants numériques et sont *connectés* avec leur environnement, c'est-à-dire avec d'autres appareils (on parle d'*objets connectés* et d'*Internet des objets* ou *IdO*). Il en existe de nombreux

<sup>145</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 14

<sup>146</sup> Pour les débats parlementaires à ce sujet, voir: BO N 2012 40 ss; BO É 2012 66 ss.

<sup>147</sup> RS 241

<sup>148</sup> RS 944.3

<sup>149</sup> RS 221.214.1

<sup>150</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 21

<sup>151</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 21

<sup>152</sup> Art. 116 et 120 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291; art. 3 et 6 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177, p. 6 ss

exemples: une montre qui signale les appels entrants et mesure les mouvements de son utilisateur, un dispositif d'arrosage qui mesure l'humidité du sol et dose la quantité d'eau distribuée, un four qui télécharge une recette et se programme seul pour réaliser le plat. Les livres, les jeux et les morceaux de musique sont aussi souvent achetés sous forme dématérialisée, comme app, livre numérique ou fichier MP3. La nature de ces marchandises a une influence sur les attentes et sur les relations entre les parties au contrat. La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer (art. 184, al. 1, CO). Cet échange singulier entre un bien et une somme d'argent ne correspond pas à la situation dans le cas des produits numériques ou comportant des éléments numériques. Le contrat est donc complété ou remplacé par la promesse de prestations fournies en sus, parfois en continu, par le vendeur ou par un tiers<sup>153</sup>. Sur le plan juridique, dans la plupart des cas, il ne s'agit donc plus, voire plus du tout, d'un *pur contrat de vente*. La jurisprudence et la doctrine ont dégagé les cas de figure suivants:

- La nature juridique d'un contrat de « vente » d'un *système informatique* consistant en une partie logicielle et une partie matérielle se juge selon les circonstances du cas particulier. La livraison contre paiement d'un *logiciel standard* peut revêtir un caractère de contrat de licence, de contrat de vente ou de contrat de bail ou de bail à ferme<sup>154</sup>. Si la relation entre les parties contractuelles se rapproche davantage d'un échange unique que d'un contrat de durée, le Tribunal fédéral part du principe que les normes du droit du contrat de vente s'appliquent<sup>155</sup>.
- Conformément à cette jurisprudence, le droit du contrat de vente devrait aussi s'appliquer aux *contenus numériques* qui sont *définitivement* remis à l'acquéreur pour être utilisé dans *son propre environnement informatique*<sup>156</sup>.
- Pour ce qui est de l'acquisition de contenus numériques tels que des livres, des morceaux de musique, des vidéos ou des jeux, la nature juridique du contrat dépend du cas d'espèce. Si le contenu est *transféré temporairement dans l'environnement informatique* du client, la doctrine considère régulièrement qu'il s'agit de contrats de licence<sup>157</sup>, qui présentent d'évidentes analogies avec le contrat de bail<sup>158</sup>. Si le contenu ne peut être consulté que sur les plateformes du fournisseur, la nature du contrat est controversée: une partie des auteurs de doctrine estiment qu'il s'agit là aussi d'un contrat de licence; d'autres plaident pour l'application des dispositions sur les mandats et sur les contrats d'entreprise, du fait que le vendeur promet une prestation continue et non un transfert de l'usage du bien<sup>159</sup>.
- Quant aux contrats portant sur des logiciels dits « *software as a service* » (contrats SaaS) tels que les *clouds*, ils permettent aux utilisateurs d'accéder régulièrement à l'environnement informatique du fournisseur, qui offre, outre l'accès, l'enregistrement ou la sauvegarde de données<sup>160</sup>. Ici aussi, la doctrine plaide pour une application par analogie des dispositions sur les mandats et sur les contrats d'entreprise et, pour certains, du droit du bail<sup>161</sup>.

Même lorsque le contrat relève du droit du contrat de vente, des incertitudes subsistent quant à l'application des dispositions sur la garantie. Pour que l'acheteur puisse faire valoir un

<sup>153</sup> Voir EGGEN, in: Jusletter du 2 décembre 2019, N 1 ss.

<sup>154</sup> ATF 124 III 456, c. 4.b/bb avec un renvoi à HONSELL, Standardsoftware- und Sachmängelhaftung, p. 314 ss; voir aussi ch. 2.6.

<sup>155</sup> ATF 124 III 456, c. 4.b/bb

<sup>156</sup> EGGEN, RSDA 2021, p. 479

<sup>157</sup> EGGEN, RSDA 2021, p. 480 avec d'autres références

<sup>158</sup> TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, N 7318 ss

<sup>159</sup> EGGEN, RSDA 2021, p. 480 s. avec une vue d'ensemble de la doctrine à ce sujet

<sup>160</sup> EGGEN, PJA 2021, p. 577 ss

<sup>161</sup> EGGEN, RSDA 2019, p. 361 s.



droit à la garantie, il faut que le défaut ait existé au moment du transfert des risques (voir ch. 3.2.1). Si la connexion ou le fonctionnement du logiciel est altéré ultérieurement par des facteurs externes, le défaut ne peut en règle générale pas être reconnu<sup>162</sup>. Certains auteurs veulent que pour les objets connectés, l'on admette l'existence d'un *contrat de connexion* (tacite) soumis par analogie au droit du contrat d'entreprise et engageant le vendeur à assurer la réalisation de la connexion aussi longtemps que le consommateur est autorisé à s'attendre au bon fonctionnement de l'appareil<sup>163</sup>. Cette question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux, si bien que l'on peut considérer qu'il existe une *insécurité juridique* majeure à ce sujet<sup>164</sup>. Il en va de même pour l'acquisition de contenus dématérialisés tels que des livres numériques, étant donné que même la nature juridique du contrat est controversée<sup>165</sup>.

## 4.2 Droit comparé

La *directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens* a instauré une obligation de mise à jour des produits comportant des éléments numériques. Les vendeurs d'objets connectés sont tenus de fournir des mises à jour logicielles gratuites pendant une période qui est celle à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre, afin que les biens restent en état de fonctionner. La directive distingue deux cas de figure:

- lorsque le contrat de vente prévoit une opération de *fourniture unique* du contenu numérique ou du service numérique: le vendeur doit veiller à ce que le consommateur soit informé des mises à jour de sécurité et les reçoive au cours de la période à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard au type et à la finalité des biens et des éléments numériques et compte tenu des circonstances et de la nature du contrat (art. 7, par. 3, let. a, de la directive);
- lorsque le contrat de vente prévoit la *fourniture continue* du contenu numérique ou du service numérique pendant une certaine période: l'obligation de mise à jour persiste pendant toute la durée convenue par contrat (art. 7, par. 3, let. b, en relation avec l'art. 10, par. 2 ou 5, de la directive).

La *directive (UE) 2019/770 sur les contenus et services numériques* prévoit des dispositions similaires concernant le maintien de la conformité des biens et services purement numériques (art. 8, par. 2). Elle règle la garantie pour tous les contrats sur la base desquels ces contenus et services sont transmis ou rendus disponibles, sans préciser la nature juridique desdits contrats<sup>166</sup>.

En *Allemagne*, les nouvelles règles sur les contenus et services numériques ont été intégrées non pas dans le droit des contrats de vente mais dans la partie générale du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB); elles s'appliquent à tous les contrats bilatéraux ou multilatéraux, indépendamment de leur type. Le champ d'application est toutefois limité aux contrats de consommation<sup>167</sup>. Dans d'autres *Etats*, ces dispositions ont été transposées dans des lois spéciales sur

<sup>162</sup> EGGEN, RSDA 2019, p. 366; du même avis, ATAMER/HERMIDAS, PJA 2020, p. 57

<sup>163</sup> EGGEN, RSDA 2019, p. 367 ss

<sup>164</sup> EGGEN, RSDA 2019, p. 371; ATAMER/HERMIDAS, PJA 2020, p. 65 s.; FELLMANN, AIR Complément à l'annexe A: Rapport complémentaire sur le droit suisse, p. 7

<sup>165</sup> EGGEN, RSDA 2021, p. 480 s.

<sup>166</sup> Directive (UE) 2019/770 sur les contenus et services numériques, considérants 18 s.

<sup>167</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 20 et 23 ss

la protection des consommateurs<sup>168</sup> ou dans des lois spéciales applicables aux produits numériques<sup>169</sup>.

### 4.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

Le droit actuel du contrat de vente, qui date du siècle dernier, n'est plus adapté à la situation en cas d'achat d'un produit numérique ou comportant des éléments numériques. Les auteurs de doctrine ne sont pas unanimes quant à la *nature juridique des contrats* d'acquisition ou de mise à disposition de contenus numériques, si bien que *les droits et les obligations* découlant de ces contrats ne sont *pas absolument certains*. Le législateur est donc appelé à trouver rapidement une solution, par exemple en instaurant des règles minimales indépendantes du type de contrat, sur le modèle de la directive (UE) 2019/770 sur les contenus et services numériques<sup>170</sup>.

