

**Le consommateur face à l'obsolescence
programmée en droit suisse :**
**analyse sous l'angle contractuel et sous l'angle des pratiques
commerciales déloyales**

Mémoire de Master

Sous la direction de M. le Prof. Dario Hug

Rédigé par Benjamin Mathez

REMERCIEMENTS

Même si la rédaction de ce mémoire fut éminemment personnelle, j'aimerais tout de même adresser ces quelques lignes aux personnes m'ayant consacré du temps et du soutien dans l'élaboration de ce travail.

Tout d'abord, je tiens particulièrement à remercier ma famille et mes amis, qui m'ont soutenu et permis d'avancer dans la rédaction de ces quelques lignes et avec qui j'ai pu énormément échanger sur le sujet. Merci également aux personnes pour la relecture attentive et critique de ce mémoire, elles se reconnaîtront.

Ensuite, je tiens à remercier les personnes qui m'ont permis de mieux comprendre et appréhender l'obsolescence programmée, lesquelles luttent contre ce phénomène. Il s'agit notamment de Thomas Putallaz, président de l'association NoOPS, qui m'a mis en contact avec Me Luca Minotti, vice-président de la même association et soutien juridique dans l'affaire portée devant le Tribunal fédéral à l'encontre d'Apple, lequel m'a fait bénéficier de son expérience sur le sujet. Laurianne Altwegg, responsable environnement, agriculture et énergie au sein de la FRC, qui m'a accordé une entrevue et fourni des pistes sur cette problématique dans sa globalité. Marine Stücklin, responsable droit et politique au sein de la FRC, qui m'a gracieusement accordé son temps dans de longues discussions sous l'angle juridique de ce phénomène. Et finalement, Lydie Tollemer, juriste spécialisée en droit français de la consommation et référente pôle juridique de l'association française HOP, qui m'a fait part de son expertise sur le sujet.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	III
LISTE DES ABRÉVIATIONS	VI
BIBLIOGRAPHIE	X
AUTRES DOCUMENTS UTILISÉS	XVIII
I. INTRODUCTION	2
II. GÉNÉRALITÉS	4
A. OBSOLESCENCE PROGRAMMÉE	4
1. Caractérisation	4
a. Définition	4
b. Formes et distinctions	5
2. Historique	8
a. Cartel Phoëbus	9
b. Ipod d'Apple	10
c. « <i>Batterygate</i> » d'Apple	10
d. Fabricants d'imprimantes	12
e. Publicité Microsoft et Chromebook	12
f. Nintendo Switch	13
3. Enjeux et domaines concernés	13
4. Situation actuelle face à cette pratique	14
a. À l'étranger	15
(i) Législation spécifique à l'obsolescence programmée	16
(ii) Mesures alternatives	18
b. En Suisse	21
B. QUALITÉ DE CONSOMMATEUR EN DROIT SUISSE	23
1. Notion de consommateur	23
a. En rapport avec la qualité des parties	24
b. En rapport avec la finalité du contrat de consommation	25
c. En rapport avec le critère de la prestation de consommation courante	25
2. Conséquences de la qualité de consommateur	26
III. PROTECTIONS ENVISAGEABLES EN DROIT SUISSE	28
A. DONNÉES DE LA PROBLÉMATIQUE	28
1. « Éléments constitutifs » de l'obsolescence programmée	28
a. Exemple du droit français	29
b. En droit suisse	29
2. Fardeau de la preuve	30
a. Allègement du fardeau de la preuve	31
b. Suspicion comme défaut ?	32

3.	Dommage	32
4.	Litige de masse	33
B.	SOUS L'ANGLE CONTRACTUEL	34
1.	Garantie pour les défauts	35
a.	Conditions communes des actions édiliciennes.....	35
	(i) Existence d'un défaut.....	36
	(ii) Défaut ignoré de l'acheteur.....	37
	(iii) Conditions d'exercice et prescription.....	38
	(iv) En cas de dissimulation frauduleuse du défaut.....	40
b.	Actions spécifiques.....	41
	(i) Action rédhibitoire.....	42
	(ii) Action minutoire.....	44
c.	Action en dommages-intérêts.....	45
2.	Vices du consentement	48
a.	Invalidation pour dol.....	48
	(i) Auteur du dol.....	49
	(ii) Conditions.....	50
b.	Invalidation pour erreur.....	51
	(i) Erreur de base.....	51
	(ii) Conditions.....	52
c.	Invocation de l'invalidation.....	54
d.	Effets de l'invalidation.....	55
e.	Action en dommage-intérêts en cas d'invalidation ou de ratification.....	57
	(i) Indemnisation de la part du consommateur.....	57
	(ii) Indemnisation de la part du vendeur.....	58
	(iii) Prescription.....	60
3.	Responsabilité délictuelle : alternative à la garantie pour les défauts ?	60
a.	En cas d'obsolescence programmée.....	61
	(i) Conditions.....	61
	(ii) Effets.....	63
b.	Analogie avec un cas similaire : arrêt allemand BGH VIII ZR 386/02.....	64
c.	En droit suisse.....	65
4.	Cas spécifique d'un appareil et d'un logiciel	65
a.	Actions envisageables.....	66
b.	Appareil et logiciel.....	67
c.	Vendeur et donneur de licence.....	68
5.	For et droit applicable (aperçu)	70
C.	SOUS L'ANGLE DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES	71
1.	Notion et délimitations en lien avec le droit européen	72
2.	Conditions générales (éléments constitutifs de l'art. 2 LCD)	74
a.	Comportement ou pratique commerciale.....	75
b.	Influence sur le fonctionnement du marché.....	75

c.	Tromperie ou contravention aux règles de la bonne foi.....	76
3.	Pratique commerciale agressive	77
4.	Pratique commerciale trompeuse.....	78
a.	Exemple : décision italienne PS11039 – Apple-Aggiornamento Software	79
b.	Indications inexactes ou fallacieuses	80
(i)	Éléments constitutifs	81
(ii)	Applicabilité à un cas d’obsolescence programmée.....	83
c.	Tromperie sur la marchandise.....	84
(i)	Éléments constitutifs	84
(ii)	Applicabilité à un cas d’obsolescence programmée.....	87
5.	Qualité pour agir.....	87
a.	Clients	88
b.	Organisations de défense des consommateurs	89
c.	Confédération.....	91
6.	Sanctions civiles.....	92
a.	Actions défensives	92
(i)	Conditions	92
(ii)	Applicabilité à un cas d’obsolescence programmée.....	94
b.	Action en réparation du dommage	95
(i)	Conditions	96
(ii)	Applicabilité à un cas d’obsolescence programmée.....	98
7.	Sanctions pénales	100
8.	For et droit applicable (aperçu).....	101
D.	PROPOSITIONS DE SOLUTIONS ALTERNATIVES	102
1.	Législation « répressive »	103
2.	Législation « préventive ».....	104
IV.	CONCLUSION.....	106

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ACSI	Associazione consumatrici della Svizzera Italiana
ADC	Annuaire de droit suisse de la consommation (=JKR)
ADEME	Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (française)
AGCM	Autorité garante de la concurrence et du marché italienne
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (= PJA)
al.	alinéa(s)
AP-CPC	Avant-projet relatif à la modification du Code de procédure civile (CPC) (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)
ARPP	Autorité de régulation professionnelle de la publicité française
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738)
BGH	Bundesgerichtshof
BEE	Bureau européen de l'environnement
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CE	Commission européenne
CEC	Centre européen de la Consommation
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise, droit industriel, droit d'auteur, droit commercial de l'Université de Lausanne
cep.	cependant
CESE	Comité économique et social européen
CF	Conseil fédéral
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CJ	Cour de justice
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CL	Convention de Lugano du 30 octobre 2007 (RS 0.275.12)
CO	Code des obligations suisse du 30 mars 1911 (RS 220)
COMCO	Commission de la concurrence
consid.	considérant(s)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 271)

