

Loi fédérale
sur le commerce électronique (révisions par-
tielles du code des obligations et de la loi fédé-
rale contre la concurrence déloyale)
(procédure de consultation)

Rapport explicatif

Janvier 2001

Table des matières

Résumé	4	
1	Partie générale	5
11	Situation initiale.....	5
12	Traits généraux du projet soumis à la consultation.....	5
121	Remarque préliminaire	5
122	Contrats conclus à distance.....	6
123	Vente mobilière.....	7
124	Concurrence déloyale.....	7
13	Aperçu	9
2	Partie spéciale	9
22	Modifications du code des obligations	9
210.01	Article 4 alinéa 2	9
210.02	Article 6a alinéa 4 (nouveau)	9
210.03	Article 7 alinéas 2 et 3	10
210.04	Article 13 alinéa 2 (abrogé).....	10
210.05	Article 40a.....	10
210.06	Article 40b.....	11
210.07	Article 40c.....	12
210.08	Article 40d.....	13
210.09	Article 40e.....	14
210.10	Article 40f.....	16
210.11	Article 40g.....	16
210.12	Article 40h.....	16
210.13	Article 74 alinéa 2 chiffre 4 (nouveau)	17
210.14	Article 107 alinéa 3 (nouveau)	18
210.15	Article 197 alinéa 3 (nouveau)	19
210.16	Article 199.....	20
210.17	Article 201 alinéas 1 et 3	21
210.18	Article 204.....	22
210.19	Article 205 alinéas 1 et 4 (nouveaux).....	23
210.20	Article 206.....	24
210.21	Article 208 alinéas 2 et 3	24

210.22	Article 209a (nouveau).....	25
210.23	Article 210.....	26
22	Loi fédérale contre la concurrence déloyale	27
221	Article 3 lettre b ^{bis} (nouveau).....	27
222	Article 6a (nouveau).....	29
223	Article 23.....	30
3	Conséquences financières et effets sur l'état du personnel et sur l'économie nationale	30
31	Conséquences financières et effets sur l'état du personnel.....	30
32	Effets sur l'économie nationale	30
4	Programme de la législature	30
5	Relation avec le droit européen	31
6	Fondements juridiques	31
61	Constitutionnalité	31
62	Délégation de compétences d'exécution	32

Résumé

Le commerce électronique représente un défi important non seulement pour les informaticiens et l'économie suisse, mais également pour le législateur, en le confrontant au problème de l'adaptation du droit des contrats à cette nouvelle forme de communication. La question dont il s'agit en premier lieu est celle de la forme, c'est-à-dire de l'équivalence entre les signatures électronique et manuscrite, qui est proposée en annexe à la loi fédérale sur la signature électronique (art. 15a P-CO). Cependant, au-delà de ce problème, des questions de concurrence déloyale et de protection des consommateurs se posent aussi. Il s'agit en particulier de s'assurer que la participation des consommateurs au commerce électronique ne leur soit pas préjudiciable.

C'est pourquoi la loi fédérale sur le commerce électronique prévoit - par analogie avec les contrats de démarchage (art. 40a ss CO) - un droit de révocation pour les consommateurs qui procèdent à des achats sur un réseau de transmission de données comme Internet. En outre, une révision partielle des dispositions du code des obligations sur la vente mobilière, datant pour la plupart du 19^{ème} siècle (art. 184 ss CO), améliore la protection des consommateurs. Enfin, la révision partielle proposée de la loi fédérale contre la concurrence déloyale garantit une transparence renforcée lorsque des biens ou des services sont proposés par la voie électronique.

Le projet de révision du code des obligations tient compte de plusieurs recommandations de la Commission fédérale de la consommation. Il donne suite également - du moins partiellement - aux requêtes formulées dans les motions Vollmer (99.3168), Contrats de vente. Extension à deux ans du délai de garantie (BO CN 1999 2162 s.), et (98.3063), Protection des consommateurs. Adaptation au niveau offert par les pays de l'EEE/UE (BO CN 1998 1517 s.; 2000 150), transmises comme postulats.

Le projet tient compte du fait que le commerce électronique se fait souvent entre pays. Il s'inspire des directives européennes dans la mesure où elles sont pertinentes pour le droit des contrats. Par contre, il ne modifie pas les dispositions du droit international privé et du droit de procédure qui déterminent le droit applicable et la compétence. Il convient de noter que les questions de compétence sont souvent réglées dans des conventions internationales et sont ainsi soustraites à la législation nationale. C'est le cas avec la Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11; "Convention de Lugano").

1 Partie générale

11 Situation initiale

Les questions juridiques posées par le commerce électronique ne se limitent pas à reconnaître l'équivalence entre la signature électronique et la signature manuscrite. Le besoin de légiférer découlant du volume croissant des transactions effectuées par la voie électronique doit être apprécié dans un cadre plus large. Doivent aussi être notamment considérées les questions de protection des consommateurs qui, à l'ère de l'électronique, se posent avant tout du fait de la rapidité avec laquelle un contrat est conclu et exécuté. Alors qu'une offre faite par courrier n'aboutit à la conclusion d'un contrat qu'après plusieurs jours, ce laps de temps se réduit à quelques minutes, voire à quelques secondes, lors de la conclusion du contrat par la voie électronique. Le client n'a de ce fait plus la possibilité de réfléchir sur sa volonté de conclure le contrat et de revenir sur sa décision (art. 9 al. 1 CO).

Le droit européen, dont la Suisse ne s'écarte pas sans nécessité lors de l'élaboration de ses lois, amène aussi à voir les problèmes liés au commerce électronique d'un point de vue plus large. Les directives relatives au commerce électronique ne visent pas uniquement à écarter les obstacles qui s'y opposent en droit national, notamment les dispositions prévoyant des exigences de forme. L'Union européenne (UE) accorde tout autant d'importance à ce que le consommateur en particulier dispose d'une protection juridique adéquate lorsqu'il conclut un contrat en ligne avec un fournisseur, en général sur Internet.

12 Traits généraux du projet soumis à la consultation

121 Remarque préliminaire

Les dispositions du droit suisse sur la conclusion des contrats sont, à quelques exceptions près (en particulier les art. 40a ss CO), vieilles de plus de 100 ans. Des parties substantielles se trouvaient déjà dans le vieux code des obligations de 1881. Elles ont donc été élaborées à une époque où la question du commerce électronique n'était pas d'actualité ou se limitait au télégramme (art. 13 al. 2 CO) et au téléphone (art. 4 al. 2 CO). On ne peut cependant conclure de ce seul fait que le droit suisse des obligations n'est pas à même d'apporter des réponses adéquates aux questions que pose le développement du commerce électronique.

Toute codification est par essence abstraite. Elle permet d'appliquer la loi à un nombre indéterminé de situations - y compris celles qui n'étaient ni connues ni familières pour le législateur lors de l'adoption de la loi. Cela vaut tout particulièrement pour l'ordre juridique suisse (de droit privé), qui reconnaît expressément le caractère lacunaire de la loi et la faculté du juge d'y remédier (art. 1 al. 2 et 3 CC). Une intervention du législateur ne s'impose donc que lorsque le juge n'est pas (ou plus) en mesure de trouver une solution adéquate en se fondant sur la loi. Il est justifié de se conformer à cette conception législative éprouvée. Par conséquent, il ne faut pas essayer de donner une réponse explicite dans la loi à toute question qui se pose en rapport avec le commerce électronique. Une telle manière de procéder assurerait, il est vrai, la

sécurité juridique. Mais, étant donné les développements technologiques rapides, elle pourrait bien très vite produire le résultat opposé.

122 Contrats conclus à distance

La méthode de commercialisation consistant à utiliser les moyens de communication à distance pour atteindre les clients potentiels existe depuis longtemps. La vente à distance par l'envoi de catalogues par la poste en constitue l'exemple le plus classique et le plus ancien. Elle a été suivie, entre autres, par la vente par téléphone ou, à la télévision, par le télé-achat. Cette forme de commercialisation, qui s'est développée avec la diversification et l'expansion des moyens de communication à distance, a connu son évolution la plus récente et la plus spectaculaire avec l'avènement d'Internet et du commerce électronique.

Par cette méthode de commercialisation, la phase préparatoire et la conclusion du contrat se font sans présence physique des parties. Les pourparlers et l'échange des déclarations de volonté se font par le biais des moyens de communication à distance. Le contrat est conclu sans que les parties ne se rencontrent.

La conclusion de contrats à distance présente des avantages indéniables tant pour les consommateurs que pour les fournisseurs. Les premiers peuvent avoir accès à une offre accrue et plus diversifiée. Ils peuvent aussi profiter de la rapidité et du confort que cette méthode de commercialisation offre. Les seconds ont à leur disposition une méthode de marketing efficace et peu coûteuse.

Mais, du fait de l'absence de contact avec le fournisseur, de l'information éphémère et réduite sur le produit - le consommateur n'a pas l'occasion de voir réellement l'objet du contrat - et de la facilité et la rapidité avec lesquelles un contrat peut être conclu, cette méthode de commercialisation présente aussi, pour les consommateurs, le risque d'une décision irréfléchie. La protection contre un tel risque n'est assurée en droit suisse que pour les contrats de démarchage ou contrats semblables, aux articles 40a ss CO. Ces articles ne s'appliquent pas aux contrats conclus à distance. D'une part, ces dispositions ne s'appliquent pas aux contrats conclus par un moyen de communication à distance, notamment le téléphone. D'autre part, en cas de démarchage c'est le fournisseur qui doit effectuer le premier pas, alors que pour les contrats conclus à distance le consommateur peut prendre l'initiative des pourparlers contractuels. Mais les risques liés à la conclusion d'un contrat à distance ne disparaissent pas pour autant. Pour ces raisons et vu que la commercialisation de biens et de services à distance se développe de plus en plus, une réglementation de cette méthode de conclusion des contrats est nécessaire.

Le projet permet au consommateur qui a pris une décision irréfléchie de révoquer le contrat conclu pendant un délai de sept jours. Cette solution est également prévue par la directive européenne 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats conclus à distance (JOCE L 144 du 4.6.1997, p. 19 ss). Le droit de révocation a été complété dans le projet par des dispositions qui en garantissent un exercice efficace. Ainsi, par une obligation du fournisseur

d'informer le consommateur, ce dernier disposera des éléments qui lui sont essentiels pour décider du maintien ou de la révocation du contrat (art. 40d P-CO). En outre, il pourra opposer l'éventuelle révocation du contrat au tiers qui l'aura financé (art. 40h P-CO).