Il existe également une *insécurité juridique* majeure en ce qui concerne les droits et les obligations liés aux contrats sur les objets connectés. L'AIR a permis de constater que cette insécurité juridique est un *frein à l'efficacité du marché* et entraîne indirectement des coûts supplémentaires pour les entreprises<sup>171</sup>. Ses auteurs préconisent que l'on clarifie la situation juridique en soumettant les contrats d'acquisition de produits comportant des éléments numériques au droit du contrat de vente et aux règles sur la garantie prévue par ce droit, comme le fait la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens<sup>172</sup>. La doctrine demande elle aussi que la réglementation applicable aux objets connectés soit clarifiée, soulignant que cela pourrait libérer le *potentiel inhérent aux nouvelles technologies*<sup>173</sup>. Dans l'UE, la situation est claire en ce sens que le vendeur est considéré comme responsable aussi des éléments numériques nécessaires au bon fonctionnement du produit<sup>174</sup>. Puisque le vendeur est partie au contrat conclu avec l'acheteur, ce dernier peut facilement s'adresser à lui. D'après l'AIR, le vendeur pourra vraisemblablement se retourner contre le fabricant du produit dans la plupart des cas<sup>175</sup>. Il est fort imaginable que, par souci de simplicité, les vendeurs suisses et leurs clients se voient octroyer des droits similaires. Il n'y a donc *pas à attendre de conséquences négatives pour le secteur économique*.

Le Conseil fédéral est en faveur d'un alignement du droit suisse de la garantie sur les règles minimales applicables dans l'UE et l'EEE concernant les produits numériques ou comportant des éléments numériques. Cela permettrait de mettre fin à l'*insécurité juridique* dans ce domaine et d'adapter la réglementation suisse, dépassée de ce point de vue, à la *réalité économique actuelle*.

## 5 Obsolescence programmée

### 5.1 Mandat

Le postulat 18.3248 Marchand-Balet charge le Conseil fédéral « d'établir un rapport sur la situation légale qui encadre l'obsolescence programmée en Suisse, et de dresser un comparatif au niveau international » Il ressort du développement du postulat qu'il s'agit de déterminer

<sup>168</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 26, 35 s. et 53 s.

<sup>169</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 43

<sup>170</sup> EGGEN, RSDA 2021,484; ATAMER/HERMIDAS, PJA 2020, p. 65 ss

<sup>171</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 23

<sup>172</sup> ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse, p. 19

<sup>173</sup> EGGEN, RSDA 2019, p. 371

<sup>174</sup> Directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens, considérant 15

<sup>175</sup> ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 29 ss

si les règles actuelles protègent suffisamment les consommateurs ou si des règles spéciales sur l'obsolescence programmée sont nécessaires, et si d'autres mesures sont à envisager, qui porteraient par exemple sur la durée de la garantie légale ou des indices de réparabilité. Au vu du mandat, qui demande notamment d'envisager des mesures dans le droit de la garantie, la réponse au postulat a été intégrée dans l'examen de la modernisation du droit de la garantie. L'AIR et l'étude de droit comparé commandées par l'administration fédérale ont spécifiquement porté sur la question de l'obsolescence programmée en vue de répondre aux demandes du postulat.

Nous rappelons que le postulat 21.4224 Brenzikofer « Sanctionner juridiquement le raccourcissement délibéré de la durée de vie d'un produit », transmis par le Parlement, et qui a déjà été mentionné au début de ce rapport (voir ch. 1.3), traite également de l'obsolescence programmée

## 5.2 Notion et problématique

### 5.2.1 Notion

La discussion sur l'obsolescence des produits est très actuelle mais n'est pas tout à fait nouvelle. Le Conseil fédéral avait déjà étudié de manière détaillée *la notion d'obsolescence* dans son rapport du 28 novembre 2014 « Optimisation de la durée de vie et de l'utilisation des produits » adopté en réponse au postulat 12.3777 Groupe des Verts « Optimiser la durée de vie et d'utilisation des produits » (ch. 4 du rapport en particulier).

Le rapport distingue diverses formes d'obsolescence. Elles sont représentées dans le schéma ci-dessous. L'on constate tout de suite que l'obsolescence programmée ne constitue *qu'un aspect très particulier* de la problématique de l'obsolescence, qui est beaucoup plus large. Le comportement spécifiquement visé par le postulat est encadré en rouge.

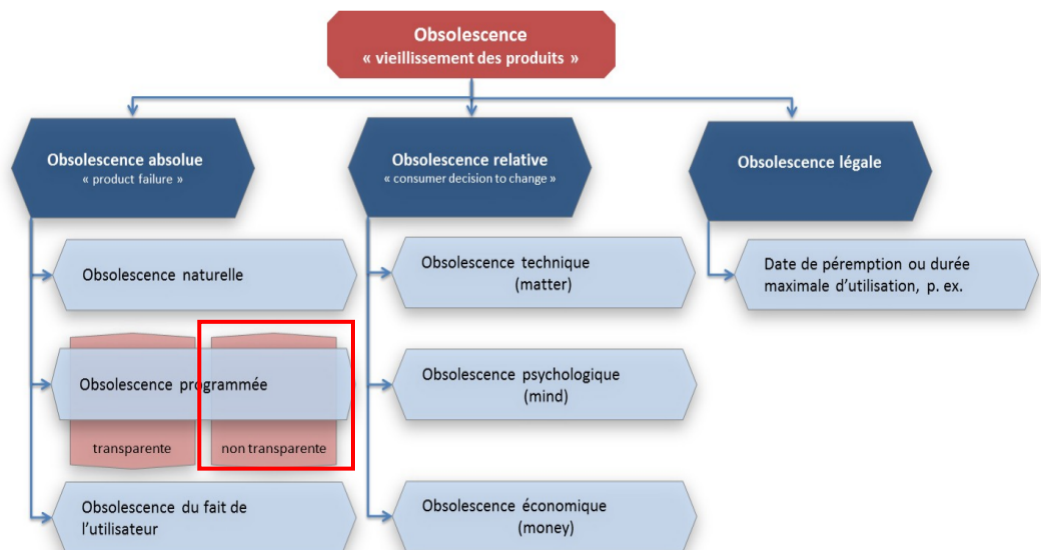


Figure 1: Distinction entre obsolescence absolue, relative et légale<sup>176</sup>

Une distinction de base est faite entre l'obsolescence absolue et relative. Alors que l'obsolescence absolue survient du fait de la durée de vie du produit sur le plan technique, l'obsolescence relative découle d'une décision du consommateur de ne plus utiliser un objet ou de le

<sup>176</sup> Source: rapport du Conseil fédéral du 28 novembre 2014 « Optimisation de la durée de vie et de l'utilisation des produits » adopté en réponse au postulat 12.3777 Groupe des Verts « Optimiser la durée de vie et d'utilisation des produits », p. 6

remplacer alors que celui-ci pourrait techniquement durer plus longtemps<sup>177</sup>. L'obsolescence légale est liée quant à elle à des prescriptions légales.

### 5.2.2 Problématique

L'obsolescence programmée telle que décrite dans le postulat 18.3248 Marchand-Balet est une forme d'obsolescence absolue, car elle intervient à la fin de la durée de vie technique du produit. Elle est toutefois « programmée » et donc *voulue par le fabricant*. Le problème ne découle toutefois pas de ce simple fait. Tout produit est en effet conçu pour avoir une certaine qualité et durer un certain temps en fonction de l'usage prévisible qui en sera fait, si bien qu'une telle décision est inévitable.

La problématique de l'obsolescence programmée va plus spécifiquement se situer au niveau des motivations de la décision du fabricant. Ce dernier peut en effet avoir des *raisons objectives de limiter la durée d'utilisation* de certains biens ou composants: une marche arrière sur une voiture est prévue pour une distance de quelques kilomètres, car une distance égale à celle des autres vitesses ne fait pas de sens; une perceuse pour un usage amateur est conçue pour une utilisation moyenne prévisible de 11 minutes, contrairement à une perceuse destinée aux professionnels<sup>178</sup>. Il est donc légitime d'adapter la qualité à l'usage prévisible qui sera fait du bien, sans quoi celui-ci serait bien plus onéreux et ne répondrait pas aux attentes des acheteurs. Le fabricant peut ensuite concevoir des produits de moindre qualité, jetables ou dont la durée de vie est brève, et l'annoncer de manière transparente (obsolescence programmée transparente)<sup>179</sup>. L'acheteur sait alors à quoi s'en tenir et effectue un choix conscient qui correspond à ses besoins et à son budget.