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CVIM	Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (RS 0.221.211.1)
DC	Droit de la construction : Revue du droit de la construction et des marchés publics
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes française
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (RS 313.0)
éd.	édition(s)
édit.	éditeur(s)
ég.	également
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FRC	Fédération romande des consommateurs (homologue suisse-alsacienne : SKS)
HAVE	Haftung und Versicherung (= REAS)
HOP	Halte à l'obsolescence programmée (association de droit français)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>Id.</i>	<i>Idem</i> (le même)
Intro.	Introduction
ISDC	Institut suisse de droit comparé
JdT	Journal des tribunaux
JDP	Jury de déontologie publicitaire français
JKR	Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts (= ADC)
kf	Konsumentenforum Schweiz
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LChim	Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (RS 813.1)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDAI	Loi fédérale du 20 juin 2014 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.0)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
let.	lettre(s)

Loi AGECE	Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire
Loi sur la transition énergétique	Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte
LPC	Loi québécoise sur la protection du consommateur (P-40.1)
LRFP	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944)
LSPr	Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (RS 942.20)
LVF	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3)
N	numéro(s) marginal(aux)
n°	numéro(s)
nbp	note de bas de page
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NoOPS	No Obsolescence Programmée Suisse (association de droit suisse)
n.p.	non publié
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
para.	paragraphe(s)
part.	partie(s)
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique juridique actuelle (= AJP)
pt	point(s)
réf.	référence(s)
REAS	Responsabilité et Assurance (= HAVE)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
Rem. lim.	Remarques liminaires
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence (= SJZ)
RSPG	Revue suisse de procédure civile
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	suivant(e)
SJ	Semaine judiciaire

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (= RSJ)
SKS	Stiftung für Konsumentenschutz (homologue suisse-romand : FRC)
ss	suivant(e)s
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (= RSPG)
TF	Tribunal fédéral suisse
trad.	traduction
Vol.	Volume(s)
ZPO	Zivilprozessordnung (= CPC)

BIBLIOGRAPHIE

- ANDERS Günther, *L'obsolescence de l'homme – Sur l'âme à l'époque de la deuxième révolution industrielle (1956)*, Paris 2002 (cité : ANDERS).
- BAUDENBACHER Carl, in : Baudenbacher (édit.), *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle/Genève/Munich 2001, art. 1-2 LCD (cité : BAUDENBACHER).
- BAUDENBACHER Carl/GLÖCKNER Jochen, in : Baudenbacher (édit.), *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle/Genève/Munich 2001, art. 3 al. 1 let. a-c, e-m LCD et art. 9 LCD (cité : BAUDENBACHER/GLÖCKNER).
- BAUDENBACHER Carl/BANKE Klaus, in : Baudenbacher (édit.), *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle/Genève/Munich 2001, art. 10 LCD (cité : BAUDENBACHER/BANKE).
- BERGER Mathis, in : Hilty/Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013, art. 3 al. 1 let. f-h LCD (cité : BSK UWG-BERGER).
- BOHNET François, *Les actions collectives, spécialement en matière de consommation*, in : Carron/Müller (édit.), *Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis*, Bâle 2013, p. 159 ss (cité : BOHNET).
- BONOMI Andrea, in : Bucher (édit.), *Commentaire romand de la Loi sur le droit international privé et la Convention de Lugano*, Bâle 2011, art. 112-149 LDIP (cité : CR LDIP-BONOMI).
- BRACONI Andrea/CARRON Blaise/GAURON-CARLIN Sabrina, *Code civil suisse et code des obligations annotés*, 11^e éd., Bâle 2020 (cité : CC & CO annotés).
- BRUNNER Alexander, *Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht*, in : AJP/PJA 1992, p. 591 ss (cité : BRUNNER).
- BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 3^e éd., Bâle 2013 (cité : BUCHER/BONOMI).
- BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2^e éd., Zurich 1988 (cité : BUCHER).
- BÜYÜKSAGIS Erdem, « *Class action* » : *un Américain à Berne ?*, in : HAVE/REAS 2018/2019, p. 473 ss (cité : BÜYÜKSAGIS).

- CARRON Blaise, *La protection du consommateur lors de la formation du contrat*, in : Carron/Müller (édit.), *Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis*, Bâle 2013, p. 97 ss (cité : CARRON).
- CARRON Blaise/FÉROLLES Yann, *Le dommage consécutif au défaut*, in : Werro/Pichonnaz (édit.), *Le dommage dans tous ses états – Sans le dommage corporel ni le tort moral*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Université de Fribourg, Berne 2015 (cité : CARRON/FÉROLLES).
- EBER Cécilia, *Le traitement juridique de l'obsolescence programmée*, mémoire de Master II, Université de Montpellier 2011-2012 (cité : EBER).
- FELLMANN Walter/KOTTMAN Andrea, *Schweizerisches Haftpflichtrecht – Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*, Tome I, Berne 2012 (cité : FELLMANN/KOTTMAN).
- FERRARI HOFER Lorenza, in : Heizmann/Loacker (édit.), *Kommentar des Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Zurich/Saint-Gall 2018, art. 2 LCD (cité : UWG-FERRARI HOFER).
- FERRARI HOFER Lorenza/VASELLA David, in : Amstutz/Roberto/Trüb (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse : FusG, UWG, PauRG und KKG*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 1-28 LCD (cité : CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA).
- FORNAGE Anne-Christine/CHABLOZ Isabelle, in : Martenet/Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand de la loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017, Rem. lim. aux art. 9-11 LCD (cité : CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ).
- FORNAGE Anne-Christine, in : Martenet/Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand de la loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017, art. 9-11 LCD (cité : CR LCD-FORNAGE).
- FORNAGE Anne-Christine, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant – Étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand*, thèse, Berne 2011 (cité : FORNAGE).
- FURRER Andreas/AEPLI Martina, in : Heizmann/Loacker (édit.), *Kommentar des Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Zurich/Saint-Gall 2018, art. 3 al. 1 let. i LCD (cité : UWG-FURRER/AEPLI).
- GAUCH Peter, *Der Werkvertrag*, 6^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité : GAUCH).
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 11^e éd., Tome I et II, Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER).

- GEISSBÜHLER Grégoire, *La course d'obstacles de l'obsolescence programmée*, in : Jusletter 5 mars 2018 (cité : GEISSBÜHLER, Jusletter).
- GEISSBÜHLER Grégoire, *L'obsolescence programmée : main invisible versus défaut invisible*, in : Hari (édit.), *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 133 ss (cité : GEISSBÜHLER).
- GIGER Hans, in : Hausheer (édit.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Band VI : Obligationenrecht. 2. Abteilung : Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 1. Teilband : Kauf und Tausch – Die Schenkung. 1. Abschnitt : Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR*, Berne 1979 (cité : BK OR-GIGER).
- GILLIÉRON Philippe, *Les dommages-intérêts contractuels*, thèse, Lausanne 2011 (cité : GILLIÉRON).
- GSELL Beate, *Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei "weiterfressendem" Mangel*, in : NJW 2004, 2. Halbband, p. 1913 ss (cité : GSELL).
- GUILLOD Olivier/STEFFEN Gabrielle, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand du Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 19-20 CO (cité : CR CO I-GUILLOD/STEFFEN).
- HABERKERN Stefanie/KATZAN Johannes, *Geleitwort*, in : Poppe/Longmuss (édit.), *Geplante Obsoleszenz – Hinter den Kulissen der Produktentwicklung*, Bielefeld 2019 (cité : HABERKERN/KATZAN).
- HALDY Jacques, in : Bohnet et al. (édit.), *Commentaire romand du Code de procédure civile*, 2^e éd., Bâle 2019, art. 1-45 CPC (cité : CR CPC-HALDY).
- HÄNNI Dominique, *Vers un principe d'intégrité de l'administration publique – La prévention de la corruption en droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2019 (cité : HÄNNI).
- HEISS Helmut, *Der Rechtsbegriff « Konsument »* in : Helmut/Loacker (édit.), *Grundfragen des Konsumentenrechts*, Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : HEISS).
- HILTY Reto M., in : Hilty/Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013, art. 1-2 LCD (cité : BSK UWG-HILTY).
- HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, 10^e éd., Berne 2017 (cité : HONSELL).
- HONSELL Heinrich, in : Widmer L./Oser (édit.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 7^e éd., Bâle 2020, art. 197-210 CO (cité : BSK OR I-HONSELL).