La réglementation des contrats à distance a été incluse dans les articles 40a ss CO sur les contrats conclus par démarchage ou les contrats semblables. Cela s'explique par le fait que la conclusion des contrats à distance et par démarchage constituent deux modes de conclusion d'un contrat en dehors des locaux commerciaux du fournisseur et qu'ils présentent de ce fait le même risque de décision irréfléchie pour le consommateur.

123 Vente mobilière

L'avènement du commerce électronique laisse prévoir qu'une partie de plus en plus grande des contrats de vente conclus auront un lien avec l'étranger. Il s'ensuivra que les acheteurs suisses qui se fourniront à l'étranger profiteront de la protection qu'offre aux citoyens de l'Union européenne la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JOCE L 171 du 7.7.1999, p. 12 ss). Une discrimination des consommateurs qui font leurs achats en Suisse ne peut être empêchée que si la Suisse adapte ses dispositions sur la vente mobilière (art. 184 ss CO) en y introduisant les normes protectrices de la directive mentionnée ci-dessus.

L'objet principal des modifications proposées est la garantie pour défauts. En plus de la résiliation et de la réduction du prix, l'acheteur pourra, avec la nouvelle disposition proposée (art. 205 al. 1 let. c P-CO), exiger la réparation de la chose. En outre, le délai de prescription est prolongé à deux ans (art. 210 al. 2 P-CO) et il est considéré comme impératif pour ce qui est des consommateurs (art. 199 let. b P-CO). Le projet tient ainsi compte de la motion Vollmer (99.3168; BO CN 1999 2162 s.), transmise comme postulat. Elle demande la prolongation à deux ans du délai de prescription des actions en garantie pour défauts de la chose vendue.

Les modifications proposées, qui ne se limitent en général pas aux seules ventes à des consommateurs, permettent enfin d'harmoniser le droit suisse avec la convention de l'ONU du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne; RS 0.221.211.1), ratifiée par la Suisse et en vigueur pour elle depuis le 1^{er} mars 1991. Cette convention est applicable à tous les contrats conclus entre marchands dont l'établissement se situe dans des pays différents. Les tribunaux suisses ont ainsi à appliquer ses règles lorsque surgit un litige entre une partie établie en Suisse et une partie établie à l'étranger.

124 Concurrence déloyale

La vente de marchandises par des moyens de communication à distance (vente à distance) connaît des problèmes de transparence depuis un certain temps déjà. Ces problèmes se sont toutefois accentués depuis l'adoption de la directive 97/7/CE sur

les contrats conclus à distance (voir ch. 122). Pour vendre leurs produits douteux, de plus en plus d'entreprises ayant leur siège à l'étranger exploitent la différence de législation entre la Suisse et l'Union européenne en matière de contrats conclus à distance et abusent de la place économique suisse, via l'anonymat des cases postales. Ne serait-ce qu'en Suisse romande, on compte un grand nombre de «sociétés boîtes-postales» qui, par le canal de la vente par correspondance, opèrent sur le marché français mais sans respecter les règles minimales de transparence. Les courriers publicitaires ne donnent pas d'informations sur l'identité réelle du vendeur et, la plupart du temps, déguisent les véritables prestations offertes à l'acheteur et les coûts à sa charge. Comme les courriers indiquent une adresse suisse, leurs destinataires attribuent ces pratiques commerciales douteuses à des maisons établies en Suisse, ce qui n'est souvent pas le cas. Etant donné que l'auteur de l'offre n'est pas identifié, qu'il change fréquemment sa case postale, voire qu'il la ferme après avoir reçu les paiements, les personnes qui n'ont pas reçu les produits déjà payés déposent des réclamations devant toute autorité suisse, en utilisant les voies les plus diverses.

Le commerce électronique recèle évidemment les mêmes problèmes de transparence que la vente à distance. C'est pourquoi, il est souhaitable que la loi fédérale contre la concurrence déloyale soit adaptée aux règles de droit européen en matière de contrats conclus à distance et de commerce électronique. La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique renvoie d'ailleurs, pour certains devoirs d'information, à une autre directive, adoptée antérieurement, soit la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance.

Le projet modifie la LCD en y intégrant deux nouvelles dispositions. La première disposition (art. 3 let. b^{bis}) exige en matière de contrats conclus à distance, y compris pour le commerce électronique, l'obligation de communiquer certaines informations de base, comme l'identité, l'adresse et le siège social de l'auteur de l'offre, ainsi que les prix et les frais supplémentaires des produits offerts concrètement. Celui qui omet d'indiquer un de ces éléments agit de façon déloyale. Il résulte ainsi de cette disposition des principes de transparence et de confiance applicables à toute méthode de commercialisation où les parties ne sont pas présentes physiquement, ni au moment de l'

offre (phase précontractuelle) ni lors de la conclusion du contrat. La seconde disposition (art. 6a) prévoit des devoirs d'information qui sont en partie de nature technique et spécialement adressés au commerce électronique. Le projet se limite aux devoirs qui apparaissent comme vraiment essentiels en matière d'information, de sorte que dans certains domaines il ne va pas aussi loin que la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

Ces deux nouvelles dispositions concrétisent des règles en matière de loyauté. Leur transgression peut entraîner des conséquences au niveau civil (art. 9 LCD) ou pénal (art. 23 LCD). Le contrôle du respect de la LCD n'incombe toutefois pas à l'Etat, mais aux privés. C'est pourquoi, la LCD accorde un droit d'action civile aux concurrents, aux consommateurs, aux associations professionnelles et économiques, ainsi qu'aux

organisations de protection des consommateurs d'importance nationale ou régionale (art. 9 et 10 LCD). La Confédération a qualité pour intenter une action lorsqu'elle le juge nécessaire pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger et que les personnes qui ont le droit d'intenter action résident à l'étranger (art. 10 al. 2 let. c LCD). Celui qui a qualité pour intenter une action civile peut aussi déposer une plainte pénale (art. 23 LCD). La poursuite pénale incombe aux cantons (art. 27 LCD).

13 Aperçu

La convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano; CLug; RS 0.275.11) fait actuellement l'objet d'une révision. Un des buts de cette révision consiste à adapter le traité aux besoins du commerce électronique. Le résultat de cette révision déterminera aussi une éventuelle révision de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291). Le projet de loi fédérale sur la signature électronique ne traite pas des questions du droit applicable et du tribunal compétent.

De même, les éventuelles adaptations du droit des biens immatériels et de la responsabilité pénale et civile du fournisseur d'accès dépendent pour l'essentiel des développements sur le plan international. Un besoin de légiférer n'existe pas dans l'immediat. Des solutions adéquates peuvent être trouvées sur la base des règles actuelles.

2 Partie spéciale

22 Modifications du code des obligations

210.01 Article 4 alinéa 2

L'article 4 alinéa 2 règle la conclusion du contrat entre présents. Selon le droit en vigueur, un contrat conclu par téléphone est conclu entre présents si les parties ont été personnellement en communication. Le projet assimile à ce cas les contrats conclus par un moyen électronique; la condition en est toutefois que ce moyen permette un dialogue entre les parties. Cela vaut par exemple pour des sites Internet qui offrent la possibilité de dialoguer directement par écrit ou au moyen d'un écouteur et d'un microphone branchés sur l'ordinateur.

Il découle *a contrario* de cette disposition que le contrat est conclu entre absents lorsque les parties ont été personnellement en communication par un moyen de communication électronique qui ne leur permet pas de dialoguer entre elles. Une adjonction d'un nouvel alinéa 4 à l'article 5 est de ce fait superflue

210.02 Article 6a alinéa 4 (nouveau)

Selon l'article 6a CO en vigueur, l'envoi d'une chose non commandée n'est pas considéré comme une offre – de conclure un contrat – (al. 1), et le destinataire n'est pas

tenu de renvoyer la chose ni de la conserver (al. 2); il doit toutefois informer l'expéditeur, lorsqu'elle lui a été manifestement envoyée par erreur (al. 3).

Le projet complète cette disposition par un nouvel alinéa 4, qui prévoit que les dispositions ci-dessus s'appliquent par analogie à la fourniture de services non commandés. Cette adjonction tient compte du fait que, déjà aujourd'hui - et sûrement de plus en plus à l'avenir -, des services que le destinataire n'a pas commandés lui sont livrés, surtout au moyen d'Internet. Comme la situation de départ est identique, il se justifie tout à fait de régler les droits et obligations du destinataire de manière identique. Celui qui, par exemple, reçoit par voie électronique, sans qu'il l'ait demandé, un en-tête de lettre pour sa correspondance qu'il peut imprimer sur papier, peut en faire ce qu'il veut; celui qui reçoit par contre un horoscope destiné manifestement à une autre personne doit en informer l'expéditeur.

210.03 Article 7 alinéas 2 et 3

Selon l'article 7 alinéa 2 CO, l'envoi de tarifs, de prix courants, etc., ne constitue pas une offre de contracter. Il en va autrement, selon l'alinéa 3, pour le fait d'exposer des marchandises, avec indication du prix: cet acte est tenu dans la règle pour une offre.

Ces deux dispositions ont été complétées pour régler de la même manière les états de fait identiques qui se présentent sur un réseau de transmission de données comme Internet. Le projet assimile ainsi à l'envoi de tarifs, de prix courants, etc., leur diffusion par voie électronique: elle ne constitue pas en elle-même une offre. Le projet traite le fait de proposer par voie électronique des marchandises avec indication du prix de la même manière que le fait de les exposer physiquement, ce qui a pour conséquence que cet acte sera tenu dans la règle pour une offre. Un produit est considéré comme proposé par voie électronique si sa présentation reflète son existence réelle en stock. Ce sera par exemple le cas si la quantité disponible est indiquée et diminue à chaque commande effectuée.

210.04 Article 13 alinéa 2 (abrogé)

Le projet propose l'abrogation de l'article 13 alinéa 2 CO. D'une part, concernant le télégramme, la règle est devenue obsolète, car à l'intérieur de la Suisse il n'existe plus de service de télégramme. D'autre part, concernant la lettre (on entend par là l'échange de lettres), la règle est déjà couverte par l'alinéa 1, qui prévoit que le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations. Il est ainsi clair que l'échange de lettres (signées) suffit au respect de la forme écrite et que les parties ne doivent donc pas signer le même document.