Le problème décrit par le postulat 18.3248 Marchand-Balet ne se pose que si l'obsolescence programmée est *cachée*. La durée de vie réelle est donc réduite par rapport à une durée de référence qui peut être promise, raisonnablement attendue par le consommateur ou encore objectivement déterminable. Il y a par conséquent dans le comportement du fabricant une volonté de réduction qui sera dissimulée, et qui comprend donc un *élément de tromperie* du consommateur. Le postulat se réfère à une définition qui correspond à cette notion. L'obsolescence programmée est en effet décrite comme « une stratégie industrielle qui trompe le consommateur » ou « une stratégie qui vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit ». L'autre élément de la définition est que la réduction de la durée de vie s'insère dans une *stratégie commerciale*: elle vise à pousser le consommateur à un achat prématuré d'un nouveau bien pour augmenter le taux de remplacement du produit.

Au vu de cette définition et de la problématique générale d'une durée d'utilisation optimale des biens de consommation, une *double délimitation* doit être mise en évidence. Tout d'abord, l'obsolescence programmée dont il est question ici est à distinguer de *choix conscients et transparents du fabricant*, qui peut avoir des raisons objectives de prévoir une durée de vie limitée pour le produit ou pour certains de ses composants ou qui peut faire le choix conscient de produire une ligne bas de gamme. Ensuite, l'obsolescence programmée visée ici est un état de fait très particulier qui *n'épuise de loin pas toute la problématique de l'obsolescence*. L'on songe en particulier à l'obsolescence relative, qui résulte d'une décision du consommateur. La décision peut avoir une motivation technique (obsolescence technique), le consommateur souhaitant acquérir un modèle plus récent qui est plus performant, ou alors

<sup>177</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3777, p. 6

<sup>178</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3777, p. 7

<sup>179</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3777, p. 6 s.

une motivation purement subjective (obsolescence psychologique), le consommateur considérant par exemple que son produit est passé de mode<sup>180</sup>. Ces types d'obsolescence, tout aussi importants dans l'optimisation de la durée de vie et d'utilisation des biens, ne sont pas du tout visés et appellent d'autres mesures. Il se peut par contre que ces autres mesures fassent barrage à des stratégies d'obsolescence programmée: la conception de biens durables ou des indications sur la durabilité peuvent empêcher le déploiement de telles stratégies<sup>181</sup>.

### 5.3 Régime juridique

La réduction intentionnelle de la durée de vie d'un produit peut être appréhendée par *différentes règles*: si le produit ne présente pas la qualité promise dans le contrat, il relève de la garantie pour défauts ou de la responsabilité contractuelle et, s'il n'offre pas le niveau de sécurité requis, il relève de la responsabilité du fait des produits; de plus, le comportement même du fabricant pourrait constituer un acte de concurrence déloyale ou relever du droit pénal (escroquerie) et engager par là même la responsabilité délictuelle du fabricant si un acte illicite est avéré<sup>182</sup>.

#### 5.3.1 Droit suisse

##### 5.3.1.1 Garantie pour défauts, responsabilité du fait des produits

Si la stratégie d'obsolescence programmée du fabricant a pour résultat que le bien est défectueux au sens de l'art. 197 CO, le vendeur est tenu à garantie aux conditions des art. 197 ss CO. Ainsi, une qualité promise par le vendeur ou une qualité à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre de bonne foi doivent manquer au moment du transfert des risques (art. 185 CO), soit lors de la conclusion du contrat, de l'individualisation de la chose de genre ou de l'expédition si celle-ci est convenue. La qualité attendue doit en outre, selon l'art. 197, al. 1, CO, diminuer notablement la valeur ou l'utilité prévue (voir ch. 3.2.1). A noter que le *dol du vendeur*, soit le fait de donner de fausses indications sur la chose vendue ou de dissimuler des faits que la bonne foi exige de signaler<sup>183</sup>, a plusieurs conséquences sur le régime de la garantie, notamment le fait que le vendeur ne pourra plus se prévaloir d'un avis de défaut tardif (art. 203 CO), ni du délai de prescription de deux ans (art. 210, al. 6, CO), ni de clauses qui excluent ou restreignent la garantie (art. 199 CO). Le dol doit être prouvé par l'acheteur<sup>184</sup>.

Par ailleurs, le fabricant ou l'importateur pourront également engager leur responsabilité sur la base des règles prévues dans la *LRFP*. Toutefois, selon ces règles, un défaut n'existe que si le bien « n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances... » (art. 3, al. 1, LRFP). Dans ce cadre également, la réparation se limite au dommage qui découle de la mort d'une personne ou de lésions corporelles, ou bien aux dommages matériels causés aux choses destinées principalement à un usage privé (art. 1, al. 1, let. a et b, LRFP). Le dommage causé au produit défectueux lui-même n'est pas couvert (art. 1, al. 2, LRFP).

Si la stratégie d'obsolescence est mise en place *avant la vente du produit*, il n'est pas exclu que la *responsabilité contractuelle* du vendeur ou la *responsabilité délictuelle* du fabricant

<sup>180</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3777, p. 6 s. Voir aussi, sur les différents types d'obsolescence, HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 86 s.

<sup>181</sup> Voir à ce sujet le projet et le rapport du 2 novembre 2022 de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national, mettant en œuvre l'initiative parlementaire 20.433 « Développer l'économie circulaire en Suisse », en particulier les art. 30a et 35i; voir aussi plus haut le ch. 1.3.

<sup>182</sup> Voir, pour un aperçu, HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 87

<sup>183</sup> ATF 131 II 145, c. 8.1

<sup>184</sup> *Ibid.*

puissent être engagées<sup>185</sup>. Une information sur une imprimante qui indique à tort que les cartouches d'encre sont vides dans le seul but de les faire changer plus souvent pourra être constitutive d'un défaut, si l'imprimante était programmée ainsi au moment de la vente et si cet état de fait peut être démontré. Le défaut engage la responsabilité du vendeur même si ce dernier ne le connaissait pas. Par contre, le dol et les implications qu'il a pour le régime de la garantie supposent que le vendeur a connaissance de la stratégie d'obsolescence programmée mise en place par le fabricant. Le fait de l'obsolescence programmée comme sa connaissance par le vendeur doivent être prouvés par l'acheteur, ce qui constitue un grand obstacle à la réalisation de ces droits<sup>186</sup>.

Les actes d'obsolescence programmée qui interviennent *après la vente*, en particulier par le biais de modifications logicielles qui péjorent le fonctionnement du bien, ne tomberont par contre *pas sous le coup de la garantie*. Ces actes relèvent en effet du fabricant et non du vendeur, ce dernier n'encourant pas de responsabilité contractuelle de ce fait<sup>187</sup>, et ils interviennent de toute manière après le transfert des risques. Le vendeur ne pourra avoir à en répondre que si le bon fonctionnement du bien vendu sur la durée a fait l'objet d'un *engagement contractuel spécifique de sa part*, engagement contractuel d'autant plus nécessaire que le droit suisse n'inclut pas d'obligation légale de mise à jour pour le vendeur, comme le fait la directive (UE) 2019/771 sur les contenus et les services numériques (voir ch. 4.2).

La garantie du vendeur ou la responsabilité du producteur peuvent donc intervenir suivant les cas, mais elles *ne se rapportent pas directement* à la décision même de mettre en place une stratégie d'obsolescence programmée, qui sera le fait du producteur. Ce comportement, indépendamment d'un achat particulier, sera bien mieux appréhendé par les règles du droit pénal et encore plus spécifiquement par les règles sur la concurrence déloyale.

### 5.3.1.2 Droit pénal

#### a) Escroquerie

L'élément de tromperie qui caractérise l'obsolescence programmée pourra relever de l'*escroquerie* (art. 146 du code pénal [CP]<sup>188</sup>). Cette disposition punit celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, induit astucieusement en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou la conforte astucieusement dans son erreur et, de la sorte, détermine la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers.

Toute tromperie en matière commerciale n'est cependant pas une escroquerie au sens de cette norme. Le code pénal précise qu'elle *doit être « astucieuse »*. La jurisprudence du Tribunal fédéral définit l'astuce ainsi: l'astuce est réalisée lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une tricherie, ou bien encore lorsqu'il donne simplement de fausses informations, s'il est impossible ou particulièrement difficile de les vérifier, que la vérification ne peut raisonnablement être exigée, ou qu'il dissuade la dupe de les vérifier, ou s'il table, en fonction des circonstances, sur le fait que la dupe renoncera à les vérifier en raison d'un rapport de confiance particulier<sup>189</sup>. L'hypothèse où le producteur induit *activement* l'acheteur en erreur est un cas de figure. Il faut alors examiner s'il a agi *par*

<sup>185</sup> Dans ce sens pour la garantie du vendeur, ATAMER, RDS 2022 I 285, p. 309

<sup>186</sup> Voir RUSCH, recht 2012, p. 178 s. et ci-dessus ch. 2.3.