- HOWELLS Geraint/MICKLITZ Hans-W./WILHELMSSON Thomas, *European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot 2006 (cité : HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON).
- HUG Dario, *La formation du contrat de consommation – Entre régime général et approche sectorielle – analyse et perspectives en droit suisse*, thèse, Bâle 2020 (cité : HUG).
- HUG Dario, *Le consommateur en procédure civile suisse*, in : RJN 2018, p. 15 ss (cité : HUG, RJN 2018).
- HUG Dario, *La notion de consommateur : un ectoplasme juridique ?*, in : Jusletter 29 mars 2021 (cité : HUG, *La notion*).
- HUGUENIN Claire, *Die absichtliche Täuschung durch Dritte*, in : SJZ/RSJ, Zurich 1999, p. 261 ss (cité : HUGUENIN, SJZ 1999).
- HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité : HUGUENIN).
- HURNI Béatrice, *L'action civile en droit de la concurrence – Étude du droit suisse à la lumière du droit comparé et du droit de l'Union européenne*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2017 (cité : HURNI).
- JACKSON Tim, *Prosperité sans croissance – La transition vers une économie durable*, Bruxelles 2010 (cité : JACKSON).
- JUNG Peter, in : Jung/Spitz (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Stämpflis Handkommentar, 2^e éd., Berne 2016, art. 1-2 LCD (cité : SHK UWG-JUNG).
- JUNG Peter/SPITZ Philippe, in : Jung/Spitz (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Stämpflis Handkommentar, 2^e éd., Berne 2016, art. 10-11 LCD (cité : SHK UWG-JUNG/SPITZ).
- KAUFMANN-MOHI Emese/LOACKER Leander D., *Une fois consommateur, toujours consommateur ? – La réglementation des contrats dits à usage mixte au niveau européen et national*, in : Loacker/Zellweger-Gutknecht (édit.), *Differenzierung als Legitimationsfrage*, Zurich 2012, p. 145 ss (cité : KAUFMANN-MOHI/LOACKER).
- Keirsbilck Bert/Terryn Evelyne (édit.), *Consumer protection in a circular Economy*, Cambridge/Anvers/Chicago 2019 (cité : Keirsbilck/Terryn).
- KELLER Max/SIEHR Kurt, *Kaufrecht*, 3^e éd., Zurich 1995 (cité : KELLER/SIEHR).
- KILLIAS Martin/GILLIÉRON Gwladys, in : Hilty/Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013, art. 23 LCD (cité : BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON).

- KRAMER Ernst A./PROBST Thomas/PERRIG Roman, *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berne 2016 (cité : KRAMER/PROBST/PERRIG).
- KUONEN Nicolas, in : Martenet/Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand de la loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017, art. 3 al. 1 let. a-i LCD (cité : CR LCD-KUONEN).
- LATOUCHE Serge, *Bon pour la casse – Essai sur l’obsolescence programmée*, Nouvelle édition augmentée, Paris 2015 (cité : LATOUCHE).
- LIBAERT Thierry, *Consommation et controverse : le cas de l’obsolescence programmée*, in : C.N.R.S. Editions (édit.), Hermès, La Revue 2015/3 n° 73, p. 151 ss (cité : LIBAERT, Hermès 2015).
- LIBAERT Thierry, *Déprogrammer l’obsolescence*, Paris 2017, (cité : LIBAERT).
- LEROUX-CAMPELLO Marie/DUBOIS Charlotte, *Les fraudes*, in : Fenouillet (édit.), *Droit de la consommation*, Paris 2020, (cité : LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS).
- LOMBÈS Thomas/POUBEAU Bastien, *Obsolescence programmée : mythes et réalité*, mémoire de fin d’études, Paris 2014 (cité : LOMBÈS/POUBEAU).
- MACALUSO Alain/DUTOIT Hervé, in : Martenet/Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand de la loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017, Rem. lim. aux art. 23-27 LCD et art. 23-26 LCD (cité : CR LCD-MACALUSO/DUTOIT).
- MAK Vanessa/TERRYN Evelyne, *Circular Economy and Consumer Protection : The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law*, Journal of Consumer Policy 43 (2020), p. 227 ss (cité : MAK/TERRYN).
- MARCHAND Sylvain, *Droit de la consommation – Le droit suisse à l’épreuve du droit européen*, Genève/Zurich/Bâle 2012 (cité : MARCHAND).
- MARCHAND Sylvain, *Les fondamentaux de la responsabilité du fait des produits – Exposé introductif : sources, for et droit applicable, producteur et défaut*, in : Chappuis/Winiger (édit.), *La responsabilité du fait des produits*, Journée de la responsabilité civile 2016, Genève/Zurich/Bâle 2018 (cité : MARCHAND, LRFP).
- MARTENET Vincent/PICHONNAZ Pascal, in : Martenet/Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand de la loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017, Introduction générale (cité : CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ).
- MARTIN Anne-Cécile, *Le délit d’obsolescence programmée*, in : Recueil Dalloz, 1 octobre 2015, n° 33 p. 1944 (cité : MARTIN).

- MICKLITZ Hans W., *Squaring the Circle ? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, in : Keirsbilck/Terryn (édit.), *Consumer protection in a circular Economy*, p. 323 ss (cité : MICKLITZ).
- MORIN Arianne/FORNAGE Anne-Christine, *La vulnérabilité économique – Rapport suisse*, in : Thévenaz (édit.), *Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Captiant*, Vol. VI, Berne 2018, p. 97 ss (cité : MORIN/FORNAGE).
- MÜLLER Christoph, *Contrats de droit suisse – Présentation systématique des contrats les plus importants en pratique*, Berne 2021 (cité : MÜLLER, *Contrats*).
- MÜLLER Christoph, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013 (cité : MÜLLER, *La responsabilité civile*).
- OETIKER Christian, in : Jung/Spitz (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Stämpflis Handkommentar, 2^e éd., Berne 2016, art. 3 al. 1 let. i LCD (cité : SHK UWG-OETIKER).
- PACKARD Vance, *L'art du gaspillage*, Paris 1962 (cité : PACKARD).
- PEDRAZZINI Franco, *La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise*, Fribourg 1992 (cité : PEDRAZZINI).
- PEDRAZZINI Mario M./PEDRAZZINI Frederico A., *Unlauterer Wettbewerb – UWG*, 2^e éd., Berne 2002 (cité : PEDRAZZINI/PEDRAZZINI).
- PICHONNAZ Pascal, in : Martenet/Pichonnaz (édit.), *Commentaire romand de la loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017, art. 2 LCD et 8 LCD (cité : CR LCD-PICHONNAZ).
- PICHONNAZ Pascal, *Les contrats dans le droit de la consommation*, in : Braun (édit.), *Actualités du droit des contrats – Le contrat à la croisée des chemins*, CEDIDAC, Lausanne 2008, p. 45 ss (cité : PICHONNAZ).
- PICHONNAZ Pascal, *Les dommages consécutifs aux défauts, la prescription et l'action délictuelle*, in : DC 2016, p. 148 ss (cité : PICHONNAZ, DC 2016).
- PICHONNAZ Pascal, *L'intervention de l'État en matière de lutte contre les conditions générales abusives : Trop ou trop peu ?*, in : Belser Eva M./Waldmann Bernhard (édit.), *Mehr oder weniger Staat ?*, Berne 2015, p. 373 ss (cité : PICHONNAZ, *L'intervention de l'État*).
- REISCH Lucia, *Nature et culture de la consommation dans les sociétés de consommation*, in : L'Économie politique 2008/3, Vol. 39, p. 42 ss (cité : REISCH).
- RODRIGUEZ Rodrigo/KRÜSI Melanie/UMBRICHT Robert, in : Grolimund/Loacker/Schnyder (édit.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 4^e éd., Bâle 2021, art. 129 LDIP (cité : BSK IPRG-RODRIGUEZ/KRÜSI/UMBRICHT).

RÜETSCHI DAVID, in : Hilty/Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013, art. 10-13a LCD (cité : BSK UWG-RÜETSCHI).

RÜETSCHI David/ROTH Simon, in : Hilty/Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013, Rem. lim. aux art. 9-13a LCD et art. 9 LCD (cité : BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH).

RUSCH Arnold F., *Besprechung des Urteils BGer 4A_261/2015 vom 30. Oktober 2015*, in : AJP/PJA 2016, p. 531 ss (cité : RUSCH, *Besprechung*).

RUSCH Arnold F., *Das Phoebus-Kartell*, in : AJP/PJA 2015, p. 834 s. (cité : RUSCH, AJP 2015).