210.05 Article 40a

L'*article 40a* établit le champ d'application commun aux contrats conclus par démarchage et aux contrats conclus à distance.

L'*alinéa 1* étend aux contrats conclus à distance les champs d'application matériel et personnel prévus dans la loi actuelle sur le démarchage. L'objet du contrat doit donc être une chose mobilière ou un service et le contrat doit être conclu entre un client agissant à titre privé et un fournisseur agissant à titre professionnel ou commercial.

L'*alinéa 2* prévoit des exceptions au champ d'application général.

La *lettre a* reprend l'exclusion dans la loi actuelle des actes juridiques de peu d'importance.

A la *lettre b*, l'exclusion des contrats d'assurance, prévue dans le droit actuel, a été étendue à tous les contrats portant sur des services financiers, que le contrat ait été conclu par démarchage ou à distance. Les services financiers comprennent les contrats liés aux activités bancaires, d'assurance, boursières ou portant sur des valeurs mobilières. Si ces activités connaissent un fort développement, sur Internet en particulier, les contrats qui y sont liés n'en présentent pas moins des spécificités qui ont entraîné leur exclusion de la directive générale sur les contrats à distance. Une directive spéciale est en préparation dans ce domaine (voir la proposition modifiée de directive du 23 juillet 1999 du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, COM(1999)385 final). Cette exception, prévue en droit européen pour les contrats conclus à distance uniquement, peut sans autre être étendue aux contrats conclus par démarchage.

La *lettre c* exclut du champ d'application les biens confectionnés selon les spécifications de l'acquéreur. Dans ces cas, l'acquéreur ne risque pas de prendre une décision précipitée vu qu'il aura déterminé avec précision le bien qu'il désire acquérir. Par ailleurs, un droit de révocation constituerait un trop grand poids pour le fournisseur, qui aura pris des dispositions pour se conformer aux souhaits d'un client déterminé. Pour les mêmes raisons que les biens confectionnés selon les spécifications de l'acquéreur, les services nettement personnalisés sont exclus à la *lettre d*. Il ne s'agit pas dans ce cas de l'activité en soi constituant le service mais du résultat ou produit de cette activité, qui devra être prédéterminé de manière prépondérante par le client. On peut penser par exemple à un voyage mis sur pied selon les indications de l'acquéreur.

Enfin, la *lettre e* exclut les contrats de paris et de loteries vu que leur caractère spéculatif s'accommode mal d'un délai de révocation de sept jours. La personne qui, par exemple, voit ses chances de gain baisser dans les jours suivant la conclusion du contrat ne pourra le révoquer.

L'*alinéa 3* reprend la loi actuelle concernant l'adaptation du montant minimal de 100 francs prévu à l'*alinéa 2* lettre a.

210.06 Article 40b

L'*article 40b* reprend la définition actuelle des contrats de démarchage. Les deux exceptions prévues à l'article 40c actuel (cas où le consommateur demande expressé-

ment les négociations et où il prend un engagement à un stand de marché ou de foire) ont été incluses dans cet article sans modification.

210.07 Article 40c

L'*article 40c* définit les contrats conclus à distance. La définition correspond à celle de la directive européenne.

La spécificité des contrats conclus à distance réside dans leur mode de conclusion, qui intervient en dehors des locaux commerciaux du fournisseur et qui implique l'utilisation d'un ou de plusieurs moyens de communication à distance. Les contrats conclus à distance font donc partie, avec les contrats conclus par démarchage, des contrats conclus en dehors des locaux commerciaux du fournisseur. Ils en constituent le pendant: le démarchage comprend les situations où les parties sont présentes physiquement et les contrats conclus à distance les situations où les parties n'ont pas été en présence l'une de l'autre, le contact s'établissant par un moyen de communication à distance.

L'absence de rencontre physique entre les parties est le premier élément de la définition. Cette délimitation comprend les contrats conclus entre absents au sens de l'article 5 CO et les contrats conclus entre présents au sens de l'article 4 alinéa 2 CO, lorsque les parties utilisent un moyen de communication à distance permettant un dialogue entre elles. La limitation aux contrats conclus entre absents au sens de l'article 5 CO aurait entraîné l'exclusion de situations où le besoin de protection des consommateurs existe et n'aurait pas pris en compte les systèmes de commercialisation - courants - qui combinent plusieurs moyens de communication à distance. Par ailleurs, l'utilisation de moyens électroniques de communication à distance entre absents permet un échange de manifestations de volontés très rapide, ce qui relativise la distinction avec les contrats conclus entre présents.

Les contrats où les moyens de communication à distance n'ont été utilisés que durant une partie du processus contractuel ne sont pas considérés comme des contrats conclus à distance. Les articles 40a ss P-CO s'appliqueront toutefois lorsqu'on sera en présence d'une situation de démarchage au sens de l'article 40b P-CO. Dans les autres cas, la rencontre physique des parties aura lieu soit hors des locaux commerciaux sans que cela ne tombe sous la définition de l'article 40b P-CO, soit dans les locaux commerciaux du fournisseur, auquel cas la loi ne s'applique de toute manière pas.

Le deuxième élément de la définition du contrat conclu à distance est l'utilisation par le fournisseur d'un système de commercialisation comportant un ou plusieurs moyens de communication à distance. Il ressort du premier critère que le moyen de communication à distance doit permettre la conclusion d'un contrat sans présence physique des parties. Outre cette caractéristique, le moyen de communication utilisé est indifférent. Il pourra par exemple s'agir du courrier, postal ou électronique, du téléphone, du télécopieur, de la télévision ou d'Internet. Plusieurs de ces moyens peuvent être combinés durant le processus de conclusion du contrat. Ainsi, un fournis-

seur peut faire sa proposition par courrier, à la télévision ou sur Internet et le contrat pourra être conclu au téléphone.

En outre, le fournisseur agissant à titre professionnel ou commercial doit avoir mis sur pied un système de commercialisation. Cette condition permet d'exclure les cas où l'utilisation d'un moyen de communication à distance est occasionnelle. Ainsi, un commerçant qui prend exceptionnellement une commande par téléphone ou par courrier électronique ne tombera pas dans le champ d'application de la loi. Il faut que le fournisseur mette en place une infrastructure permettant la commercialisation à distance de ses biens ou de ses services ou que la commercialisation à distance soit devenue une pratique régulière. Par contre, ce mode de commercialisation ne doit pas nécessairement être le seul utilisé par le fournisseur. L'application de la loi n'est dès lors pas exclue du seul fait qu'un bien est aussi disponible dans les locaux commerciaux du fournisseur.

L'*alinéa 2* prévoit trois exceptions au champ d'application. Ces situations ne sont pas concevables pour le démarchage. C'est pourquoi elles ne sont prévues que pour les contrats conclus à distance.

La *lettre a* exclut les contrats de vente aux enchères. Même si ce type de vente est déjà particulièrement développé sur Internet, ce mode de conclusion du contrat serait par trop entravé par l'octroi d'un droit de révocation à toute personne qui fait une offre ou à qui un bien est adjugé. La *lettre b* exclut les contrats conclus à des distributeurs automatiques ou à des locaux commerciaux automatisés, qui sont assimilés aux locaux commerciaux du fournisseur. La *lettre c* exclut les contrats conclus avec des opérateurs de télécommunication lors de l'utilisation de cabines téléphoniques. Ce type de contrat, exécuté immédiatement, s'accommode mal d'un droit de révocation de sept jours.

210.08 Article 40d

L'obligation d'informer du fournisseur a été étendue pour tenir compte des risques spécifiques à la conclusion de contrats à distance. Le consommateur ne voit en effet pas le bien qu'il va acquérir, il n'a pas de contact ou seulement un contact éphémère avec le fournisseur et la conclusion du contrat peut se faire très rapidement. Il est donc nécessaire que le consommateur soit informé de certains éléments essentiels pour l'exercice de son droit de révocation. N'ont pas été reprises les informations prévues dans la directive et qui n'ont qu'une influence limitée sur la prise de décision du consommateur ou qui constituent des éléments essentiels sans lesquels un contrat n'est pas conclu.

Le moment de l'information (selon les art. 4 et 5 de la directive européenne, elle doit être soit préalable à la conclusion avec confirmation postérieure, soit postérieure à la conclusion) n'a pas été déterminé, mais le délai de révocation ne commence à courir que lorsque les informations ont été fournies au consommateur (art. 40e al. 2 let. a P-CO). L'information précontractuelle est réglée dans la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241; voir la proposition d'un nouvel art. 3 let. b^{bis} LCD).

Les informations prévues sont aussi à fournir en cas de démarchage, car elles gardent leur raison d'être dans ce cas. Cela permet en outre d'englober les éventuelles situations de démarchage où une partie du processus contractuel a lieu à distance.

L'*alinéa 1 lettre a* doit permettre au consommateur de savoir avec qui il traite et où il peut contacter le fournisseur. A distance en effet, le contact est anonyme puisqu'il se fait par un écouteur et un microphone, par un écran de télévision ou d'ordinateur ou par un autre média. L'adresse se réfère à l'adresse postale ou électronique ou aux deux à la fois. Il suffit que le consommateur ait un point de contact auquel il peut effectivement s'adresser, que ce soit pour des informations complémentaires, pour des réclamations ou pour communiquer la révocation.

La *lettre b* vise à ce que le prix soit indiqué en francs suisses. Cela concerne particulièrement les sites Internet étrangers où les prix sont indiqués dans des monnaies étrangères dont le cours ne sera pas nécessairement connu du consommateur.

La *lettre c* couvre tous types de taxes et de frais qui s'ajoutent au prix du bien ou du service et qui entraînent une forte majoration par rapport au prix de la marchandise proprement dit. Ils doivent donc être clairement indiqués au consommateur. Il s'agira par exemple des taxes perçues à la douane lorsque des biens sont livrés de l'étranger ou des frais de livraison, s'ils sont à la charge du consommateur.

La *lettre d* doit permettre au consommateur de savoir quand un bien ou un service pourra lui être livré. Les délais de livraison peuvent être très variables lors de contrats conclus à distance. Le consommateur doit donc être rendu attentif à ces délais pour décider de l'utilisation ou pas de son droit de révocation. Cette information est en outre utile au consommateur pour déterminer si le montant des frais de livraison, qui lui est indiqué selon la lettre c, est adéquat.