<sup>187</sup> ATAMER, RDS 2022 I, p. 285 et 309

<sup>188</sup> RS 311.0

<sup>189</sup> ATF 142 IV 153, c. 2.2.2; 135 IV 76, c. 5.1

*astuce*, par exemple parce que le consommateur n'avait pas les moyens de vérifier les informations erronées, ou n'aurait pu le faire qu'à grand peine. Si tel est bien le cas, notamment parce que seul un expert aurait eu les connaissances nécessaires pour analyser ces informations, il y a tromperie astucieuse.

Ce qui caractérise l'obsolescence programmée relevant de l'escroquerie est le fait que le producteur la taise. En ce cas, il faut d'abord déterminer si l'on peut attribuer à l'offre faite par le producteur dans les relations sociales une valeur de déclaration concernant la qualité ou la durabilité du produit. La tromperie au sens de l'art. 146 CP peut aussi être tacite, lorsque l'auteur n'a pas proféré d'allégation fallacieuse mais a induit la représentation erronée des faits par son comportement<sup>190</sup>. Par exemple, un producteur qui demande le prix usuel pour une marchandise laisse entendre que celle-ci est de qualité moyenne. Ce sont les conventions sociales qui déterminent dans quelle mesure un comportement a valeur de déclaration. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait qu'un vendeur ne commercialise pas en connaissance de cause un bien de moindre valeur au prix d'un bien haut de gamme relève de l'expérience générale de la vie. Les ouvrages de doctrine citent des arrêts du Tribunal fédéral portant sur une tromperie quant au degré de pureté de drogues. Concrètement, il s'agit de cas où de l'héroïne plus coupée que d'ordinaire avait été vendue au prix usuel. Les acheteurs avaient été tacitement trompés<sup>191</sup>. Ces cas sont toutefois rares, car la doctrine et la jurisprudence s'en tiennent à une stricte exigence de la valeur de déclaration.

Si l'élément de la valeur de déclaration n'est pas réalisé, il reste possible que l'escroquerie ait été commise *par omission*. L'infraction par omission requiert *une position de garant*, caractérisée par une obligation d'agir (art. 11, al. 2, CP). La position de garant peut découler de la loi ou du contrat. Toutefois, toute obligation d'agir légale ou contractuelle ne fonde pas une position de garant. Il ne peut y avoir escroquerie par omission que si l'auteur a une responsabilité accrue ou s'il avait un devoir légal d'agir particulièrement qualifié sur le plan matériel. Une omission astucieuse ne pourrait donc avoir lieu tout au plus que s'il avait une position de confiance particulière telle, que la dupe escompte à bon droit qu'une éventuelle erreur de sa part sera rectifiée<sup>192</sup>. Le producteur n'a en général pas une telle position de garant et ne peut donc commettre d'escroquerie par omission.

*D'autres conditions encore* doivent être remplies pour qu'il y ait escroquerie. Il faut notamment que des intérêts pécuniaires aient été lésés. Tel est le cas lorsque la valeur globale du patrimoine de la victime est effectivement diminuée – par accroissement du passif ou diminution de l'actif – une fois accomplie la décision en matière de patrimoine reposant sur l'erreur induite<sup>193</sup>. Dans le contexte de l'obsolescence programmée, où une prestation et une contre-prestation sont échangées, les intérêts pécuniaires sont lésés lorsque la prestation n'est pas compensée par la contre-prestation. Si toutes les deux sont objectivement de même valeur, le préjudice naît du fait que la contre-prestation ne correspond pas aux besoins individuels de la dupe et qu'elle ne peut l'utiliser aux fins qu'elle poursuit<sup>194</sup>. L'existence d'un préjudice aux intérêts pécuniaires de la victime doit être appréciée en fonction des circonstances du cas d'espèce.

---

<sup>190</sup> ATF 147 IV 73, c. 3.1

<sup>191</sup> Sur l'ensemble de la question, voir STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, § 15 N 14 avec d'autres références; ATF 111 IV 55, c. 2b; 117 IV 139, c. 1.

<sup>192</sup> ATF 140 IV 11, c. 2.3.2 et 2.4.2 avec d'autres références

<sup>193</sup> ATF 147 IV 73, c. 6

<sup>194</sup> Arrêt du TF 6B\_316/2009 du 21 juillet 2009, c. 3.2; voir aussi STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, § 15 N 49 ss; Donatsch, Strafrecht III, p. 241 ss.

Les propos qui précèdent montrent qu'il serait sans doute difficile d'accuser les fabricants d'escroquerie lorsqu'ils pratiquent l'obsolescence programmée, à moins qu'eux et les vendeurs fassent valoir expressément des qualités particulières du produit de manière mensongère.

#### b) Dommages à la propriété

Outre l'escroquerie, on peut aussi envisager d'invoquer la norme pénale sur les dommages à la propriété (art. 144 CP). Selon l'al. 1 de cet article, est punissable, sur plainte, quiconque endommage, détruit ou met hors d'usage une chose appartenant à autrui ou frappée d'un droit d'usage ou d'usufruit au bénéfice d'autrui. Tant la doctrine<sup>195</sup> que la jurisprudence<sup>196</sup> interprètent cette disposition dans un sens large, de sorte à comprendre toute modification de l'état d'une chose comme dommage à la propriété dès lors que l'ayant droit en voit ses intérêts légitimes touchés et ne peut pas rétablir l'état antérieur sans effort notable. Il n'est pas nécessaire qu'il ait subi un dommage pécuniaire. La notion de *participation en qualité d'auteur médiateur* pourrait également s'appliquer, en ce sens que le fabricant, par exemple, incite l'ayant droit, par de fausses indications, à se débarrasser d'un objet qui est encore en état de fonctionnement en le détruisant ou en le remplaçant. Sur le plan subjectif, les dommages à la propriété doivent être intentionnels. Cela comprend le fait de savoir et de vouloir que la chose soit au final détériorée ou détruite. Le dol éventuel est suffisant.

#### 5.3.1.3 Concurrence déloyale

Dans le cas où tous les éléments constitutifs de l'escroquerie ne seraient pas réunis, parce que la tromperie repose sur un simple mensonge ou que les intérêts pécuniaires de l'acheteur ne sont pas lésés, on pourrait recourir à *certaines dispositions de la LCD sanctionnées pénalement*, plus particulièrement celles qui portent sur la tromperie à la clientèle (par ex. l'art. 3, al. 1, let. b et i). Elles permettent de réprimer des comportements illicites *subsidièrement à la norme pénale sur l'escroquerie*. Il est aussi possible qu'un même auteur se rende coupable à la fois d'un acte déloyal au sens de la LCD et d'une escroquerie au sens du CP. Il n'est pas encore clair, en ce cas, si ces deux infractions sont en concours parfait ou imparfait<sup>197</sup>. En tout état de cause, jusqu'à présent, c'est bien sur la base de la LCD que des actions contre des faits d'obsolescence programmée ont été portées devant les tribunaux en Suisse.

L'association « Noops » (No Obsolescence Programmée Suisse) a en effet déposé, le 19 mars 2018, une *plainte pénale* à Genève contre la société Apple pour « ...avoir programmé l'obsolescence de ses appareils téléphoniques (...), en mettant à disposition des utilisateurs, dès le mois de mars 2017, la mise à jour d'un logiciel d'exploitation qui avait pour effet de ralentir les performances des batteries des appareils »<sup>198</sup>. Le ministère public genevois a prononcé une ordonnance de non-entrée en matière sur la plainte. L'association a recouru contre cette décision jusqu'au Tribunal fédéral.

L'association a invoqué la *violation de la LCD*. Selon l'art. 3, let. b, LCD, celui qui donne des indications inexactes ou fallacieuses sur ses marchandises agit de façon déloyale. Agit de la même façon celui qui trompe la clientèle en faisant illusion sur la qualité, les possibilités d'utilisation ou l'utilité de marchandises, ou en taisant les dangers qu'elles présentent (art. 3,

<sup>195</sup> Sur l'ensemble de la question, voir PHILIPPE WEISSENBERGER in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2019, N 20 ss et 73 ad art. 144 avec d'autres références; DONATSCH, Strafrecht III, p. 183.

<sup>196</sup> ATF 115 IV 36, c. 2

<sup>197</sup> Sur l'ensemble de la question, voir BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, N 47 s. ad art. 23.

<sup>198</sup> Cour de Justice du canton de Genève, Chambre pénale de recours, arrêt du 4 mars 2019, ACPR/166/2019, En fait, let. B



let. i, LCD). Selon l'art. 23, al. 1, LCD, quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 5 ou 6 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Celui qui a qualité pour agir sur le plan civil selon les art. 9 et 10 LCD peut porter plainte (art. 23, al. 2, LCD). Les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs ont qualité pour agir sur le plan civil (art. 10, al. 2, let. b, LCD) et donc également sur le plan pénal.