RUSCH Arnold F., *Geplante Obsoleszenz*, in : recht 2012, p. 151 ss (cité : RUSCH).

RUSCH Arnold F., *Verdacht als Mangel*, in : AJP/PJA 2012, p. 44 ss (cité : RUSCH, AJP 2012).

RUSCH Arnold F., *Weiterfresserschaden auch in der Schweiz ?*, in : HAVE/REAS 2012, p. 269 ss (cité : RUSCH, *Weiterfresserschaden*).

SCHAFFNER Daniel/SPITZ Philippe, in : Jung/Spitz (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Stämpflis Handkommentar, 2^e éd., Berne 2016, art. 23 LCD (cité : SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ).

SCHMIDLIN Bruno, in : Hausheer/Walter (édit.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmung – Mängel des Vertragsabschluss, Art. 23-31 OR*, Berne 2013, art. 23-31 CO (cité : BK OR-SCHMIDLIN).

SCHMIDLIN Bruno, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand du Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 21-31 CO (cité : CR CO I-SCHMIDLIN).

SCHWENZER Ingeborg/FOUNTOULAKIS Christiana, in : Widmer L./Oser (édit.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 7^e éd., Bâle 2020, art. 23-31 CO (cité : BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS).

SCHWENZER Ingeborg/FOUNTOULAKIS Christiana, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 8^e éd., Berne 2020 (cité : SCHWENZER/FOUNTOULAKIS).

SLADE Giles, *Made to Break – Technology and Obsolescence in America*, Harvard University Press, Cambridge 2006 (cité : SLADE).

SPITZ Philippe, in : Jung/Spitz (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Stämpflis Handkommentar, 2^e éd., Berne 2016, art. 9 LCD et art. 26-27 LCD (cité : SHK UWG-SPITZ).

- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 6^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019 (cité : TERCIER/PICHONNAZ).
- TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, *Les contrats spéciaux*, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : TERCIER/BIERI/CARRON).
- THÉVENOZ Luc, *L'action de groupe en procédure civile suisse*, in : ISDC (édit.) : *Rapports suisses présentés au XIII^e Congrès international de droit comparé*, Montréal/Zurich 1990, p. 129 ss (cité : THÉVENOZ).
- TOLLEMER Lydie, *L'obsolescence programmée*, mémoire de Master 2, Université de Montpellier 2011-2012 (cité : TOLLEMER).
- VASSEUR Laetitia/SAUVAGE Samuel, *Du jetable au durable – En finir avec l'obsolescence programmée*, Paris 2017 (cité : VASSEUR/SAUVAGE).
- VENTURI Silvio, *La réduction du prix de vente en cas de défauts ou de non-conformité de la chose – Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise*, thèse, Fribourg 1994 (cité : VENTURI).
- VENTURI Silvio/ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand du Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012, Intro. aux art. 197-210 CO et art. 197-215 CO (cité : CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN).
- VON TUHR Andreas/PETER Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3^e éd., Zurich 1979 (cité : VON TUHR/PETER).
- WERRO Franz, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand du Code des obligations I, Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012, art. 41-61 CO (cité : CR CO I-WERRO).
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Berne 2017 (cité : WERRO).
- WICKIHALDER Urs, in : Hilty/Arpagaus (édit.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle 2013, art. 3 al. 1 let. f-h LCD (cité : BSK UWG-WICKIHALDER).

AUTRES DOCUMENTS UTILISÉS

Messages

Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037 (cité : Message LCD 1983).

Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5539 (cité : Message LCD 2009).

Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, FF 2020 2607 (cité : Message CPC 2020).

Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841 (cité : Message CPC 2006).

Interventions parlementaires de droit suisse

Initiative parlementaire de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie 20.433 « Développer l'économie circulaire en Suisse » du 19 mai 2020 (cité : Initiative 20.433).

Question de THORENZ G. Adèle 17.5352 « Obsolescence programmée. Le Parlement européen avance. Et la Suisse ? » du 12 septembre 2017 (cité : Question 17.5352).

Motion de BIRRER-HEIMO Prisca 19.4597 « Économie circulaire. Amélioration et étiquetage de la réparabilité des produits » du 20 décembre 2019 (cité : Motion 19.4597).

Motion de HURNI Baptiste 20.4025 « Non à l'obsolescence programmée ! Garantir une durée de vie d'au minimum cinq ans pour les objets électroniques » du 21 septembre 2020 (cité : Motion 20.4025).

Motion de LEUTENEGGER O. Susanne 13.4293 « Contrat de vente et garantie en raison des défauts de la chose. Améliorer la protection du consommateur » du 13 décembre 2013 (cité : Motion 13.4293).

Motion de LEUTENEGGER O. Susanne 16.412 « Moderniser le droit de la garantie » du 16 mars 2016 (cité : Motion 16.412).

Motion de MICHAUD G. Sophie 20.4312 « Introduire un indice de réparabilité pour certains appareils électriques et électroniques » du 20 octobre 2020 (cité : Motion 20.4312).

Motion de MÜLLER-ALTERMATT Stefan 17.3218 « Meilleure disponibilité des pièces de rechange » du 17 mars 2017 (cité : Motion 17.3218).

Motion de STREIFF-FELLER Marianne 17.3178 « Accroître la satisfaction des consommateurs tout en renforçant la protection de l'environnement » du 16 mars 2017 (cité : Motion 17.3178).

Motion de STREIFF-FELLER Marianne 19.4594 « Économie circulaire. Étendre les délais de garantie applicables aux produits afin de prolonger la durée de vie de ceux-ci » du 20 décembre 2019 (cité : Motion 19.4594).

Motion de THORENS G. Adèle 20.3667 « Promouvoir l'économie circulaire et la gestion durable des ressources grâce à des "Innovation green deals" » du 17 juin 2020 (cité : Motion 20.3667).

Motion de VON GRAFFENRIED Alec 13.4273 « Garantie légale respectueuse des consommateurs et de l'environnement » du 13 décembre 2013 (cité : Motion 13.4273).

Postulat de BIRRER-HEIMO Prisca 17.3220 « Réparabilité des produits. Amélioration et étiquetage » du 17 mars 2017 (cité : Postulat 17.3220).

Postulat de CHEVALLEY Isabelle 17.3148 « Accroître la satisfaction des consommateurs tout en renforçant la protection de l'environnement » du 16 mars 2017 (cité : Postulat 17.3148).

Postulat de MARCHAND-BALET Géraldine 18.3248 « Obsolescence programmée. Protéger les consommateurs helvétiques » du 15 mars 2018 (cité : Postulat 18.3248).

Postulat de NOSER Ruedi 18.3509 « Pour une levée des obstacles à l'utilisation efficace des ressources et à la mise en place d'une économie circulaire » du 13 juin 2018 (cité : Postulat 18.3509).

Postulat de VONLANTHEN Beat 17.3505 « Étudier les incitations fiscales et autres mesures susceptibles de stimuler l'économie circulaire afin de saisir ses opportunités » du 15 juin 2017 (cité : Postulat 17.3505).

Postulat du Groupe des Verts 12.3447 « Lutter contre l'obsolescence programmée » du 7 juin 2012 (cité : Postulat 12.3447).

Postulat du Groupe des Verts 12.3777 « Optimiser la durée de vie et d'utilisation des produits » du 25 septembre 2012 (cité : Postulat 12.3777).

Documents officiels et administratifs

Allongement de la durée de vie des produits, Rapport d'étude de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie de février 2016, <https://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/allongement_duree_vie_produits_201602_rapport.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : Allongement de la durée de vie, Rapport ADEME).

Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Pour une consommation plus durable : la durée de vie des produits de l'industrie et l'information du consommateur au service d'une confiance retrouvée » (avis d'initiative) (JO 2014 C 67 p. 23) (cité : Avis du CESE).

Avis du Jury de déontologie publicitaire publié le 14 août 2020, Microsoft Intel – 660/20, Plainte partiellement fondée, <<https://www.jdp-pub.org/avis/microsoft-intel-courriel-plainte-partiellement-fondue/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Avis du JDP, Microsoft Intel).

Avis du Jury de déontologie publicitaire publié le 4 janvier 2021, Chromebook – 691/20, Plainte fondée, <<https://www.jdp-pub.org/avis/chromebook-akqa-television-plainte-fondue/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Avis du JDP, Chromebook).