La *lettre e* étend aux contrats conclus à distance l'obligation d'informer sur le droit de révocation et ses modalités d'exercice, prévue dans le droit actuel pour le démarchage.

L'*alinéa 2* reprend le droit actuel en l'adaptant aux exigences du commerce électronique. Ainsi, le fournisseur ne sera pas tenu de fournir l'information par écrit, c'est-à-dire sur papier, mais il pourra satisfaire à son obligation également en délivrant l'information sous forme électronique.

L'*alinéa 3* reprend la disposition actuelle sur l'indication du contrat et de la date des informations et l'étend aux contrats conclus à distance.

210.09 Article 40e

L'*article 40e* reprend pour l'essentiel le droit actuel et l'étend aux contrats conclus à distance. L'octroi d'un droit de révocation compense, comme pour le démarchage, les risques d'une décision irréfléchie du consommateur. Les contrats conclus à distance ne présentent certes pas les mêmes risques que les contrats conclus par démarchage; ils n'en représentent pas moins des situations où le danger d'une décision

irréfléchie pour le consommateur est bien réel. Le consommateur peut en effet être atteint directement chez lui par le biais des moyens de télécommunication à distance. Il se trouve donc dans un contexte où il est plus facilement influençable. Il n'a pas la possibilité de voir le produit et n'a qu'un contact éphémère ou même pas de contact direct avec le fournisseur. De plus, les moyens de communication à distance accélèrent considérablement le processus de conclusion du contrat. L'engagement contractuel est lui-même beaucoup plus facile. Un contrat peut être conclu en quelques secondes, en cliquant simplement sur la souris. Enfin, la fonction de la forme écrite, visant à protéger les parties contre un engagement précipité, n'est plus assurée ou n'est assurée que partiellement par la signature électronique. Il se justifie donc pour toutes ces raisons d'accorder au consommateur un délai, pendant lequel il peut réfléchir à l'engagement qu'il a pris et, le cas échéant, révoquer le contrat.

L'*alinéa 1* pose le principe du droit à la révocation. Il reprend le droit actuel. Le délai est ainsi de sept jours. La communication de la révocation peut être – ce qui est nouveau - transmise par voie électronique, ce qui permet par exemple au consommateur d'utiliser le courrier électronique.

L'*alinéa 2* reprend aussi le droit actuel. Il règle le point de départ du délai de révocation. Le respect par le fournisseur de son obligation d'information conditionne le point de départ du délai. La solution proposée s'écarte de celle de la directive européenne (art. 6 ch. 1 al. 2, 1^{er} tiret). Cette dernière en effet, pour les contrats portant sur des biens, fait partir le délai du moment de l'exécution, afin que le consommateur ait la possibilité de voir le bien comme lorsqu'il se rend dans les locaux commerciaux du fournisseur. Une telle solution est compréhensible pour certains biens qu'il faut essayer ou tester (vêtements, télévision, etc.). Mais une généralisation de cette solution à tout contrat portant sur un bien quel qu'il soit irait au-delà du but voulu. D'une part, pour des biens de consommation standardisés, le consommateur peut facilement se faire une idée sur la nature du bien qu'il achète même sans l'avoir vu. D'autre part, si le bien ne correspond pas à ce qui est prévu dans le contrat, le consommateur pourra demander l'exécution ou invoquer une mauvaise exécution du contrat ou l'existence d'un défaut. Enfin, les parties sont libres de prévoir la possibilité de renvoyer le bien, si une telle solution s'impose pour des raisons pratiques (comme cela est déjà le cas pour la vente de vêtements par correspondance).

L'*alinéa 3* règle le fardeau de la preuve. La première phrase applique le principe général de l'article 8 CC à la révocation: le consommateur qui invoque la révocation du contrat devra en apporter la preuve. La deuxième phrase reprend le droit actuel, qui veut assurer que le fournisseur donne des informations claires au consommateur et qu'il garde la preuve de leur réception par ce dernier. Cela se justifie d'autant plus que le fournisseur aura la possibilité de donner les informations par voie électronique et non plus seulement par écrit.

L'*alinéa 4* reprend aussi le droit actuel et donne la possibilité au consommateur de transmettre sa révocation par voie électronique, étant rappelé que la preuve de la révocation lui incombe.

210.10 Article 40f

L'*article 40f* prévoit des exceptions au droit de révocation dans les cas où sa mise en œuvre concrète n'est pas possible. Dans ces cas, l'obligation d'information, liée au droit de révocation, tombe aussi. La règle vaut tant pour les contrats conclus à distance que pour les contrats de démarchage.

La *lettre a* exclut les services dont l'exécution a commencé avant l'expiration du délai de révocation. Le consommateur qui le désire doit en effet pouvoir obtenir l'exécution avant que son droit de révocation n'échoit. Il doit cependant avoir été rendu attentif au fait qu'il dispose d'un droit de révocation et doit y avoir renoncé expressément. Certains services doivent par la force des choses être exécutés avant l'expiration du délai sans que le consentement exprès du consommateur ne soit nécessaire. Il s'agira tout d'abord des situations où l'utilisation d'un moyen de communication à distance vise clairement à obtenir l'exécution immédiate du contrat. Tel est le cas des services exécutés directement par le biais d'Internet ou des services de consultation téléphonique. Il s'agira aussi des services qui doivent être exécutés d'urgence ou qui, s'ils n'étaient pas exécutés à une date précise, perdraient leur raison d'être (appel d'un médecin ou d'une ambulance, fixation d'une date ou d'un délai impératifs pour le consommateur).

Le point de départ pour le calcul de la période déterminante sera le moment où le contrat est conclu.

La *lettre b* exclut les biens dont le contenu peut être facilement copié. Le consommateur préserve toutefois son droit de révocation s'il garde le bien scellé, ce qui indiquera clairement qu'il n'aura pas eu la possibilité de copier le bien. Sont également exclus du droit de révocation les enregistrements et les logiciels qui peuvent être téléchargés ou auxquels le client peut avoir accès

210.11 Article 40g

L'*article 40g* traite des conséquences du droit de révocation. Le droit actuel a été repris et étendu aux contrats conclus à distance.

L'*alinéa 5* prévoit une règle particulière pour les contrats à distance: dans les cas où la livraison interviendrait avant l'écoulement du délai de révocation, le consommateur supporte les frais de renvoi. Cette solution prend en compte les intérêts du fournisseur qui devrait sinon assumer les frais de renvoi pour tout contrat révoqué, alors que l'exécution avant l'écoulement du délai interviendra plutôt à la demande du consommateur. Cette règle n'a pas été prévue pour le démarchage, car l'exécution intervient en pratique toujours après l'écoulement du délai.

210.12 Article 40h

L'*article 40h* vise les cas où un tiers intervient dans le paiement du bien ou du service. Dans ces cas, l'exercice du droit de révocation peut être fortement entravé si le tiers fait dépendre la restitution des sommes versées d'une déclaration du fournis-

seur et si le fournisseur conteste la révocation. Il s'agit donc de trouver une solution qui permette au consommateur d'exercer son droit de révocation sans entrave tout en laissant aux parties la souplesse nécessaire pour convenir des modalités de paiement adéquates.

L'article 40h permet au consommateur qui a révoqué le contrat de s'adresser directement au tiers pour se voir restituer les sommes déjà versées ou pour ne pas voir son compte débité à l'avenir, si aucun paiement n'a été fait. Il devra, dans la forme exigée pour la révocation, déclarer au tiers avoir révoqué le contrat. Ainsi, le tiers qui aura eu connaissance de la révocation ne pourra plus débiter le compte du consommateur ou devra recréditer les montants déjà débités ou restituer les sommes reçues.

210.13 Article 74 alinéa 2 chiffre 4 (nouveau)

Les contrats conclus à distance présentent des particularités et des incertitudes pour le consommateur dans la phase de l'exécution. Le consommateur ne se rend en effet pas dans les locaux commerciaux du fournisseur. Les parties ne se trouvent pas au même endroit et même souvent dans des Etats différents. L'exécution n'interviendra donc pas immédiatement. Le bien devra généralement faire l'objet d'une livraison de la part du fournisseur. Contrairement aux situations où il se trouve dans des locaux commerciaux, le consommateur ne sait pas si le fournisseur dispose du bien au moment de la commande, s'il pourra en disposer et exécuter le contrat dans le délai imparti ou si l'exécution risque de devenir impossible. Le consommateur aura de plus généralement payé à l'avance.

Les particularités de l'exécution des contrats à distance ainsi que les risques qui peuvent se présenter pour les consommateurs ne nécessitent pas de modifications majeures des dispositions du code des obligations sur l'exécution et sur les effets de l'inexécution des obligations. Deux modifications du droit actuel paraissent toutefois nécessaires. Elle concernent le lieu d'exécution du contrat (art. 74 CO) et la demeure du débiteur (art. 102 ss. CO).

Selon l'article 74 alinéa 2 ch. 2 et 3 CO, le fournisseur s'acquitte de son obligation, s'il s'agit d'une chose déterminée, au lieu où elle se trouve au moment de la conclusion du contrat ou, pour les autres obligations, à son lieu de domicile lorsque l'obligation a pris naissance. Ces règles ne sont pas adaptées aux contrats conclus à distance avec des consommateurs. Dans ces cas en effet, l'exécution intervient généralement au lieu de domicile du consommateur. Il ne serait pas imaginable d'exiger du consommateur de prendre livraison d'un bien au lieu de domicile du fournisseur ou au lieu où la chose déterminée se trouve. C'est pourquoi le *chiffre 4* prévoit que l'exécution d'un contrat à distance se fait au domicile du consommateur au moment de la conclusion du contrat. La norme étant de droit dispositif, les parties sont libres de prévoir une autre solution dans le contrat.

La règle proposée implique que les frais de livraison sont à la charge du fournisseur, à moins que le contrat ne prévoient qu'ils sont à la charge du consommateur. Dans ces cas, le fournisseur devra informer le consommateur de leur montant conformément à

l'article 40d alinéa 1 lettre c P-CO. Par ailleurs, cette règle évite, en cas de contrat de vente qui ne règle pas la question des frais de livraison, qu'ils soient à la charge du consommateur par application des articles 189 alinéa 1 et 74 alinéa 2 ch. 2 et 3 CO.