L'*autorité de recours genevoise* a dénié une importance nationale ou régionale à la Noops, association qui venait d'être créée suite aux faits incriminés<sup>199</sup>. Elle a toutefois examiné sur le fond le bien-fondé de l'ordonnance de non-entrée en matière du ministère public. Il *écarte une violation de l'art. 3 LCD, car le groupe n'a pas donné d'indications inexactes ou fallacieuses* « sur les performances de ses batteries de téléphone au moment de lancer le logiciel décrié par la recourante », il « n'a pas vanté ni promis de vitesse d'exécution particulière » lorsqu'il a présenté les caractéristiques de la mise à jour proposée et, enfin et surtout, « il n'avait aucun devoir d'information spontanée (...) sur les prestations amoindries qui résulteraient de la mise à jour informatique proposée au printemps 2017 »<sup>200</sup>. Le tribunal ajoute que la mise à jour n'était pas obligatoire pour le consommateur, qu'un fabricant n'a pas à faire état spontanément des imperfections de ses produits vis-à-vis de ses concurrents et que les appareils continuaient à fonctionner même si la durée de charge de la batterie était diminuée<sup>201</sup>. Le *Tribunal fédéral* a quant à lui *déclaré irrecevable* le recours contre cette décision cantonale, car l'association, en tant que partie plaignante, n'avait pas de motif de recours valable selon l'art. 81, al. 1, let. a et b, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral<sup>202</sup>, ni ne pouvait se plaindre d'une décision d'irrecevabilité, que la cour cantonale n'avait pas prononcée<sup>203</sup>.

#### 5.3.1.4 *Appréciation générale du droit suisse en vigueur*

Des comportements de fabricants relevant de l'obsolescence programmée *peuvent donc être appréhendés par le droit en vigueur*, en particulier par les règles de la LCD. Cette loi offre des possibilités de recours ou de plainte non seulement aux simples particuliers mais également aux associations (art. 10, al. 2, LCD), et notamment aux organisations de protection des consommateurs d'importance régionale ou nationale (art. 10, al. 2, let. b, LCD). Dans certains cas, la Confédération, représentée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), peut également agir, lorsqu'elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public et si des intérêts collectifs sont menacés ou subissent une attente (cf. l'art. 10, al. 3, LCD et l'ordonnance du 12 octobre 2011 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale<sup>204</sup>).

Les possibilités offertes par le droit en vigueur *n'ont pas été totalement épuisées*. En particulier, la conclusion à laquelle arrive la cour cantonale dans l'affaire exposée ci-dessus ne présente pas le caractère d'une décision de référence ni ne fonde une jurisprudence établie, et ce pour plusieurs raisons.

<sup>199</sup> Cour de Justice du canton de Genève, Chambre pénale de recours, arrêt du 4 mars 2019, ACPR/166/2019, c. 2.1 et 2.2

<sup>200</sup> Cour de Justice du canton de Genève, Chambre pénale de recours, arrêt du 4 mars 2019, ACPR/166/2019, c. 3.3

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> RS 173.110

<sup>203</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 6B\_437/2019 du 4.8.2019, c. 1.3

<sup>204</sup> RS 241.3

Tout d'abord, cette décision *reste isolée* en l'absence d'autres décisions cantonales et sans décision du Tribunal fédéral confirmant son interprétation. L'interprétation faite est également *particulièrement stricte*<sup>205</sup>, notamment du fait qu'elle se limite aux indications expresses faites par le fabricant et exclut tout devoir de déclaration spontanée, ce qui ne correspond pas à la position de la jurisprudence cantonale et d'une partie de la doctrine<sup>206</sup>.

Les allégations auxquelles se réfère l'art. 3, al. 1, let. b, LCD peuvent en effet revêtir n'importe quelle forme et la communication au client *peut résulter d'omissions* dont le public moyen tire raisonnablement des conclusions<sup>207</sup> (notamment lorsque le destinataire pouvait s'attendre à être informé sur une telle circonstance<sup>208</sup>). L'art. 3, al. 1, let. b, LCD peut ainsi imposer un devoir d'information qui rend le silence déloyal<sup>209</sup>. La jurisprudence admet qu'il y a également une telle obligation par exemple lorsque la dissimulation *équivaut à une tromperie active par acte concluant*, en particulier lorsque le destinataire des informations obtient une fausse image globale en cas d'informations incomplètes. En d'autres termes, chaque fois que l'auteur de la tromperie crée, par son propre comportement actif (par ex. informations incomplètes), une idée non conforme aux faits chez le destinataire, il est tenu, selon les règles de la bonne foi dans les relations commerciales, à une obligation d'information. Cette obligation peut donc au moins exister lorsque l'auteur ne s'oppose pas à la formation ou au risque de formation (qu'il a reconnu ou aurait dû reconnaître) d'une idée fausse chez le destinataire<sup>210</sup>.

Pour ce qui concerne l'art. 3, al. 1, let. i, LCD – lequel interdit la dissimulation notamment des qualités effectives d'une marchandise, œuvre ou prestation – l'illusion ainsi créée peut aussi se rapporter aux possibilités d'utilisation et à l'utilité (définie comme l'ensemble des propriétés positives) de la prestation. Dans ces cas, la déloyauté du comportement visé suppose alors que les attentes raisonnables d'un client moyen quant à l'utilité de la prestation soient déçues<sup>211</sup>. Celui qui propose la prestation aurait donc aussi dans ce cas un devoir d'information dont l'étendue est fonction des attentes du public moyen, à savoir de la conception commerciale générale<sup>212</sup>. Le risque abstrait d'une erreur est à cet égard suffisant<sup>213</sup>. On peut par exemple citer les cas où des informations importantes concernant la prestation offerte ne sont pas fournies du tout ou sont fournies de telle manière que leur importance ou leur étendue n'est pas perçue comme correspondant aux faits<sup>214</sup>.

L'argument de l'autorité de recours genevoise tiré de la concurrence économique ne tient en outre pas compte du fait que la LCD  *vise également la protection des consommateurs* (voir art. 2 LCD) et semble mettre à la même enseigne des imperfections qui sont constitutives du produit dès sa conception et une péjoration des prestations de l'appareil par rapport à celles qui prévalaient au moment de l'achat.

<sup>205</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 91

<sup>206</sup> Arrêts du Tribunal de commerce de Saint-Gall HG.1999.54 et HG.1999.55 du 25.2.2005, c. 13.2; OFK/UWG-HEINZMANN, N 11 ad art. 3, let. i, LCD et références; également CS-JUNG, N 71 ad art. 3, al. 1, let. b, LCD

<sup>207</sup> CR LCD-KUONEN, N 26 ad art. 3, al. 1, let. b, et références citées

<sup>208</sup> BSK UWG-BERGER, N 16 ad art. 3, al. 1, let. b

<sup>209</sup> CR LCD-KUONEN, N 26 ad art. 3, al. 1, let. b, et références citées

<sup>210</sup> Arrêts du Tribunal de commerce de Saint-Gall HG.1999.54 et HG.1999.55 du 25.2.2005, c. 13.1.3.8; dans le même sens, CS-JUNG, N 71 ad art. 3, al. 1, let. b, LCD

<sup>211</sup> CR LCD-KUONEN, N 12 et 15 ad art. 3, al. 1, let. i

<sup>212</sup> OFK/UWG-HEINZMANN, N 11 ad art. 3, al. 1, let. i, LCD; CR LCD-KUONEN, N 21 ad art. 3, al. 1, let. i

<sup>213</sup> CR LCD-KUONEN, N 22 ad art. 3, al. 1, let. i

<sup>214</sup> Arrêts du Tribunal de commerce de Saint-Gall HG.1999.54 et HG.1999.55 du 25.2.2005, c. 13.2, c; OFK/UWG-HEINZMANN N 11 ad art. 3, let. i, LCD et références; également, CS-JUNG, N 71 ad art. 3, al. 1, let. b

Il n'est de plus pas évident, s'agissant de téléphones portables, qu'un ralentissement des prestations ou une durée de charge plus courte de la batterie puissent être considérés comme étant sans conséquences pour l'utilisateur par rapport à l'ensemble des prestations de l'appareil. Le consommateur moyen ne s'attend pas à ce que la mise à jour d'un logiciel d'exploitation – qui devrait donc bénéficier à son appareil – ait au contraire pour effet de ralentir les performances des batteries. L'image que se fait le consommateur d'une telle mise à jour pourrait être faussée par les indications incomplètes reçues et il n'est donc pas exclu que l'auteur soit dans l'obligation de fournir explicitement ces informations. De plus, une durée de vie réduite de la batterie (et par conséquent aussi du téléphone même) peut porter atteinte au rendement de l'appareil et donc à son utilité raisonnablement attendue par le consommateur moyen.