BEUC launches Europe-wide complaint against Nintendo for premature obsolescence, Communiqué de presse du Bureau européen des unions de consommateurs, 27 janvier 2021 <https://www.beuc.eu/publications/beuc-pr-2021-002_beuc_launches_europe-wide_complaint_against_nintendo_for_premature_obsolescence.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : BEUC).

Communication de la Commission européenne – Le pacte vert de l'Europe, Bruxelles le 11.12.2019 (COM 2019/640 [final]) (cité : Communication 2019).

Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un nouveau plan d'action pour une économie circulaire – Pour une Europe plus propre et plus compétitive, Bruxelles le 11.3.2020 (COM 2020/98 [final]) (cité : Communication 2020).

Décret n° 2020-1455 du 27 novembre 2020 portant réforme de la responsabilité élargie des producteurs (JO n° 0289 du 29 novembre 2020, Texte n° 2) (cité : Décret n° 2020-1455).

Document de travail des services de la Commission européenne – Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales, Bruxelles le 25.5.2016 (SWD 2016/163 [final]) (cité : Document de travail).

Document parlementaire n° 5-1251/3 du 11 février 2012 du Sénat de Belgique « Proposition de résolution en vue de lutter contre l'obsolescence programmée des produits liés à l'énergie » (cité : Document parlementaire).

Étude sur la durée de vie des équipements électriques et électroniques, Rapport final de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie de juillet 2012, <<https://ademe.typepad.fr/files/durée-de-vie-des-eee.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Étude de l'ADEME).

Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013, <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-f.pdf.download.pdf/ber-br-f.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Exercice collectif des droits en Suisse).

Mesures fiscales et autres mesures destinées à promouvoir l'économie circulaire, Rapport du Conseil fédéral du 19 juin 2020, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/61722.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Mesures fiscales).

Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, Rapport du Conseil fédéral du 28 novembre 2014, <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2012/20123777/Bericht%20BR%20F.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits).

Plainte au Procureur de la République, déposée le 17 septembre 2017 à Paris, par l'association Halte à l'obsolescence programmée, <<https://www.halteobsolescence.org/wp-content/uploads/2017/09/Plainte-obsolescence-programme%CC%81e-imprimante.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Plainte 2017).

Plainte au Procureur de la République, déposée le 27 décembre 2018 à Paris, par l'association Halte à l'obsolescence programmée, <<https://www.droit-technologie.org/wp-content/uploads/2017/12/Plainte.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Plainte 2018).

Pour une consommation plus durable – en phase avec les enjeux européens, Rapport de Thierry LIBAERT de décembre 2018, <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/2019.01.25_rapport_T-Libaert.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : Pour une consommation plus durable).

Proposition de loi du 11 avril 2016 relative à la lutte contre l'obsolescence organisée et au soutien à l'économie circulaire, déposée à la Chambre des représentants de Belgique, par M. Jean-Marc NOLLET et Mme Meyrem ALMACI et consorts (DOC 54 1749/001) (cité : Proposition de loi belge).

Proposition de loi n° 3730 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, adoptée par le Sénat déposée le 13 janvier 2021, <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b3730_proposition-loi.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : Proposition de loi n° 3730).

Proposition de loi n° 625 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale, déposée le 10 juin 2021, <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15t0625_texte-adopte-seance.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : Proposition de loi n° 625).

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux batteries et aux déchets des batteries abrogeant la directive 2006/66/CE et modifiant le règlement (UE) 2019/1020, Bruxelles le 10.12.2020 (COM 2020/798 [final]) (cité : Proposition de Règlement).

Ralentissement du fonctionnement de certains iPhone : une enquête de la DGCCRF conduit au paiement d'une amende transactionnelle de 25 M€ par le groupe Apple, Communiqué de presse de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, Paris le 7 février 2020, <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communiqu/2020/CP-Ralentissement-fonctionnement-iPhone200207.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : Ralentissement du fonctionnement de certains iPhone).

Rapport d'information n° 3880 déposé par la mission d'information sur la gestion durable des matières premières minérales, au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, et présenté par les députés M. Christophe BOUILLON et M. Michel HAVARD du 26 octobre 2011 <<https://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i3880.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Rapport d'information).

Rapport du Gouvernement au Parlement sur l'obsolescence programmée, sa définition juridique et ses enjeux économiques – En application de l'article 8 de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, avril 2017, <https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/RAPPORT_Obsolescence_programmee.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : Rapport du Gouvernement).

Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), du 2 mars 2018, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/vn-ber-f.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Rapport explicatif).

Rapport n° 4196 fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur la proposition de loi adoptée par le Sénat, visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France (n° 3730) le 26 mai 2021, par M. Vincent THIÉBAUT, <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-dvp/115b4196_rapport-fond.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : Rapport n° 4196).

Rapport sur une durée de vie plus longue des produits : avantages pour les consommateurs et les entreprises (2016/2272(INI)), Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Document de séance A8-0214/2017 du 9 juin 2017 (cité : Rapport sur une durée de vie plus longue des produits).

Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2020 – Vers un marché unique plus durable pour les entreprises et les consommateurs (2020/2021(INI)), <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318_FR.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : Résolution du Parlement européen).

Autres documents et articles en ligne

Bureau européen de l'environnement, Enhancing the sustainability of batteries : a joint ngo position paper on the EU battery regulation proposal, 5 mai 2021, <https://mk0eeborgicuytuf7e.kinstacdn.com/wp-content/uploads/2021/03/Enhancing-the-sustainability-of-batteries_5.5.2021.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : BEE, Enhancing).

Centre européen de la consommation, L'obsolescence programmée ou les dérives de la société de consommation, 2013, <<https://repairtogether.be/wp-content/uploads/2020/03/9-etude-obsolescence-web.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : CEC).

Commission européenne, Regulation laying down ecodesign requirements, 1 octobre 2019, <https://ec.europa.eu/energy/topics/energy-efficiency/energy-label-and-ecodesign/regulation-laying-down-ecodesign-requirements-1-october-2019_en> [consulté le 27.08.2021] (cité : CE, Regulation).

Équiterre, Obsolescence des appareils électroménagers et électroniques : Quel rôle pour le consommateur ?, Rapport de mai 2018, <https://www.equiterre.org/sites/fichiers/fr_rapportobsolescence_equiterremai2018.pdf> [consulté le 27.08.2021] (cité : Équiterre).

Fédération romande des consommateurs, Actions collectives, 1 décembre 2019, <<https://www.frc.ch/dossiers/action-collective/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : FRC, Actions collectives).

Halte à l'obsolescence programmée, Décryptage : le nouvel indice de réparabilité, 24 février 2021, <<https://www.halteobsolescence.org/decryptage-le-nouvel-indice-de-reparabilite/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : HOP, Décryptage).

Halte à l'obsolescence programmée, Imprimantes : cas d'école d'obsolescence programmée ?, Rapport d'enquête sur les enjeux et solutions en matière d'imprimantes et cartouches, septembre 2017, <<https://www.halteobsolescence.org/wp-content/uploads/2017/09/Rapport-HOP-final.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : HOP, Imprimantes).

Halte à l'obsolescence programmée, Imprimante : le coût de la panne, 28 mars 2018, <<https://www.halteobsolescence.org/obsolescence-programmee-imprimantes-le-cout-de-la-panne/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : HOP, Imprimante).

Halte à l'obsolescence programmée, La plainte contre Epson déposée par HOP va-t-elle devenir obsolète ?, 28 mai 2021, <<https://www.halteobsolescence.org/la-plainte-contre-epson-deposee-par-hop-va-t-elle-devenir-obsolete/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : HOP, La plainte).

Halte à l'obsolescence programmée, Livre blanc – 50 mesures pour une consommation et une production durables – Le guide des politiques publiques pour une société sans obsolescence accélérée, février 2019, <<https://www.halteobsolescence.org/wp-content/uploads/2019/03/Livre-Blanc.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : HOP, Livre blanc).

Halte à l'obsolescence programmée, Obsolescence culturelle : le JDP juge fondée la plainte de HOP contre Chromebook (Google), 5 janvier 2021, <<https://www.halteobsolescence.org/obsolescence-culturelle-le-jury-de-deontologie-publicitaire-juge-fondee-la-plainte-de-hop-contre-chromebook-google/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : HOP, Chromebook).