210.14 Article 107 alinéa 3 (nouveau)

En cas de retard dans l'exécution d'un contrat conclu à distance, le consommateur se trouve dans une situation défavorable. En général, il aura en effet probablement payé d'avance et il ignore si l'exécution est encore possible ou non. Il s'agit donc de déterminer un point au-delà duquel le fournisseur n'a plus le droit de s'exécuter.

La directive européenne règle cette question à l'article 7. Elle laisse au fournisseur un délai de 30 jours pour l'exécution dans la mesure où les parties n'ont pas convenu d'un autre délai (art. 7 ch.1). Il doit par contre informer le consommateur en cas de défaut d'exécution résultant de l'indisponibilité du bien ou du service et restituer les sommes versées d'avance par le consommateur (art. 7 ch. 2).

Si le droit suisse n'a pas de dispositions spécifiques aux contrats conclus à distance, il n'en offre pas moins, en général, des solutions satisfaisantes même si elles ne correspondent pas exactement au système de la directive européenne.

Tout d'abord, sous réserve de l'article 82 CO, l'article 75 CO prévoit l'exigibilité immédiate de l'obligation, à défaut de terme stipulé ou résultant de la nature de l'affaire. Il n'y a pas de raison de modifier ces règles, d'autant plus que le consommateur doit être informé du délai d'exécution (art. 40d al. 1 let. d P-CO). Ensuite, si le fournisseur ne s'exécute pas lorsque l'obligation devient exigible, le consommateur peut le mettre en demeure et ce, quelle que soit la cause du retard dans l'exécution.

En cas de demeure du fournisseur, le consommateur devra, avant de pouvoir renoncer à l'exécution, le mettre en demeure (art. 102 al. 1 CO) - sauf exception (art. 102 al. 2 et 108 CO) -, le mettre en demeure qualifiée (art. 107 al. 1 CO) et, si le fournisseur ne s'est toujours pas exécuté, lui annoncer immédiatement le sort réservé au contrat (art. 107 al. 2 CO). Un consommateur qui n'a pas effectué ces démarches pourra se voir obligé d'accepter une exécution tardive, alors qu'il aura pu considérer que l'exécution n'interviendrait plus.

Adopter la solution de la directive en droit suisse reviendrait à renoncer au mécanisme de la demeure prévu par les articles 102 ss CO. Les modalités d'exécution particulières aux contrats conclus à distance ne l'exigent pas. Il n'est tout d'abord pas envisageable que le fournisseur tombe en demeure sans interpellation du consommateur. On peut au contraire exiger du consommateur qu'il réagisse au retard dans l'exécution du contrat, d'autant plus qu'il sera informé du délai d'exécution (art. 40d al. 1 let. d P-CO). D'autre part, une résolution du contrat *ex lege* ne se justifie pas. Le consommateur peut en effet encore avoir intérêt à l'exécution. Cependant, on peut considérer que cet intérêt aura disparu chez un consommateur qui a effectué les interpellations des articles 102 alinéa 1 CO et 107 alinéa 1 CO et prévoir une présomption en ce sens. Cela évitera à un consommateur qui ne s'est pas prononcé

immédiatement sur le sort qu'il entend donner au contrat, conformément à l'article 107 alinéa 2 CO, de devoir accepter un ultérieur retard dans l'exécution. Il ne s'agit par ailleurs que d'une présomption. Ainsi, le consommateur aura encore la possibilité de demander l'exécution du contrat.

210.15 Article 197 alinéa 3 (nouveau)

L'article 197 alinéa 1 rend le vendeur responsable de la présence de qualités qu'il a promises à l'acheteur. La notion de "qualités promises" correspond à une assurance de la part du vendeur que la chose vendue présente certaines qualités ou est exempte de certains défauts (ATF 109 II 24 = JdT 1984 I 388). Cette assurance est expresse lorsque le vendeur vante, par exemple, la solidité de l'objet à vendre. L'assurance peut également être tacite lorsque, par exemple, le prix payé par l'acheteur est une indication de l'authenticité de l'objet vendu.

Cependant, les qualités vantées par le producteur ou l'importateur (dans une publicité, par exemple) ne seront en principe pas considérées comme des qualités promises par le vendeur.¹ En effet, le contrat est un acte juridique relatif qui ne comporte d'effets que pour les parties à cet acte. Les affirmations ou les engagements d'un tiers à l'égard de l'acheteur ne lient ainsi pas le vendeur. Pourtant, en pratique, une campagne publicitaire faite par le producteur, campagne dans laquelle certaines qualités du produit auront été vantées, contribuera à décider l'acheteur à conclure un contrat avec le vendeur. L'acheteur s'attendra à trouver les qualités vantées par la publicité dans l'objet de la vente même si le vendeur ne les mentionne pas. Si ces qualités ne sont pas présentes dans le produit, l'acheteur n'aura aucun recours contre le vendeur puisque ce dernier n'a pas promis de qualité. Il n'aura de recours contre le producteur que si le produit cause la mort d'une personne ou des lésions corporelles, ou encore si des choses autres que le produit vendu sont endommagées (art. 1 de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits; RS 221.112.944). Ainsi, dans les cas où le fabricant ne peut être recherché, en particulier dans les cas où c'est uniquement l'objet de la vente lui-même qui est l'objet du dommage, l'acheteur se verra privé de tout moyen.

Pour remédier à cette situation insatisfaisante, il convient de rajouter un nouvel alinéa 3 à l'article 197. Son contenu reprend en partie celui de l'article 2 alinéa 2, lettre d de la Directive européenne. Cette nouvelle disposition a pour but de rendre le vendeur professionnel responsable des qualités vantées par le producteur ou son représentant (par exemple l'importateur). La définition du vendeur professionnel correspond à celle du fournisseur (professionnel) de l'article 40a alinéa 1, lettre a CO actuel.

¹ En revanche, la publicité du vendeur lui-même, lorsqu'elle porte sur des qualités objectives de l'objet, peut constituer une promesse de qualités, voir SJ 1954 463 ss.

Il convient de remarquer qu'il n'est pas nécessaire que l'acheteur soit un consommateur. En effet, la règle de ce nouvel alinéa 3 est une concrétisation de la bonne foi en affaire et doit ainsi s'appliquer également aux acheteurs professionnels.

Le vendeur peut se dégager de sa responsabilité en apportant la preuve qu'il ne connaissait pas et ne pouvait pas raisonnablement connaître les affirmations du tiers ou qu'il les avait rectifiées.

210.16 Article 199

Les articles 197 à 210 CO sur la garantie en raison des défauts de la chose sont de nature dispositive. Le vendeur peut ainsi en écarter l'application dans le contrat (ATF 126 III 59) ou même dans ses conditions générales. Lorsque l'application de la réglementation de la garantie prévue par la loi est écartée par une clause contenue dans les conditions générales du vendeur, il arrive fréquemment que l'acheteur n'ait pas eu la possibilité de s'y opposer ou même n'en ait pas eu connaissance. En effet, selon la jurisprudence, lorsque le vendeur a informé l'acheteur de l'existence de conditions générales, qu'il lui a indiqué que ces conditions faisaient partie du contrat et lui a donné la possibilité matérielle d'en prendre connaissance, ces conditions sont intégrées au contrat. Peu importe que l'acheteur les ait véritablement lues (ATF 109 II 116 = JdT 1984 I 35, cons. 2). De toutes manières, l'acheteur n'a souvent guère le choix. S'il refuse de conclure le contrat aux conditions du vendeur, il devra se fournir auprès d'un autre commerçant. De plus, le consommateur n'aura le plus souvent pas l'expertise nécessaire pour déterminer si l'absence de protection contre d'éventuels défauts lui fait courir un risque important ou non et partant si le prix de vente est proportionné à la prise de ce risque (voir à ce propos l'ATF 126 III 59).

Les articles 197 ss CO concrétisent un principe contractuel important et équitable qui est l'équivalence des prestations. Lorsque la valeur de la prestation du vendeur est diminuée en raison du défaut dont l'objet de la vente est affecté, la prestation de l'acheteur est réduite en proportion. Le vendeur peut alors se retourner contre son propre fournisseur pour se faire dédommager. Le fait d'écarter l'application des articles 197 ss CO n'apporte ainsi qu'un bénéfice mineur au vendeur professionnel qui connaît ses droits, tandis qu'il peut causer un préjudice certain à l'acheteur privé de pouvoir de négociation et de moyens.

L'article 199 actuel sanctionne par la nullité toute clause supprimant ou restreignant la responsabilité édilicienne du vendeur lorsque ce dernier dissimule frauduleusement la non-conformité de l'objet de la vente.

Le nouvel article 199 conserve cette règle sous sa lettre a et étend la sanction de la nullité à tous les cas dans lesquels le vendeur a agi dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale et dans lesquels l'acheteur est un consommateur, c'est-à-dire qu'il achète une chose mobilière pour en faire un usage personnel ou familial. Ces définitions du vendeur professionnel et du consommateur correspondent à celles de l'article 40a alinéa 1 CO actuel.

Cette modification de l'article 199 CO, qui correspond à la règle contenue dans l'article 7 alinéa 1 de la Directive européenne, a pour but d'empêcher que le vendeur professionnel ne se soustraie à sa responsabilité édilicienne dans le contrat ou dans ses conditions générales.

210.17 Article 201 alinéas 1 et 3

Selon l'article 201 actuel, l'acheteur qui reçoit l'objet de la vente doit vérifier la chose et avertir le vendeur d'éventuels défauts qu'elle pourrait présenter. Ces incombances émanent du principe de la bonne foi dans les relations contractuelles et extériorisent la volonté de l'acheteur d'accepter ou de rejeter l'objet non-conforme. L'acceptation, qui n'est pas expressément régie par le code des obligations dans la réglementation de la vente, est une manifestation de la volonté de l'acheteur de considérer l'objet de la vente comme étant exempt de défaut.² Lorsque l'acheteur ne respecte pas ces incombances, il est réputé accepter la chose tacitement.³

Le devoir de vérification prévu par l'article 201 CO est en harmonie avec le principe de la bonne foi (il prévoit que la vérification de l'acheteur doit être faite "aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaire"); l'avis des défauts, qui doit être donné "sans délai", semble par contre trop rigide. Ce délai court dès la découverte du défaut et l'avis doit être donné, selon la jurisprudence, tout de suite après la constatation de l'existence du défaut (ATF 107 II 172 = JdT 1981 I 598, cons. 1a). Les justifications de cette règle seraient la protection du vendeur contre son exposition à la résolution, la possibilité pour un vendeur intermédiaire de se retourner contre ses propres fournisseurs (ATF 88 II 364 = JdT 1963 I 242, cons. 2, ATF 81 II 56 = JdT 1955 I 562, cons. 2b) et enfin la sécurité des transactions dans la mesure où la situation juridique se trouve rapidement stabilisée, ce qui diminue les problèmes de preuves (ATF 88 II 364 = JdT 1963 I 242, cons. 2).