### 5.3.2 Droit comparé

L'approche qui prévaut *dans la plupart des Etats* pour sanctionner juridiquement des comportements relevant de l'obsolescence programmée consiste à *se fonder sur les règles générales en vigueur*<sup>215</sup>. Elle est donc similaire à la situation juridique actuelle en Suisse. Si les règles de droit pénal entrent en ligne de compte, les règles sur la concurrence déloyale sont aussi spécifiquement concernées. Les autres fondements juridiques sont la responsabilité délictuelle, la responsabilité contractuelle et la responsabilité du fait des produits.

Une *série d'actions et de plaintes* ont ainsi été introduites dans plusieurs pays sur la base des règles générales. L'autorité de la concurrence et de la surveillance des marchés *italienne* a ainsi condamné Apple et Samsung en 2018 pour avoir bridé les performances de leurs téléphones plus anciens à l'occasion de mises à jour, sans en avoir informé les consommateurs et sans avoir offert d'alternatives pour maintenir les performances d'origine<sup>216</sup>. Les amendes se sont élevées à 5 millions d'euros pour ce fait-là, Apple ayant dû payer 5 millions d'euros supplémentaires pour un autre acte déloyal. L'appel déposé par Apple contre la décision, auprès du tribunal administratif de Lazio a été rejeté en 2020<sup>217</sup>. Des *actions de groupe* au civil ont par ailleurs été intentées pour que Apple indemnise les consommateurs concernés et ce, en *Italie*, mais également en *Belgique*, en *Espagne* et au *Portugal*<sup>218</sup>. L'indemnité demandée est de 60 euros par consommateur concerné. Les actions sont encore en cours.

La *France* a quant à elle adopté une voie particulière, puisqu'elle a introduit *une interdiction spécifique de l'obsolescence programmée* dans son code de la consommation, assortie de sanctions pénales. L'art. L 213-4-1, en vigueur dès le 19 août 2015, prévoyait ainsi à son al. 1 que « l'obsolescence programmée se définit par l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement ». Les al. 2 et 3 prévoyaient des sanctions pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende, celle-ci pouvant être portée à 5 % du chiffre d'affaires moyen annuel. Cette version initiale a été révisée: l'interdiction prévue à l'al. 1 a été reprise à l'art. L 441-2 et les sanctions à l'art. L 454-6 du code de la consommation. La nouvelle version est en vigueur depuis le 17 novembre 2021. Le *texte actuellement en vigueur* prévoit ainsi qu'« est interdite la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques, y compris logicielles, par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de

<sup>215</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 87 s.

<sup>216</sup> Autorità della Concorrenza e del Mercato, 25 septembre 2018, PS 11009 ET 110329, voir communiqué de presse du 24 octobre 2018, <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/10/PS11009-PS11039>, consulté le 9.1.2022. Voir aussi HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 90.

<sup>217</sup> Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I, Sentenza 29 maggio 2020, n. 5736, voir <https://www.consumatori.it/news/obsolescenza-tar-conferma-multa-apple/>, consulté le 9.1.2023

<sup>218</sup> <https://www.euroconsumers.org/activities/apple-class-action-lawsuits>, consulté le 9.1.2023

vie ». La modification essentielle est *l'abandon de la condition relative à l'intention d'augmenter le taux de remplacement*. Cette condition était en effet, de l'avis du législateur français, excessivement difficile à prouver, rendant la disposition inefficace<sup>219</sup>. L'autre modification a consisté à inclure explicitement le recours à des techniques logicielles. Au niveau de l'exécution, une spécificité française consiste dans la possibilité pour l'autorité administrative compétente, la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)* de saisir les autorités pénales et, pour celles-ci, de saisir la DGCCRF d'une plainte afin que cette dernière mène une enquête<sup>220</sup>.

Plusieurs plaintes pour obsolescence programmée ont été déposées en France depuis 2015<sup>221</sup>:

- contre X. et notamment Epson concernant l'indication prématurée que les cartouches d'encre sont vides ou que les tampons d'absorption d'encre sont en fin de vie;
- contre Apple concernant le ralentissement des performances d'anciens modèles d'iPhone;
- contre Nintendo concernant des joysticks suspectés d'être conçus de sorte à devenir inutilisables peu après l'achat.

La première plainte citée n'a pas encore été jugée<sup>222</sup>, la seconde a donné lieu à une transaction avec Apple qui a versé une amende de 25 millions d'euros pour pratique commerciale trompeuse par omission<sup>223</sup>, et sur la troisième, la procédure est encore en cours<sup>224</sup>.

Une *nouvelle plainte* a en outre été déposée le 7 décembre 2022 contre Apple en raison de la sérialisation ou appariement de pièces, « qui consiste à associer les numéros de série des composantes et périphériques d'un produit à celui de l'iPhone via notamment des micro-puces »<sup>225</sup>. Cette pratique est *suspectée d'avoir empêché, dans une série de cas documentés, la réparation par des réparateurs indépendants*. Les logiciels de l'appareil, ou parfois une mise à jour, empêchent son fonctionnement une fois doté de pièces de rechange utilisées par ces réparateurs, même si ces pièces sont identiques à celles d'origine.

Il est notable que, lors du *processus législatif* de révision de la norme interdisant l'obsolescence programmée, la DGCCRF a indiqué aux rapporteurs de la commission sénatoriale *qu'aucune affaire n'a pu être menée sur la base de l'art. L 441-2*, qui règle spécifiquement l'obsolescence programmée<sup>226</sup>. La base légale qui a servi de fondement pour agir dans des cas potentiels d'obsolescence programmée était l'interdiction générale de pratiques commerciales trompeuses. Ce fut notamment le cas de la première affaire menée contre l'entreprise Apple. La seconde affaire concernant cette entreprise, introduite en 2022, ne se fonde égale-

<sup>219</sup> Voir Sénat n° 242, Rapport fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable sur la proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, par MM. Guillaume Chevrollier et Jean-Michel Houllégatte, 16 décembre 2020, p. 13 s. et 29 ss. Cette solution, finalement retenue dans le texte définitif, a été préférée au renversement du fardeau de la preuve proposé par le gouvernement dans son projet de loi.

<sup>220</sup> HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 90

<sup>221</sup> Voir HESELHAUS/FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé, p. 89 s.

<sup>222</sup> <https://www.halteobsolescence.org/la-plainte-contre-epson-deposee-par-hop-va-t-elle-devenir-obsolete/>, consulté le 6.1.2023

<sup>223</sup> Communiqué de la DGCCRF, 7.2.2020, <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/transaction-avec-le-groupe-apple-pour-pratique-commerciale-trompeuse>, consulté le 6.1.2023

<sup>224</sup> <https://www.quechoisir.org/nos-combats-switch-nintendo-l-ufc-que-choisir-denonce-l-obsolescence-programmee-des-manettes-joy-cons-n72823/>, consulté le 6.1.2023

<sup>225</sup> <https://www.halteobsolescence.org/nouvelle-plainte-de-hop-contre-apple-pour-obsolescence-programmee-et-entraves-a-la-reparation/>, consulté le 9.1.2022

<sup>226</sup> Rapport du 16 décembre 2020, Sénat n° 242, 30. La DGCCRF a indiqué aux rapporteurs de la commission sénatoriale que « tous les dossiers que la DGCCRF a instruits n'ont pu être menés à bien sur ce fondement juridique, faute de réunir les éléments suffisants permettant de caractériser le délit d'obsolescence programmée et ont dû être requalifiés en pratique commerciale trompeuse ».

ment pas sur la nouvelle mouture de l'art. L 441-2, mais sur l'interdiction générale des pratiques commerciales trompeuses et sur de nouvelles normes spécifiques qui sanctionnent les entraves à la réparation et au reconditionnement<sup>227</sup>.

Au niveau de l'UE enfin, la Commission européenne a publié, en date du 30 mars 2022, une *proposition de directive* introduisant des obligations nouvelles en matière de durabilité, de réparabilité, d'écoblanchiment et d'obsolescence programmée<sup>228</sup>. Sur ce dernier point, la proposition de directive envisage de modifier la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales<sup>229</sup>, afin d'ajouter l'obsolescence programmée à la liste des pratiques interdites en toutes circonstances<sup>230</sup>. Cette liste, prévue à l'art. 5, par. 5, de ladite directive, se trouve à l'annexe I de celle-ci. Les nouveaux ch. 23quinquies à 23decies qui y seraient ajoutés selon la proposition interdisent les comportements consistant notamment à « ne pas informer le consommateur qu'une mise à jour logicielle aura une incidence négative sur l'utilisation de biens comportant des éléments numériques ou sur certaines fonctionnalités de ces biens, même si cette mise à jour améliore d'autres fonctionnalités », à « ne pas informer le consommateur de l'existence d'une caractéristique d'un bien introduite pour en limiter la durabilité » ou à « inciter le consommateur à remplacer les consommables d'un bien avant que des raisons techniques ne le justifient ».