Halte à l'obsolescence programmée, Obsolescence des iPhone : une sanction historique contre Apple, 7 février 2020, <<https://www.halteobsolescence.org/apple-condamne-suite-a-la-plainte-deposee-par-hop/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : HOP, Obsolescence).

Halte à l'obsolescence programmée, Obsolescence esthétique : le Jury de déontologie publicitaire donne raison à HOP contre Microsoft, 29 juillet 2020, <<https://www.halteobsolescence.org/obsolescence-esthetique-le-jury-de-deontologie-publicitaire-donne-raison-a-hop-contre-microsoft/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : HOP, Obsolescence esthétique).

Halte à l'obsolescence programmée, White Paper – Durable and Repairable Products : 20 Steps to a Sustainable Europe – HOP's public policy guide to end premature obsolescence in the European Union, novembre 2020, <<https://www.halteobsolescence.org/wp-content/uploads/2020/11/Livre-Blanc-europeen.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : HOP, White Paper).

Le Club de la Durabilité, Durabilité des produits – Le temps de l'action, 2020, <<https://www.clubdeladurabilite.fr/wp-content/uploads/2020/11/Rapport-Club-de-la-Durabilite-2020.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Le Club de la Durabilité, Durabilité).

MEUNIER Émile, Reconnaissance du délit d'obsolescence programmée, quels impacts ?, 14 août 2015, <<https://www.halteobsolescence.org/reconnaissance-du-delit-dobsolescence-programmee-quels-impacts/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : MEUNIER).

MIKOLAJCZAK Chloé, New Ecodesign measures : are they enough for repairers ?, 14 mai 2021, <<https://repair.eu/fr/news/new-ecodesign-measures-are-they-enough-for-repairers/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : MIKOLAJCZAK).

Ministère de la transition écologique, Indice de réparabilité, 2021, 2 juillet 2021, <<https://www.ecologie.gouv.fr/indice-reparabilite>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Ministère de la transition écologique, Indice).

POIRON Yohann, Apple va payer 113 millions de dollars pour le règlement du « Batterygate » de l'iPhone, BlogNT, 19 novembre 2020, <<https://www.blog-nouvelles-technologies.fr/190247/apple-va-payer-113-millions-dollars-pour-reglement-batterygate-iphone/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : POIRON).

ROBERTSON Adi, Apple agrees to \$500 million settlement for throttling older iPhones, The Verge, 2 mars 2020, <<https://www.theverge.com/2020/3/2/21161271/apple-settlement-500-million-throttling-batterygate-class-action-lawsuit>> [consulté le 27.08.2021] (cité : ROBERTSON).

SIEGLER Bernard, Edito, in : Livre blanc Make It Up – Festival d'obsolescence reprogrammée, 2013, p. 2 s., <<https://www.slideshare.net/wiithaa/livre-blancmakeitup2013>> [consulté le 27.08.2021] (cité : SIEGLER).

Sommet de la durabilité programmée du 27 novembre 2020, <<https://www.youtube.com/watch?v=o7NLOJvXPQQ>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Sommet de la durabilité programmée).

TUAL Morgane, L'UFC-Que choisir porte plainte contre Nintendo pour obsolescence programmée, Le Monde, 22 septembre 2020 <https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/09/22/l-ufc-que-choisir-porte-plainte-contre-nintendo-pour-obsolescence-programmee_6053111_4408996.html> [consulté le 27.08.2021] (cité : TUAL).

UFC-Que Choisir, Nintendo Switch – L'UFC-Que Choisir dénonce l'obsolescence programmée des manettes Joy-Con, 29 septembre 2020, <<https://www.quechoisir.org/nos-combats-switch-nintendo-l-ufc-que-choisir-denonce-l-obsolescence-programmee-des-manettes-joy-cons-n72823/>> [consulté le 27.08.2021] (cité : UFC-Que Choisir, Nintendo).

WEINMANN Karin, Péremption programmée ?, in : Empa Quarterly – Recherche & Innovation #66 – Focus : Rien n'est éternel, octobre 2019, p. 13 ss, <https://www.empa.ch/documents/56164/11638132/Empa_Quarterly66_FR_Web.pdf/9ed34043-27b1-4499-a6db-3e4b1d6a1a24> [consulté le 27.08.2021] (cité : WEINMANN).

Directives européennes

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) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») (JO 2005 L 149 p. 22) (cité : Directive 2005/29/CE).

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 2009 L 285 p. 10) (cité : Directive 2009/125/CE).

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 2019 L 136 p. 1) (cité : Directive 2019/770).

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 2019 L 136 p. 28) (cité : Directive 2019/771).

Jurisprudences et décisions en lien avec l'obsolescence programmée

Arrêt de la Cour d'appel du Canada, Badaoui c. Apple Canada inc., 2021 QCCA 432 du 15 avril 2021, <<http://t.soquij.ca/c2Q6Z>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Arrêt canadien 2021).

Arrêt de la Cour supérieure du Canada, Badaoui c. Apple Canada inc., 2019 QCCS 2930 du 16 juillet 2019, <<https://www.renvath.com/sites/default/files/JGT-BADAOUI-c.-APPLE-CANADA-INC.-500-06-000897-179-16-JUILLET-2019.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Arrêt canadien).

Arrêt en ligne de la Cour de justice de la Chambre pénale de recours du canton de Genève P/5452/2018 du 4 mars 2019 (ACPR/166/2019) (cité : Arrêt genevois).

Arrêt en ligne du Tribunal fédéral 6B_437/2019 du 8 août 2019 (cité : Arrêt du TF 6B_437/2019 du 8 août 2019).

Décision de l'Autorité garante de la concurrence et du marché PS11009 – Samsung-Aggiornamento Software, n° 27363 du 25 septembre 2018, Bollettino 40/2018 del 29/10/2018, p. 130 ss <<https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2018/40-18.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Décision PS11009).

Décision de l'Autorité garante de la concurrence et du marché PS11039 – Apple-Aggiornamento Software, n° 27365 du 25 septembre 2018, Bollettino 40/2018 del 29/10/2018, p. 176 ss <<https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2018/40-18.pdf>> [consulté le 27.08.2021] (cité : Décision PS11039).

« Bruit, rumeur, nés d'une déformation et d'une amplification de faits réels par l'imagination »¹.

¹ Définition d'une « légende » selon le Petit Larousse.

I. INTRODUCTION

Une légende dites-vous ? L'obsolescence programmée en serait-elle une ? Il est vrai que cette pratique, visant à diminuer la durée de vie d'un bien afin d'en augmenter son taux de renouvellement, a souvent été considérée comme un mythe dans le milieu économique. Ce phénomène est pourtant connu depuis longtemps. Il a d'ailleurs fait son apparition dans le débat public dans les années 1930 en se développant par le croisement d'intérêts entre fabricants, distributeurs, États et consommateurs, parfois avides de nouveautés². C'est une problématique qui, à l'heure actuelle, peut être entendue de manière large comme étant un problème systémique de société allant à l'encontre d'une économie efficiente et préservant les ressources³. En effet, selon JACKSON :

« l'obsolescence planifiée ou perçue est l'un des pires ravages de la société de gaspillage et mine à la fois les droits et les intérêts légitimes des personnes, en tant que consommateurs et citoyens »⁴.

C'est ce sentiment que la durée de vie des produits est aujourd'hui moins longue qu'elle semblait l'être autrefois⁵. Selon certains, cela n'est pas tant lié à de perfides stratégies d'obsolescence programmée, mais plutôt à l'énorme pression exercée sur les prix ainsi qu'aux longues chaînes de livraison dans un contexte de concurrence internationale⁶. En effet, ces contraintes économiques peuvent pousser à choisir des composants peu durables, qui pour certains sont d'une importance fondamentale dans l'utilisation et le fonctionnement d'un appareil. L'évolution concurrentielle peut également conduire les entreprises à renouveler plus fréquemment leurs générations de produits afin de proposer les dernières innovations technologiques⁷. Cette stratégie, visant à réduire délibérément la durée de vie d'un produit dans le but d'augmenter son taux de remplacement, soulève donc des questions éthiques et sociétales majeures⁸. Par ailleurs, bien que l'obsolescence programmée fasse parler d'elle aujourd'hui, notamment par le biais de plaintes et de procédures intentées dans le monde contre de grands acteurs du marché, tels que Apple, Samsung, Epson et d'autres, elle était déjà connue au XX^e siècle pour les bas en nylons intentionnellement fragilisés ou les ampoules dont la durée de vie était sciemment limitée⁹.