Le projet se base sur la prémisse selon laquelle ces trois buts sont également atteints par le remplacement du délai immédiat par un délai raisonnable et propose une modification des alinéas 1 et 3 de l'article 201 CO dans ce sens. En effet, seul le juge est à même de déterminer si, dans un cas d'espèce, le délai dans lequel l'avis des défauts a été donné a porté préjudice aux intérêts du vendeur. Dans certains cas, ce délai sera très bref, notamment lors de transactions entre commerçants ou lorsque le défaut risque de s'aggraver rapidement, tandis que dans d'autres il convient de donner plus de temps à l'acheteur pour aviser le vendeur. Cette solution présente l'avantage de ne pas pénaliser inutilement le consommateur inexpérimenté tout en tenant compte des intérêts légitimes du vendeur. De plus, ce dernier pourra plus facilement se retourner contre son propre vendeur en raison du rallongement de

² Voir FRANCO PEDRAZZINI, La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise, Fribourg 1992, n° 863.

³ Voir SILVIO VENTURI, Le droit de réduire le prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Fribourg 1994, n° 438. Voir également ATF 95 II 119 = JdT 1970 I 238, cons. 4.

un à deux ans du délai de prescription prévu par l'article 210 CO (voir *infra* ch. 210.23). Il faut également souligner que plus l'acheteur laisse passer de temps, moins sa situation sera avantageuse, que ce soit sur le plan de la preuve ou de la détermination de l'acceptation de l'objet défectueux.⁴

L'article 5 alinéa 2 de la Directive européenne prévoit que l'avis des défauts doit être donné dans un délai de deux mois dès la découverte de la non-conformité. La fixation d'un tel délai paraît cependant trop rigide. Une appréciation du juge basée sur le principe de la bonne foi est plus à même de déterminer si un avis des défauts est tardif et si l'attitude de l'acheteur peut être interprétée comme une acceptation tacite de la chose avec ses défauts.

La solution du délai raisonnable figure d'ailleurs également à l'article 39 alinéa 1 de la Convention de Vienne. Cette Convention n'a pas pour but de protéger les consommateurs, puisqu'elle ne régit que les ventes entre commerçants. Malgré cela, et dans un souci d'équité, le délai raisonnable pour donner l'avis des défauts a semblé la meilleure solution à ses rédacteurs.

210.18 Article 204

L'actuel article 204 CO prévoit certains devoirs que doit respecter l'acheteur d'une chose défectueuse lors de ventes à distance. Son but est de protéger le vendeur d'un dommage supplémentaire dû au fait qu'il ne peut pas reprendre facilement possession de la chose défectueuse refusée par l'acheteur. Ce dernier doit ainsi conserver la chose qui lui a été livrée (al. 1), en faire constater l'état par un tiers (al. 2) et, si nécessaire, la faire vendre par une autorité compétente après en avoir avisé le vendeur (al. 3). Les sanctions prévues par l'article 204 CO résident dans la privation du remède de la résolution et dans l'octroi de dommages-intérêts.

Bien qu'il soit applicable à toutes les ventes, l'article 204 CO est surtout adapté à la vente commerciale, où il concrétise le principe de la bonne foi en affaires. A l'égard d'un consommateur, ces règles paraissent trop sévères. Dans le cadre d'une vente à distance entre particuliers ou entre un professionnel et un consommateur, elles empêchent l'acheteur de rejeter immédiatement un bien affecté d'un défaut et lui imposent des obligations et des devoirs trop strictes.⁵ Le vendeur est suffisamment protégé contre les demandes injustifiées de l'acheteur par les incombances de vérification de la chose et d'avis des défauts de l'article 201 CO, ainsi que par l'article 207 alinéa 3 CO qui prévoit que si la chose périclite par la faute de l'acheteur, seule une diminution du prix est possible.

L'article 204 du projet tient ainsi compte de ces éléments et limite la portée de cette disposition aux seules ventes entre professionnels du commerce. La définition du

⁴ Selon HANS GIGER, *Berner Kommentar*, vol. VI/2, Berne 1979, n. 7 ad art. 201 CO, l'argument de la sécurité des transactions ne devrait concerner que les ventes commerciales.

⁵ Voir Hans GIGER, *op. cit.*, n° 5 et 12 ad art. 204 CO.

vendeur et de l'acheteur professionnels doit être déduite, à nouveau, de l'article 40a alinéa 1 CO actuel.

210.19 Article 205 alinéas 1 et 4 (nouveaux)

L'actuel article 205 alinéa 1 CO énumère les actions que peut exercer l'acheteur d'un corps certain non conforme au contrat: l'acheteur a le choix entre la résolution du contrat et la réduction du prix. Cependant, l'actuel article 205 CO ne prévoit pas l'obligation de réparer la chose défectueuse, contrairement à l'article 368 alinéa 2 CO, qui la connaît pour le contrat d'entreprise.

Par ce rejet de l'action en réparation en matière de vente, le législateur souhaitait éviter les problèmes pratiques liés à la question de déterminer si le défaut est réparable ou non.⁶ Le Tribunal fédéral nie l'existence d'un remède de réparation (ATF 95 II 119 = JdT 1970 I 238, cons. 6). Une grande partie de la doctrine refuse également d'interpréter ce silence de la loi comme une lacune.⁷ Certains auteurs, en revanche, estiment que la réparation est une conséquence de l'exécutabilité de l'obligation de conformité.⁸ Ces derniers mettent en outre en évidence la contradiction que contient la jurisprudence fédérale qui permet à l'acheteur de réclamer le coût de la réparation au vendeur par le biais de la réduction du prix, mais pas la réparation elle-même. De plus, il convient d'insister sur le fait que le moyen de la réparation peut en pratique revêtir une grande utilité lorsque, par exemple, l'objet de la vente est difficile à déplacer et/ou exige une réparation sophistiquée que seul le vendeur est en mesure d'effectuer. C'est la raison pour laquelle la réparation figure dans de nombreuses lois récentes, dont la Directive européenne (art. 3 al. 2 et 3) ainsi que la Convention de Vienne (art. 46 al. 3).

Le projet met également à la disposition de l'acheteur ce nouveau moyen dans l'art. 205 aux côtés de la réhabilitation et de la réduction du prix.

Bien entendu, la possibilité de recourir à la réparation est limitée aux cas où celle-ci peut se faire sans coût excessif pour le vendeur. Ainsi, l'alinéa 1 lettre c prévoit que si la réparation est impossible ou disproportionnée par rapport à l'étendue ou à la nature du défaut, l'acheteur ne peut recourir à ce moyen. Il appartiendra au juge de déterminer l'accessibilité à ce moyen.

L'article 205 est complété par un nouvel alinéa 4 qui précise que lorsque l'acheteur n'a pu obtenir du vendeur qu'il répare l'objet de la vente, il peut recourir aux autres moyens prévus par l'alinéa 1. Cette règle évite que l'acheteur ne soit contraint d'in-

⁶ Voir WALTHER MUNZINGER, *Projet de Code de commerce suisse*, Genève 1864, p. 252.

⁷ Voir MAX KELLER/KURT SIEHR, *Kaufrecht*, Zurich 1995, p. 96 ss.

⁸ BEAT GULDIMAN, *Der Nachbesserungsanspruch von Käufer und Besteller im Schweizerischen Recht*, Bâle 1986, p. 13 et 67 ss et THOMAS ALEXANDER SCHLUEP, *Der Nachbesserungsanspruch und seine Bedeutung innerhalb der Mängelhaftung des Schweizerischen Kaufrecht*, Tolochenaz 1990, p. 57 ss.

voquer les articles 102 ss CO sur la demeure du débiteur pour obtenir du vendeur qu'il exécute son obligation de conformité sous forme de réparation. En cas de refus de réparer, de retard dans la réparation ou de réparation mal effectuée, l'acheteur peut opter pour la réduction du prix, cas échéant, pour la résolution de la vente.

210.20 Article 206

L'article 206 CO actuel énumère les moyens de l'acheteur qui a reçu une chose de genre défectueuse. L'article 206 alinéa 1 du projet se distingue du droit actuel dans la mesure où, par une référence aux moyens de l'article 205, il introduit l'action en réparation pour les choses de genre également. En effet, il ne se justifie pas de limiter l'utilisation de cette action à l'acheteur d'un corps certain défectueux. Les raisons qui sous-tendent l'introduction de la réparation pour les corps certains restent valables, et le sont même a fortiori, pour les choses de genre.⁹ A titre d'exemple, l'acheteur d'un ordinateur neuf (chose de genre) ne devrait pas disposer de moins de moyens que l'acheteur d'un ordinateur usagé (corps certain). De surcroît, un tel moyen peut éviter que l'acheteur d'une chose de genre ne recourt à la livraison de remplacement pour remédier à la livraison non conforme.

Le projet supprime la référence aux dommages-intérêts contenue dans l'alinéa 2 de l'article 206 CO actuel. Ces dommages-intérêts sont prévus par l'article 209a du projet.

210.21 Article 208 alinéas 2 et 3

L'article 208 CO actuel règle les conséquences de la résolution du contrat sur les obligations de l'acheteur et du vendeur.

Le projet ne modifie pas la réglementation actuelle relative à la restitution de l'objet de la vente et du prix,. En revanche, le projet ôte toute référence aux dommages-intérêts de l'article 208 CO actuel en supprimant une partie de son alinéa 2 et l'intégralité de l'alinéa 3. Tous les aspects de l'octroi de dommages-intérêts sont contenus dans le nouvel article 209a, qui s'applique aux cas de violation de l'obligation de garantie des défauts.