La proposition a été discutée au Conseil européen et une version a été adoptée en première lecture au Parlement européen le 11 mai 2023. Les discussions au Conseil montrent que les propositions relatives à l'obsolescence programmée sont vues avec un *regard critique*, notamment du fait que l'obsolescence est le fait du fabricant, alors que le respect des obligations prévues dans la directive sur les pratiques commerciales déloyales concerne tout professionnel qui agit en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs (art. 2, let. d, de la directive). Il faudrait donc « prévoir, dans la législation sectorielle, l'interdiction pour le fabricant d'intégrer des caractéristiques limitant la durabilité des produits, ainsi que maintenir l'obligation imposée au professionnel d'informer les consommateurs de ces caractéristiques; cette obligation ne s'appliquerait toutefois que si le professionnel a été informé par le fabricant en conséquence »<sup>231</sup>. Cette critique met en lumière plusieurs éléments pertinents. Tout d'abord, il semble que la limitation de durabilité qu'il faudrait interdire serait une limitation indue, qui ne peut être justifiée objectivement. Il n'est toutefois pas des plus évidents de circonscrire précisément ce qu'est une limitation indue. Ensuite, l'obligation faite au vendeur d'informer sur les caractéristiques limitant la durabilité d'un bien, qui serait maintenue, semble contredire la première interdiction faite au fabricant. S'il est interdit à ce dernier d'intégrer de telles caractéristiques, l'information n'a plus lieu d'être, elle est même antinomique. Le dernier élément est que, dans les cas où cette information devrait légitimement être fournie par le professionnel, ce dernier devrait avoir obtenu l'information du fabricant. Les discussions qui ont eu lieu au Conseil européen aboutissent donc à la conclu-

<sup>227</sup> <https://www.halteobsolescence.org/nouvelle-plainte-de-hop-contre-apple-pour-obsolescence-programmee-et-entraves-a-la-reparation/>, consulté le 9.1.2022

<sup>228</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2005/29/CE et 2011/83/UE pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations, du 30.3.2022, COM(2022) 143 final

<sup>229</sup> Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), JO L 149/22 du 11.6.2005, p. 22 ss

<sup>230</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2005/29/CE et 2011/83/UE pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations, COM (2022) 143 final.

<sup>231</sup> Conseil de l'Union européenne, Rapport sur l'état des travaux, Dossier interinstitutionnel 22/0092(COD), 22.11.2022, p. 4.

sion, au vu de ces réflexions critiques, qu'il est nécessaire de se livrer à un *examen plus approfondi* des différentes options possibles avant d'adopter la mesure proposée par la Commission européenne.

#### 5.4 Appréciation

La pratique en Suisse et à l'étranger, de même que les règles spéciales adoptées en France ou qui sont en préparation dans l'UE, montrent de l'avis du Conseil fédéral qu'une législation spécifique au phénomène de l'obsolescence programmée *ne s'impose actuellement pas*.

Tout d'abord, il s'avère que *les règles générales* en vigueur à l'étranger, comparables aux règles générales du droit suisse, ont *permis une action efficace dans plusieurs pays*, y compris en France, où les actions menées jusqu'à présent ne se sont pas fondées sur la règle spécifique à l'obsolescence programmée, que ce soit au niveau pénal ou civil. Ensuite, régler l'obsolescence programmée ne résout pas les problèmes pratiques, principalement ceux *liés à la preuve*. Le processus législatif en France montre que la règle adoptée n'a pour le moment pas eu les effets escomptés. Les discussions menées dans l'UE démontrent aussi que *légiférer sur ce problème spécifique comprend plusieurs difficultés*. La Commission européenne a tout d'abord, à juste titre, intégré cette problématique dans celle, plus large, de la durabilité et de la réparabilité des produits. La discussion au Conseil montre aussi qu'une délimitation doit être faite entre limitations légitimes de la durée de vie, qui participent de la définition de la durée de vie d'un produit sans qu'il y ait une stratégie de raccourcissement de cette durée, et limitations indues. La pratique et les processus législatifs décrits ci-dessus révèlent à cet égard que l'élément de l'information et de la dissimulation est déterminant pour caractériser le comportement proscrit. Or cet élément peut être appréhendé *au moyen des bases légales existantes*. La situation dans l'UE continuera toutefois à être suivie.

Enfin, il n'y a pas de nécessité spécifique de légiférer en Suisse au vu des règles générales actuelles. L'on peut bien au contraire partir de l'idée que des évolutions semblables à celles observées à l'étranger sont possibles. *Le potentiel de la LCD n'a en particulier, de l'avis du Conseil fédéral, pas encore été épuisé sur cette question*, notamment pour ce qui concerne le devoir d'information du vendeur ou producteur du bien et la protection des attentes raisonnables de l'acheteur et consommateur quant à l'utilité et la possibilité d'utilisation du produit. Il faut noter à cet égard que des modifications dans le droit de la garantie, en lien avec la durabilité comme élément de la notion de défaut, des obligations d'information sur la durée de vie des produits ou des obligations en matière d'écoconception auront *un effet indirect* sur la problématique spécifique de l'obsolescence programmée. Elles permettent en effet de donner un contenu normatif à la notion de durée de vie, de prévoir des obligations explicites d'information avec le cas échéant des sanctions spécifiques ou de poser des normes sur la conception matérielle des produits. Le Conseil fédéral *ne voit donc pas de besoin de légiférer* sur ce point. L'évolution de la jurisprudence sera à surveiller de ce point de vue.

## 6 Conclusions

Les règles du droit suisse de la garantie datent du début du 20<sup>ème</sup> siècle et paraissent aujourd'hui, sur bien des aspects, *dépassées*. Conçues pour l'échange singulier (en présence des parties) d'un bien matériel contre une somme d'argent, elles ne sont plus à même de répondre aux besoins du monde actuel, notamment au vu de *l'évolution technologique* des produits. Aligner le droit suisse de la garantie sur les règles minimales de l'UE/EEE permettrait de mettre fin à *l'insécurité juridique* concernant les produits numériques ou comportant des éléments numériques et d'adapter la réglementation suisse à la *réalité économique*. Cela renforcerait également la *position des consommateurs*, qui dépendent aujourd'hui du bon gré des vendeurs. L'AIR laisse entendre que les *conséquences* de ces modifications pour

l'économie seraient minimales. Seules les entreprises qui ne se soumettent pas déjà aux normes de l'UE ou qui n'ont pas déjà des pratiques favorables aux consommateurs en seraient touchées.

Les conséquences sur l'environnement seraient également faibles. Ce constat est facile à comprendre dès que l'on en connaît les raisons: la petitesse du marché suisse, le fait que les règles en matière de garantie n'influencent qu'indirectement la production et que la garantie ne peut jouer que si le produit est conçu pour être relativement durable. Néanmoins, ces modifications, aussi ponctuelles soient-elles, peuvent offrir une meilleure protection aux acheteurs qui accordent de la valeur à la durabilité des produits, en répondant à leurs attentes légitimes. Ces réflexions amènent le Conseil fédéral à considérer qu'il est aujourd'hui *nécessaire de rapprocher le droit suisse* du droit européen sur les points mentionnés. Ces points sont notamment:

- la définition du défaut et les éléments objectifs qui le caractérisent (voir ch. 3.2),
- la présomption qu'un défaut apparu dans l'année suivant la livraison existait déjà au moment de l'achat (voir ch. 3.3),
- le court délai pour aviser le vendeur du défaut (voir ch. 3.4)
- le droit à la réparation, (voir ch. 3.6)
- l'obligation de mise à jour des produits numériques ou comportant des éléments numériques (voir ch. 4), et
- le caractère impératif des règles en matière de garantie pour les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur (voir ch. 3.9).

Les conclusions de ce rapport complètent le débat en cours au Parlement sur la préservation des ressources et l'économie circulaire. Au vu de sa portée, une réforme du droit de la garantie correspondant au besoin de légiférer identifié dans ce rapport nécessite une décision de principe du Parlement.

Le Conseil fédéral reste opposé à ce que la Suisse fasse *cavalier seul* et renforce les règles en matière de garantie au-delà de ce qu'exigent les directives de l'UE. L'étude du *scénario +* dans le cadre de l'AIR, scénario qui comprend une prolongation du délai de garantie pouvant aller jusqu'à cinq ans, a conforté le Conseil fédéral dans les réserves qu'il avait déjà exprimées. A une faible amélioration pour l'environnement répondraient des augmentations de prix sur un nombre limité de produits et un accroissement du tourisme d'achat concernant ces derniers. Les conséquences négatives annoncées ne se réaliseraient cependant sans doute pas si le niveau de protection était le même en Suisse que dans les Etats voisins. Il faut donc continuer d'observer les évolutions du droit dans l'UE. Il faut aussi avoir à l'esprit par rapport à cela l'ensemble des mesures envisagées et prises en matière de durabilité dans la production et l'utilisation des produits, comme les obligations de déclaration sur la durée de vie des produits ou l'écoconception, ou encore la facilitation et la mise en valeur de la réparation des biens de consommation.