Ce travail se veut, pour ainsi dire, révélateur d'un rapport consumériste, l'obsolescence programmée étant son arme absolue¹⁰, ainsi que d'une certaine impuissance du consommateur face aux acteurs du marché et particulièrement dans la mise en œuvre de leurs droits, de nos droits. Sans oublier le déséquilibre informationnel, bien présent dans notre problématique, le professionnel disposant

² HOP, Imprimantes, p. 5 ; LIBAERT, p. 33 ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 62 ss ; LATOUCHE, p. 118.

³ Postulat 12.3777.

⁴ JACKSON, p. 182.

⁵ Sur des enquêtes concernant l'obsolescence programmée perçue par les consommateurs, cf. LIBAERT, p. 58 ss.

⁶ WEINMANN, p. 14 ; Rapport du Gouvernement, p. 16.

⁷ Rapport du Gouvernement, p. 16.

⁸ Postulat 18.3248 ; LIBAERT, Hermès 2015, p. 153 s.

⁹ LATOUCHE, p. 62 ss.

¹⁰ *Id.*, p. 51.

d'informations sur la qualité de ses biens mis sur le marché, notamment la durée de vie, alors que le consommateur n'en possède qu'une vision incomplète et biaisée¹¹. Nous voici donc, depuis quelques décennies, entrés dans une époque critiquant le capitalisme contemporain et la société de consommation fondée sur une culture matérielle de l'abondance et du jetable¹². Tout le monde est embarqué dans ce même bateau nous entraînant à la surconsommation à en devenir toxicodépendant à tel point qu'il s'est immiscé un certain « *devoir de consommer* » afin de préserver la croissance économique¹³. Les ingrédients permettant ce phénomène circulaire infernal sont au nombre de trois : la publicité, qui elle crée le désir de consommer, le crédit, qui lui en donne les moyens, et finalement l'obsolescence programmée, qui elle en renouvelle la nécessité¹⁴. En effet, tous ces biens tels que les voitures, les réfrigérateurs, les machines à laver, les smartphones et tant d'autres, ne peuvent être accumulés sans limite par le consommateur sans arriver à saturation. Ces objets doivent alors périr¹⁵. Là est la condition essentielle au maintien de la demande et le fondement de l'obsolescence programmée¹⁶, celle-ci étant alors symptomatique de l'évolution de notre modèle économique fondé sur une hyperconsommation¹⁷, car finalement (ou plutôt fatalement) « *on ne finit pas par avoir ce dont on a besoin : on finit par avoir besoin de ce qu'on a* »¹⁸. Ce sujet ne se réduit donc pas à une simple question technique, mais amorce une réflexion collective sur nos habitudes de consommation et de production. Cette pratique serait ainsi « *le reflet d'un mouvement d'ensemble dans lequel notre rapport au monde perd de sa stabilité* »¹⁹.

Il sera alors question de donner un aperçu général de l'état actuel face à l'obsolescence programmée en se penchant tout d'abord sur la nature même de l'obsolescence programmée et sur son histoire, afin de mieux appréhender les problématiques qu'elle introduit, celles-ci restant largement inconnues du grand public. Puis, il s'agira d'intégrer la notion de consommateur dans ce contexte en particulier, le but étant d'établir les protections juridiques octroyées à ce dernier. Par la suite, nous développerons brièvement la situation actuelle à l'étranger et en Suisse face à l'obsolescence programmée. Nous analyserons ensuite les moyens juridiques actuels en droit suisse, plus particulièrement sous l'angle contractuel et sous l'angle des pratiques commerciales déloyales. Notons que dans ce travail, nous nous focaliserons sur l'aspect de protection des consommateurs, car l'idée ici n'est pas d'avoir la prétention d'étudier précisément chaque facette de l'obsolescence programmée, mais bien plus de se focaliser sur une face du problème tout en gardant une vue d'ensemble de la problématique. Enfin, nous terminerons par un aperçu des solutions envisageables en Suisse, avant de conclure.

¹¹ VASSEUR/SAUVAGE, p. 49 ; Voir aussi, Rapport ADEME, p. 38 et 40 ss.

¹² VASSEUR/SAUVAGE, p. 62 ; LATOUCHE, p. 33.

¹³ LATOUCHE, p. 34 s. et 138 ; REISCH, p. 43.

¹⁴ LATOUCHE, p. 39.

¹⁵ *Id.*, p. 38 ; Dans ce sens, ANDERS, p. 69 : « *c'est par conséquent pour assurer l'éternité de la vie de la production que chaque exemplaire doit être mortel* ».

¹⁶ LATOUCHE, p. 38.

¹⁷ LIBAERT, p. 27.

¹⁸ ANDERS, p. 202.

¹⁹ LIBAERT, p. 26.

II. GÉNÉRALITÉS

A. Obsolescence programmée

L'obsolescence programmée est un sujet largement inconnu du grand public. Il est alors indispensable d'établir les caractéristiques de l'obsolescence programmée (1) ainsi que son contexte historique (2), caractérisé par ses exemples emblématiques qui ont marqué notre société au fil des années. Ensuite, nous aborderons brièvement les enjeux et les domaines concernés (3) avec un aperçu de la situation actuelle à l'étranger, principalement en France et en Europe, et celle en Suisse, face à cette pratique (4).

1. Caractérisation

Bien que l'existence même de l'obsolescence programmée soit un sujet qui fait débat et que les cas reconnus sont très rares, ces derniers relevant davantage de suspicions que de démonstrations ou de preuves avérées, car difficiles à apporter²⁰, nous tenterons de définir l'obsolescence programmée (a) avant d'établir ses différentes formes et distinctions (b).

a. Définition

Aucune définition légale de l'obsolescence programmée n'est établie, à l'exception de celle prévue en droit français à l'art. L. 441-2 du Code de la consommation qui la définit comme « *le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement* ».

Par ailleurs, LATOUCHE mentionne SLADE, lequel considère cette pratique comme étant « *un ensemble de techniques mises en œuvre pour réduire artificiellement la durabilité d'un bien manufacturé de manière à en stimuler la consommation renouvelée* »²¹.

Une définition plus technique est également proposée par le Conseil fédéral dans son rapport en réponse au postulat sur l'optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits. Il considère l'obsolescence programmée comme « *l'intégration consciente de défauts ou de points faibles dans un produit, dans le but d'obliger à un remplacement rapide et de générer ainsi des chiffres de vente plus élevés* »²².

L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), après avoir pris en compte la définition du Sénat belge, qui considère cette pratique comme « *le fait de développer puis de*

²⁰ Rapport du Gouvernement, p. 9.

²¹ LATOUCHE, p. 60 ; SLADE, p. 5.

²² Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 7.

commercialiser un produit en déterminant à l'avance le moment de sa péremption »²³, ainsi que celle publiée par la revue *The Economist*, énonce la sienne : « *la notion d'« obsolescence programmée » dénonce un stratagème par lequel un bien verrait sa durée normative sciemment réduite dès sa conception, limitant ainsi sa durée d'usage pour des raisons de modèle économique* »²⁴.

De toutes ces définitions ressort trois composantes pertinentes. La première se caractérise par le fait de porter atteinte à la qualité du bien en réduisant sa durée de vie. L'acheteur préférera en changer du fait que l'objet en question devienne potentiellement inutilisable ou que ses performances s'en trouvent réduites, ce qui entraîne également une diminution de valeur du bien. Deuxièmement, le caractère intentionnel suppose une action consciente et délibérée du producteur. Finalement, la troisième composante concerne le but recherché par le fabricant, soit l'augmentation du taux de remplacement du bien en question²⁵.