Par ce remaniement systématique il est mis fin à une controverse sur l'application analogique des alinéas 2 et 3 de l'article 208 aux cas où l'acheteur ne peut ou ne veut résoudre le contrat malgré la violation de l'obligation de conformité. En effet, la réglementation actuelle de l'obligation de conformité ne prévoit l'octroi de dommages-intérêts qu'avec le remède de la réhibition. Elle ne prévoit pas ce type de prétention pécuniaire en complément des autres remèdes édiliens ou en tant que remède alternatif.

⁹ GULDIMAN, op. cit., p. 75 et 76.

210.22 Article 209a (nouveau)

Les articles 197 ss CO actuels ne prévoient l'octroi de dommages-intérêts qu'en cas de la résolution au sens de l'article 208 CO. Le Tribunal fédéral a remédié à ce silence de la loi, qu'il considère comme une lacune, en appliquant l'article 97 CO aux cas de violation de l'obligation de conformité (ATF 63 II 401 = JdT 1938 I 306, cons. 2¹⁰). Ainsi, lorsque l'acheteur réclame la diminution du prix et que le vendeur est en faute, l'acheteur peut exercer parallèlement une action en dommages-intérêts basée sur l'article 97 CO (ATF 107 II 161 = JdT 1981 I 582, cons. 7a). En outre, l'acheteur peut se contenter de déclarer maintenir le contrat et réclamer des dommages-intérêts positifs sur la base de l'article 97 CO (ATF 63 II 401 = JdT 1938 I 306, cons. 3b). Les actions basées sur l'article 97 CO sont soumises par notre jurisprudence aux délais et aux incombances des remèdes édiliens (ATF 63 II 401 = JdT 1938 I 306, cons. 3b; ATF 90 II 86 = JdT 1964 I 560, cons. 1). Une partie de la doctrine approuve le Tribunal fédéral.¹¹ Cependant, un bon nombre d'auteurs préconise l'application analogique de l'article 208 alinéas 2 et 3 CO à l'action en dommages-intérêts de l'acheteur qui ne résout pas le contrat.¹² L'application analogique de l'alinéa 3 de l'article 208 CO revient pratiquement au même que l'application de l'article 97 CO. Ces deux dispositions permettent en effet à l'acheteur de se faire dédommager pour l'ensemble de ses pertes, à moins que le vendeur ne démontre l'absence de toute faute de sa part. De plus, l'action en dommages-intérêts de l'article 97 CO est soumise par la jurisprudence aux incombances et délais de la réglementation de la garantie des défauts. En revanche, l'application analogique de l'alinéa 2 de l'article 208 CO aux cas où l'acheteur maintient le contrat, permettrait à ce dernier de réclamer la réparation de son dommage direct même en l'absence de faute du vendeur. Les raisons qui poussent certains auteurs à préconiser cette extension de la responsabilité causale du vendeur tiennent à des considérations d'équité. En effet, l'importance du préjudice causé par la non-conformité ne dépend pas de la question de savoir si le vice est rédhibitoire. L'objet de la vente peut être affecté d'un vice mineur qui ne jus-

¹⁰ Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral exclut l'application analogique de l'art. 208 al. 2 CO en raison de son caractère exceptionnel.

¹¹ HANS BECKER, in *Berner Kommentar*, vol. VI/2, Berne 1934, n. 2 ad art. 205 CO; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, *Zürcher Kommentar*, 2ème éd., Zurich 1936, n. 16 ad art. 205 CO; HEINRICH HONSELL, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, vol. I, 2^e éd. Bâle 1996, n. 7 ad art. 208 CO, préféreraient que le Tribunal fédéral applique l'art. 208 al. 3 CO par analogie plutôt que l'art. 97 CO.

¹² Voir GIGER, *op. cit.*, n. 56 ad art. 208 CO; PIERRE CAVIN, *La vente, l'échange, la donation*, in: *Traité de droit privé suisse*, vol. VII/I/1, Fribourg 1978, p. 103; THEO GUHL/HANS MERZ/ALFRED KOLLER, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9ème éd., Zurich 2000, p. 388; HANS-PETER KATZ, *Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten*, Zurich 1974, p. 78; ALFRED SCHUBIGER, *Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung*, Berne 1957, p. 90 ss; KELLER/SIEHR, *op. cit.*, p. 93 et 94.

tifie qu'une réduction de son prix - par exemple une machine dont il manque une pièce -, mais qui cause un préjudice important - par exemple, la paralysie de toute une usine pendant un mois. Certes, l'alinéa 2 de l'article 208 CO va à l'encontre des principes généraux (art. 97 et 109 al. 2 CO) dans la mesure où il prévoit des dommages-intérêts en l'absence d'une faute du vendeur. Cependant, dans le cadre des articles 197 ss CO, cette responsabilité causale se justifie à tout le moins pour protéger la partie la plus faible.

Le projet respecte ainsi les particularités des dommages-intérêts contenus dans l'article 208 CO actuel, en particulier la distinction entre dommage direct et indirect; il étend cependant l'application de ce moyen à la réparation de tous les types de non-conformité, réhabilitatoires ou non. Ainsi, des dommages-intérêts peuvent être réclamés en concours avec les autres moyens édiliciens (livraison de remplacement, réparation ou réduction du prix). Ils peuvent également être réclamés comme une alternative aux autres moyens édiliciens.

210.23 Article 210

L'article 210 CO actuel prévoit que les actions édiliciennes se prescrivent dans un délai d'une année dès la livraison de la chose défectueuse. Ce délai est considérablement plus court que le délai de prescription ordinaire, qui est de 10 ans (art. 127 et 128 CO). En outre, il est indépendant de la découverte du défaut, puisque son point de départ est la livraison de la chose (ATF 107 II 231 = JdT 1982 I 71, cons. 3). La jurisprudence l'applique à tous les droits et à toutes les actions dérivées de l'obligation de conformité (ATF 96 II 181, cons. 3).

La *ratio legis* de l'article 210 CO - comme celle de l'article 201 CO - est la sauvegarde de la sécurité du droit et l'administration aisée des preuves. (ATF 78 II 367 = JdT 1953 I 273; ATF 102 II 97, cons. 2b) Cependant, dans de nombreux cas, un délai d'un an s'avère injuste à l'égard de l'acheteur, par exemple lorsque les créances qui résultent de la violation de l'obligation de conformité se prescrivent avant même que le défaut n'apparaisse ou lorsque apparaissent tardivement des défauts consécutifs, c'est-à-dire causés par le défaut originaire (ATF 90 II 86 = JdT 1964 I 560, cons. 1). L'acheteur-revendeur, qui aura dédommagé l'acheteur final, se trouvera souvent dans la situation où le recours contre son vendeur est prescrit. Ainsi, la brièveté de ce délai peut réduire à néant les prétentions justifiées de l'acheteur ou faire supporter au dernier vendeur de la chaîne de distribution tout le dommage lié au défaut.

La Convention de Vienne, ratifiée par la Suisse, ne contient pas de délai de prescription des actions édiliciennes, mais prévoit, à l'article 39 alinéa 2, un délai de péremption de deux ans, à compter de la livraison, pour la remise de l'avis de défaut. La question de la prescription des actions édiliciennes dans le cadre d'une vente soumise à la Convention de Vienne s'est posée dans une décision récente de la Cour de

Justice de Genève.¹³ Dans ce cas, l'acheteur avait donné l'avis des défauts en respectant la Convention de Vienne, mais son action avait été exercée plus d'une année après la livraison défectueuse. En l'absence de règle sur la prescription dans la Convention de Vienne, la Cour de Justice de Genève a appliqué le droit suisse à la prescription conformément aux règles du droit international privé. Cependant, la Cour a estimé que par sa brièveté, l'article 210 CO violait l'esprit de la Convention de Vienne. Elle a donc adapté l'article 210 CO à la Convention de Vienne en portant le délai de prescription à deux ans.

La jurisprudence fédérale (ATF 102 II 97) écarte l'application de la prescription annuelle de l'article 210 CO lorsque l'acheteur peut prouver que le vendeur entendait réellement permettre l'exercice des remèdes édiliciens au-delà d'une année.

Toutes ces raisons font que le projet porte le délai de prescription à deux ans, ce qui mettrait notre Code des obligations en harmonie avec la Directive européenne (art. 5 al. 1) et avec la Convention de Vienne.

22 Loi fédérale contre la concurrence déloyale

221 Article 3 lettre b^{bis} (nouveau)

Des règles de transparence existent déjà dans la loi sur la concurrence déloyale (LCD) actuelle, à savoir dans la clause générale de l'article 2 et dans l'interdiction de fournir des indications fallacieuses de l'article 3 lettre b. Ces règles ont une portée générale: elles s'appliquent quelle que soit la forme ou la méthode de commercialisation. Il est évident qu'en ce qui concerne les méthodes de commercialisation où les parties ne sont pas présentes physiquement, ni lors de la phase de l'offre ni à la conclusion du contrat, les exigences en matière de transparence concernant l'auteur de l'offre et les marchandises et services proposés sont différentes de celles qui s'appliquent aux méthodes de commercialisation où les parties sont présentes. Le droit suisse connaît donc aujourd'hui une lacune qui a été exploitée de différentes manières, et cela au détriment de la place économique suisse. A ce propos, il convient de citer les « sociétés boîtespostales » d'origine étrangère (voir ch. 124) : afin de vendre à distance des produits douteux, ces sociétés utilisent une adresse suisse sans dévoiler leur siège social ou leur véritable origine.

C'est pourquoi, l'article 3 lettre b^{bis} introduit certaines exigences en matière de transparence lorsque des marchandises, des œuvres ou des prestations sont proposées par le biais de méthodes de vente à distance. Il exige des indications claires et complètes concernant l'identité de l'auteur de l'offre, son siège social ou son domicile, son adresse, les caractéristiques essentielles des produits offerts, les prix, tous les frais à la charge du client et les conditions de paiement.

¹³ Une décision du 10 octobre 1997, reproduite in *Les Ventes Internationales*, Journée d'étude en l'honneur du Professeur KARL H. NEUMAYER, éd. S. Bettschart, Lausanne 1998, p. 141 ss.