Etant donné les règles générales en vigueur, le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas nécessaire de légiférer spécifiquement pour *interdire l'obsolescence programmée*. Les règles générales du droit de la concurrence et, dans une certaine mesure, celles du droit de la garantie et du droit pénal offrent déjà en principe les moyens de lutter contre ceux qui réduiraient

frauduleusement la durée de vie d'un produit. En pratique, faire la preuve du comportement trompeur dans un cas d'espèce n'est certainement pas facile. Ces difficultés sont cependant malaisées à résoudre par la voie législative, même si l'on adopte une réglementation particulière. Il conviendra en tout état de cause de suivre la pratique judiciaire et les évolutions dans l'UE.

Les modifications proposées du droit de la garantie, qui faciliteraient la réalisation des prétentions fondées des acheteurs, pourraient contribuer à combattre l'obsolescence programmée. Adopter en outre des mesures qui visent la fabrication et la distribution de produits durables pourrait avoir un effet préventif. De plus, une obligation de déclarer la durée de vie attendue du produit pourrait faciliter la lutte contre l'obsolescence programmée sur la base des règles existantes. Ces mesures seront examinées dans le cadre des travaux en cours sur la préservation des ressources et l'économie circulaire, travaux sur lesquels le Conseil fédéral prévoit de présenter un rapport en 2024.



## 7 Bibliographie

ATAMER YEŞİM M., Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, RDS 2011 I, 449 ss (cit. ATAMER, RDS 2011 I)

ATAMER YEŞİM M., Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts: Eine rechtsvergleichende Übersicht zu den Regulierungsmöglichkeiten, RDS 2022 I, 285 ss (cit. ATAMER, RDS 2022 I)

ATAMER YEŞİM M./EGGEN MIRJAM, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZJBV 2017, 731, 762 (cit. ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017)

ATAMER YEŞİM M./HERMIDAS SEMIR, Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, PJA 2020, 6448 ss (cit. ATAMER/HERMIDAS, PJA 2020)

BERGER MATHIS, Art. 3, in Hilty Reto M./Arpagaus Reto (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle 2013 (cit. BSK UWG-BERGER)

BIEGER, ALAIN, Die Mangelrüge im Vertragsrecht, Fribourg 2009 (cit. BIEGER, Die Mangelrüge im Vertragsrecht)

CARBOTECH, Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Beilageband B: Fallstudien und I-O-Umwelt-Analyse (en allemand), à consulter sous: [www.seco.ch](http://www.seco.ch) > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies > Modernisation du droit des garanties (2022) (cit. CARBOTECH, AIR Annexe B: Etudes de cas et analyse input-output-environnement)

BRUNNER CHRISTOPH/MARTI-SCHREIER LEONORA, Art. 39, in: Stämpfli's Handkommentar, UN-Kaufrecht - CISG - Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014 (cit. CS-BRUNNER/MARTI-SCHREIER)

DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10<sup>e</sup> éd., Zurich 2013 (cit. DONATSCH, Strafrecht III)

ECOPLAN, Annexe C de l'AIR sur la modernisation du droit des garanties: Analyse d'impact de la réglementation (en allemand avec résumé en français), consultable sous: [www.seco.ch](http://www.seco.ch) > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies > Modernisation du droit des garanties (2022) (cit. ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact)

ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, Synthèse du droit comparé et de l'analyse d'impact de la réglementation concernant la modernisation du droit des garanties (en allemand avec résumé en français) du 2 mai 2022, consultable sous: [www.seco.ch](http://www.seco.ch) > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies > Modernisation du droit des garanties (2022) (cit. ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, AIR: Synthèse)

EGGEN MIRJAM, Digitale Inhalte und Dienstleistungen, RSDA 2021, 470 ss (cit. EGGEN, RSDA 2021)

EGGEN MIRJAM, Digitales Vertragsrecht, in: Jusletter du 2 décembre 2019 (cit. EGGEN, in: Jusletter du 2 décembre 2019)

EGGEN MIRJAM, Gewährleistung bei vernetzten Geräten, RSDA 2019, 358 ss (cit. EGGEN, RSDA 2019)

EGGEN MIRJAM, Vertragsfreiheit in der Wolke, PJA 2021, 577 ss (cit. EGGEN, PJA 2021)

FELLMANN WALTER, Warenkauf nach der Richtlinie (EU) 2019/771 sowie Verträge für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen nach der Richtlinie (EU) 2019/770 – Modernisierungsbedarf im schweizerischen Recht, Zusatzbericht zum Schweizer Recht im Rahmen der RFA zum Gewährleistungsrecht (Ergänzung zum Beilageband A: Rechtsvergleich) (en allemand), à consulter sous: [www.seco.ch](http://www.seco.ch) > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies > Modernisation du droit des garanties (2022) (cit. FELLMANN, AIR Complément à l'annexe A: Rapport complémentaire sur le droit suisse)

GIGER HANS, Art. 184-215 OR, in: Meier-Hayoz Arthur (édit.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Obligationenrecht, Berne 1979 (cit. BK-GIGER)

HEIZMANN RETO, Art. 3, in: Oesch, Matthias/Weber, Rolf H./Zäch, Roger (édit.), Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2e éd., Zurich 2021 (cit. OFK/UWG-HEINZMANN)

HESELHAUS SEBASTIAN/FELLMANN WALTER, Rechtsvergleich Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Beilageband A im Rahmen der Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, mai 2022 (en allemand), consultable sous: [www.seco.ch](http://www.seco.ch) > Services et publications > Publications > Réglementation > Analyse d'impact de la réglementation > AIR approfondies > Modernisation du droit des garanties (2022) (cit. HESELHAUS/ FELLMANN, AIR Annexe A: Droit comparé)

HONSELL HEINRICH, Art. 197–210 OR, in: Widmer Lüchinger, Corinne/Oser David (édit.) Basler Kommentar Obligationen I, 7<sup>e</sup> éd., Bâle 2020 (cit. BSK OR I-HONSELL)

HONSELL HEINRICH, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ss, recht 2007, 154 ss (cit. HONSELL, recht 2007)

HONSELL HEINRICH, Standardsoftware- und Sachmängelhaftung, in: Schwander, Ivo/Brem, Ernst/Kramer, Ernst. A./Druey, Jean-Nicolas (édit.), Festschrift für Mario M. Pedrazzini zum 65. Geburtstag, Berne 1990, p. 314 ss (cit. HONSELL, Standardsoftware- und Sachmängelhaftung)

HUWILER BRUNO, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR, in: Honsell Heinrich/Huwiler Bruno/Schulin Hermann (édit.), Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Bâle 2012, p. 141 ss (cit. HUWILER, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR)

JUNG PETER, Art. 3, in: Jung Peter/Spitz Philippe, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpfli's Handkommentar, 2e éd., Berne 2016 (cit. CS-UWG-JUNG)

KILLIAS MARTIN/GILLIÉRON GWLADYS, Art. 23, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle 2013 (cit. BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON)

KUONEN NICOLAS, Art. 3, in: de Martenet, Vincent/Pichonna, Pascal (édit.), Commentaire Romand Loi contre la concurrence déloyale, Bâle 2017 (cit. CR LCD-KUONEN)

MÜLLER-CHEN MARKUS, Art. 201, in: Amstutz Marc/Breitschmid Peter/Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Huguenin Claire/Jungo Alexandra/Müller-Chen Markus/Roberto Vito/Schnyder Anton K./Trüb Hans Rudolf (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2016 (cit. CHK-MÜLLER-CHEN)

PICHONNAZ PASCAL, L'obligation de réparer issue du contrat, in: Gauch Peter (édit.), L'homme et son droit, Mélanges an l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire, Zurich 2011, p. 399 ss (cit. PICHONNAZ, L'obligation de réparer issue du contrat)

RUSCH ARNOLD F., Geplante Obsoleszenz, recht 2012, p. 176 ss (cit. RUSCH, recht 2012)

STÖCKLI HUBERT, Etwas mehr "souplesse" bei der Mangelrüge, BR/DC 2019, p. 127 ss (cit. STÖCKLI, BR/DC 2019)

STOPPELHAAR RICARDA, Der Schadenersatzanspruch des Käufers im Rahmen der Wandlung, recht 2019, p. 180 ss (cit. STOPPELHAAR, recht 2019)

STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2010 (cit. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I)

TERCIER, PIERRE/BIERI, LAURENT/CARRON, BLAISE, Les contrats spéciaux, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2016 (cit. TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux)

VENTURI SILVIO/ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, Art. 205, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), Commentaire romand Code des obligations I, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021 (cit. CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN), art. 205 CO

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Gewährleistung, Mangelfolgeschäden und Verjährung – Stellung und Wirkung der Gewähr im Leistungsstörungenrecht, ZBJV 2007, p. 763 ss (cit. ZELLWEGER-GUTKNECHT, ZBJV 2007, p. 763 ss)