L'obligation d'information essentielle en matière de vente à distance consiste à communiquer son identité, son siège social et son adresse. De cette manière, les vendeurs douteux ne sont plus en mesure de se réfugier derrière toutes sortes de désignations fantaisistes et d'utiliser des cases postales anonymes ; au contraire, ils sont tenus d'employer le nom de la société qui est inscrit au registre du commerce, d'indiquer le siège réel et de fournir une adresse à laquelle les clients mécontents peuvent adresser leurs réclamations. Etant donné que lors d'une vente à distance, contrairement à une vente dans un magasin, le client ne découvre la marchandise ou la prestation qu'au moment de sa livraison, il est légitime d'exiger de l'auteur de l'offre une certaine description des caractéristiques essentielles des produits proposés. Des prix clairs et des indications complètes sur les frais à la charge du client renforcent la transparence. Les conditions de paiement constituent également un élément important de cette méthode de commercialisation puisqu'il n'y a pas de paiement comptant sans la présence physique des parties.

La forme sous laquelle les informations doivent être communiquées dépend de la méthode de vente à distance utilisée. Lorsque l'offre parvient par écrit (par courrier postal ou électronique, télécopie), les informations exigées doivent ressortir des documents correspondants. Si les produits sont proposés sur un réseau de transmissions de données comme Internet, les indications nécessaires doivent être fournies sur le site.

Pour définir la notion d'offre à distance au sens de la LCD, il y a lieu de se référer aux explications fournies au chapitre consacré au droit de révocation en matière de droit des obligations (art. 40c P-CO ; voir ch. 210.07). La définition a pour objet le contrat de vente à distance, mais certains de ses critères sont aussi valables pour la phase précontractuelle de l'offre, laquelle relève de la législation relative à la concurrence déloyale. Ce qui est déterminant dans ce contexte est le fait que l'auteur de l'offre propose ses marchandises, ses œuvres ou ses prestations par le biais d'un système de vente qui utilise une ou plusieurs techniques de communication à distance et qui permet la conclusion d'un contrat sans que les parties soient présentes physiquement. Par moyen de communication à distance, on entend par exemple le courrier postal ou électronique, le téléphone, le fax, la télévision, le télétexte ou Internet. En outre, l'auteur de l'offre doit avoir mis en place une structure qui permet la vente à distance de ses produits (= système de vente à distance), ou la vente à distance doit être devenue une pratique régulière. Le fait d'utiliser une autre méthode de vente parallèlement à la vente à distance n'empêche pas l'application du nouvel article 3 lettre b^{bis}.

La protection offerte par la nouvelle disposition s'applique à l'ensemble des clients. Il y a les consommateurs au sens étroit mais aussi les industries, les acheteurs professionnels ainsi que tout client potentiel d'une entreprise exerçant la vente à distance.

La nouvelle disposition a été introduite sous la lettre b^{bis} parce qu'elle concrétise la lettre b; en effet, elle interdit de fournir des indications fallacieuses en matière de vente à distance, y compris dans le commerce électronique.

Les obligations d'information en matière de vente à distance introduites dans la loi contre la concurrence déloyale correspondent aux critères de l'article 4 de la directive 97/7/CE sur les contrats à distance, qui prévoit d'ailleurs un plus grand nombre d'informations à fournir. Cette nouvelle réglementation, qui s'applique à la phase précontractuelle, est complétée par les règles du code des obligations qui exigent des informations pendant ou après la conclusion du contrat (art. 40d P-CO).

222 Article 6a (nouveau)

Alors que les nouvelles obligations d'informer prévues à l'article 3 lettre b^{bis} s'appliquent de manière générale à la vente à distance, y compris au commerce électronique, l'article 6a ne concerne que le commerce électronique. Les devoirs d'informations qui figurent dans cet article, en partie de nature technique, sont consacrés spécifiquement au commerce électronique.

L'auteur de l'offre en ligne doit tout d'abord fournir les coordonnées claires et complètes d'une adresse de contact, y compris celle du courrier électronique (let. a). Une des caractéristiques du commerce électronique réside dans la facilité et la vitesse avec lesquelles on peut procéder à une commande, laquelle, une fois envoyée, ne peut plus être annulée sans autre. Le client doit avoir la possibilité de contacter l'auteur de l'offre directement et par le même moyen technique. C'est pourquoi, l'auteur de l'offre est tenu de mettre à disposition du client une adresse de contact, y compris celle du courrier électronique.

Cette obligation est étroitement liée à celle d'indiquer les différentes étapes techniques qui mènent à la conclusion du contrat (let. b). Il n'est pas admissible que, compte tenu de la vitesse et de la facilité avec lesquelles une commande peut être effectuée, une personne ignore qu'elle envoie un formulaire de commande. Pour cette raison, l'auteur de l'offre doit indiquer quelles sont les étapes techniques qui conduisent à la conclusion du contrat. En outre, il doit mettre à disposition du client les moyens techniques qui lui permettent, avant que la commande soit enregistrée, d'identifier et de corriger les éventuelles erreurs commises dans la saisie des données (let. c).

Toutes ces exigences sont non seulement dans l'intérêt des clients mais aussi dans celui des auteurs sérieux d'offres : en effet, elles évitent à ces derniers d'être confrontés à des tracasseries administratives inutiles, comme les demandes d'annulation ou de révocation du contrat. Ainsi, agit de façon déloyale celui qui offre, par la voie du commerce électronique, des marchandises, des œuvres ou des prestations et qui omet de fournir l'une de ces informations.

Le nouvel article 6a s'appuie sur les obligations d'informer prévues dans la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, en particulier aux articles 5 alinéa 1 lettre c et 10 alinéa 1. Parmi les obligations générales de l'article 5 alinéa 1 de la directive, il ne reprend que l'obligation d'indiquer l'adresse de contact ; l'identité et l'adresse géographique du prestataire de services exigées par la directive sont reprises par l'article 3 lettre b^{bis} P-LCD. Comme les autres devoirs d'information figurant à l'article

5 de la directive n'ont pratiquement aucune influence sur la décision de l'acheteur, ils n'ont pas été repris (le numéro d'immatriculation au registre du commerce, le numéro d'identification de la taxe sur la valeur ajoutée, etc.). De même, l'obligation de faire figurer les communications commerciales (art. 6 de la directive) n'a pas été reprise. Enfin, parmi les exigences prévues à l'article 10 de la directive et qui concernent la conclusion de contrats par la voie du commerce électronique, l'article 6a n'en reprend que deux vraiment essentielles.

223 Article 23

L'article 23 punit celui qui commet les actes de déloyauté énumérés la plupart dans la partie consacrée au droit civil. Il s'agit de délits poursuivis sur plainte. Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les articles 9 et 10. Il s'agit donc de faire entrer le nouvel article 6a dans le catalogue des faits constitutifs d'infractions. Les éléments constitutifs du nouvel article 3 lettre b^{bis} se retrouvent dans l'article 3 précité.

3 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel et sur l'économie nationale

31 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

La loi fédérale sur le commerce électronique touche en premier lieu le droit des contrats et n'a de conséquences financières et d'effets sur l'état du personnel ni pour la Confédération ni pour les cantons.

32 Effets sur l'économie nationale

Les révisions partielles proposées du code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale renforcent la confiance, des consommateurs en particulier, dans le commerce électronique. Elles contribuent à ce que le commerce électronique puisse continuer à se développer en Suisse de manière profitable. La solution proposée, parce qu'inspirée du droit européen, empêche que les consommateurs suisses n'achètent dans les pays voisins du seul fait qu'ils y trouvent une meilleure protection juridique qu'en Suisse. Enfin, le projet va à l'encontre de fournisseurs étrangers cherchant à s'installer en Suisse pour y pratiquer un dumping basé sur les disparités en droit de la consommation. Le projet ne protège ainsi pas uniquement les intérêts des consommateurs, mais aussi des fournisseurs.

4 Programme de la législature

Le Conseil fédéral a annoncé le Message relatif à la loi fédérale sur la signature et le commerce électroniques dans ses buts de la législature 1999-2003 (FF 2000 2228).

5 Relation avec le droit européen

L'UE a adopté plusieurs directives qui concernent directement ou indirectement le commerce électronique:

- directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE L 144 du 4.6.1997, p. 19 ss Les Etats membres devaient transposer cette directive jusqu'au 5 mai 2000 (art. 15 al. 1).
- directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE L 171 du 7.7.1999, p. 12 ss. La directive doit être transposée par les Etats membres jusqu'au 1er janvier 2002.
- directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), JOCE L 178 du 17.7.2000, p. 1 ss. Les Etats membres doivent se conformer à la directive jusqu'au 17 janvier 2002.

La présente loi fédérale sur le commerce électronique correspond dans une large mesure - en ce qui concerne le droit de la concurrence et la conclusion des contrats par la voie électronique - aux dispositions des trois directives mentionnées. On notera sans doute des différences, là où les solutions du droit européen ne sont pas convaincantes. Ainsi, par exemple, le niveau de protection des consommateurs en matière de contrats conclus à distance reste en deçà du niveau garanti par la directive correspondante. Dans l'intérêt du fournisseur, le délai de révocation (de sept jours) prévu à l'article 40e P-CO commence à courir dès la conclusion du contrat, même pour les contrats portant sur des biens, et non pas, comme la directive le prévoit, dès la réception du bien par le consommateur (art. 6 al. 1, sous-al. 2, 1er tiret).

Il reste enfin à signaler le projet de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil et les directives 97/7CE et 98/27/CE (JOCE C 385 du 11.12.98, p. 10 ss). Il n'a pas été repris dans le présent projet. Le Conseil fédéral pourra revoir ce choix en vue du message, si le projet de directive devait être adopté dans les prochains mois.

6 Fondements juridiques

61 Constitutionnalité

Le projet de loi se fonde sur les articles 96 alinéa 2 lettre b, 97 alinéa 1 et 122 alinéa 1 Cst. L'article 122 alinéa 1 Cst. donne compétence à la Confédération de légiférer en matière de droit civil. L'article 96 alinéa 2 lettre b permet à la Confédération de lutter contre la concurrence déloyale. L'article 97 alinéa 1 Cst. charge la Confédération de prendre des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices.

62 Délégation de compétences d'exécution

Le Conseil fédéral a, sur la base de l'article 40a alinéa 3 P-CO, la possibilité d'adapter aux modifications importantes du pouvoir d'achat le montant de 100 francs qui doit être atteint pour qu'un contrat soit soumis au droit de révocation.