Néanmoins, considérant qu'aucune définition actuelle n'est totalement satisfaisante, LIBAERT traduit cette pratique pour l'essentiel comme « *l'accélération de la réduction de la durée de vie des produits* »²⁶. En effet, tout moyen est bon pour accélérer la consommation et donc d'entrer potentiellement dans la définition d'obsolescence programmée, c'est pourquoi il convient de distinguer les différentes formes de cette pratique avant d'en établir les protections juridiques envisageables²⁷.

b. Formes et distinctions

Dans une conception plus large²⁸, l'obsolescence programmée, étant un facteur limitant la durée de vie d'un produit en accélérant son rythme de renouvellement, peut ainsi se retrouver dans plusieurs formes d'obsolescence²⁹. Certains auteurs se sont penchés sur ses différentes formes³⁰, même s'il reste toutefois difficile de les appréhender en pratique. D'autres facteurs, liés à notre mode de production et de consommation, peuvent également conduire à l'obsolescence d'un produit³¹. Évidemment, un objet n'est pas éternel³² et s'usera à la suite d'une utilisation prolongée, provoquant inévitablement une perte graduelle de ses propriétés initiales (obsolescence naturelle). De plus, cela dépend d'une multitude de paramètres lors de la conception d'un produit, tels que « *l'intensité d'utilisation, l'exposition, le public-cible, la qualité, la fonctionnalité, et le statut, mais également les coûts d'utilisation et le prix du produit* »³³. La loi peut même planifier l'obsolescence (obsolescence légale), soit abandonner ou mettre

²³ Document parlementaire, p. 2.

²⁴ Étude de l'ADEME, p. 15.

²⁵ GEISSBÜHLER, p. 134 s.

²⁶ LIBAERT, p. 17.

²⁷ LATOUCHE, p. 60.

²⁸ VASSEUR/SAUVAGE, p. 23 s. ; HOP, Imprimantes, p. 5 ; Dans ce sens, LIBAERT, p. 60 s.

²⁹ Définition dans Le Petit Larousse : « *dépréciation d'un matériel ou d'un équipement avant son usure matérielle* ».

³⁰ Pour des approfondissements, cf. TOLLEMER, p. 42 ss.

³¹ Rapport du Gouvernement, p. 10.

³² « *Rien n'est éternel* », Titre du magazine dans lequel est publié l'article de WEINMANN.

³³ Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 6 s ; En effet, en droit français, comme le fait remarquer le Rapport ADEME, p. 15, « *le cas d'une perceuse achetée 20 euros ou d'un jouet payé 2 euros qui tombe en panne au bout de*

au rebut prématurément certains biens via une date de péremption ou via des normes imposées par des dispositions légales sur l'environnement, la santé ou la sécurité³⁴.

Nous pouvons ainsi distinguer plusieurs formes principales d'obsolescence pouvant être programmées :

- L'obsolescence technique ou fonctionnelle³⁵ : le produit ne fonctionne plus en raison de la limitation de la durée de vie d'un aspect inhérent à celui-ci, notamment par la limitation du nombre d'utilisation via l'introduction d'un dispositif³⁶ ou par la fragilisation de ses composants essentiels et inamovibles³⁷. La panne du produit peut alors être due à l'obsolescence programmée, soit par la planification intentionnelle de sa mise hors service prématurée, mais peut également être due à une panne accidentelle, à un manque d'entretien ou un usage inapproprié de l'utilisateur provoquant ainsi la défectuosité totale ou partielle du bien, souvent causée par son ignorance ou sa négligence³⁸.

Il existe également des raisons pour lesquelles un produit peut cesser d'être fonctionnel, sans être hors service, en raison de l'inadaptation à une nouvelle évolution de l'appareil original, autrement dit de l'obsolescence par incompatibilité³⁹. Il peut s'agir notamment du manque de disponibilité de consommables, de l'incompatibilité avec d'autres éléments essentiels du système dans lequel le produit s'inclut (p. ex. chargeur, nouvelles normes, etc.), la dégradation des performances dans le temps ou encore l'abandon de mises à jour logicielles⁴⁰. En effet, nous pouvons particulièrement distinguer l'obsolescence par incompatibilité logicielle⁴¹, qui elle, constitue « *l'ensemble des techniques, notamment en raison des mises à jour, qui visent à ralentir ou à perturber l'utilisation de l'appareil informatique pour inciter à une nouvelle acquisition* »⁴². Tel est notamment le cas d'un logiciel qui cesse de fonctionner à la suite de

trois utilisations ne peut être considéré comme de l'obsolescence programmée au sens de la loi, que s'il existe une réelle volonté de l'industriel de limiter la durée de vie de ces produits. Dans le cas contraire, la fin de vie rapide est à mettre sur le compte d'une mauvaise qualité des produits pouvant aller de pair avec le faible prix de vente. Dit autrement, l'obsolescence programmée définie dans la loi regrouperait les cas subis par le consommateur tandis que l'obsolescence relevant de la qualité médiocre de certains produits serait plutôt consentie par le consommateur au moment de l'achat. Au-delà de l'offre, c'est donc aussi la demande qui entretient ce système. Cette notion de « sous-qualité » pose de problèmes environnementaux à travers la notion du « tout jetable » et soulève la question de la « valeur réelle » des choses ».

³⁴ Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 8.

³⁵ HOP, Imprimantes, p. 5 ; Étude de l'ADEME, p. 15.

³⁶ À l'image de certaines imprimantes ne pouvant plus fonctionner à cause d'une puce électronique limitant le nombre d'impressions.

³⁷ Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 7 ; LIBAERT, Hermès 2015, p. 151 s. ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 24 ; LIBAERT, p. 17 s. parle même d'obsolescence programmée *stricto sensu* lorsqu'elle consiste « à prévoir une durée de fonctionnement réduite du produit, au besoin par l'introduction d'un dispositif interne visant la fin de vie de l'appareil après un certain temps ».

³⁸ Rapport du Gouvernement, p. 10 ; Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 8.

³⁹ LIBAERT, Hermès 2015, p. 152 ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 24 ; Rapport du Gouvernement, p. 10.

⁴⁰ Rapport du Gouvernement, p. 10 ; Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 7.

⁴¹ VASSEUR/SAUVAGE, p. 25 ; LIBAERT, p. 19.

⁴² LIBAERT, p. 19.

l'actualisation du système d'exploitation, ou des applications exigeant une mise à jour non compatible avec un « vieux » support⁴³.

- L'obsolescence indirecte⁴⁴ : elle vise les cas dans lesquels la durée de vie du produit est également réduite artificiellement, mais par le biais de mesures de gestion en lien avec sa réparation. La réparabilité de l'objet se trouve alors difficile voire impossible, soit par le fait que les éléments sont scellés ou soudés, soit par le fait que les pièces de rechanges sont introuvables ou trop chères. De plus, il se peut que les coûts de réparations soient trop élevés ou que les pièces de rechange ne puissent être délivrées sans difficultés ou dans un délai raisonnable⁴⁵. Ce type d'obsolescence est donc également lié au fonctionnement des services après-vente lorsqu'un consommateur est incité à racheter un nouveau produit plutôt qu'à le faire réparer⁴⁶.
- L'obsolescence d'évolution⁴⁷ : lorsqu'un objet peut toujours remplir sa fonction, mais qu'il ne répond plus aux envies de l'utilisateur qui désirera en changer du fait d'une évolution de fonctionnalité ou de design. Ce renouvellement peut faire suite à la mise en circulation d'un nouveau bien bénéficiant d'améliorations permettant un meilleur usage ou proposant de nouvelles fonctions, ou lorsque le produit déjà acquis est susceptible d'être moins performant et de présenter ainsi un coût d'utilisation trop élevé, à l'image d'un réfrigérateur d'une classe énergétique dépassée par exemple⁴⁸.

Nous parlons particulièrement d'obsolescence psychologique ou esthétique lorsque nous sommes face à un effet de « démodage » provoqué par la publicité et poussant le consommateur au renouvellement de l'objet. L'objet reste ainsi fonctionnel, mais tombe en désuétude, perd de l'intérêt et de la valeur par un effet de mode⁴⁹.

Notons qu'à l'époque dans laquelle nous vivons, dirigée par une soif de surconsommation, l'envie de posséder toujours plus, toujours mieux, toujours plus beau est probablement la principale cause poussant le consommateur au renouvellement de ses biens⁵⁰. En effet, en s'appuyant sur ces ressorts psychologiques⁵¹, la consommation de masse « crée artificiellement des besoins et construit socialement

⁴³ HOP, Imprimantes, p. 5 ; LIBAERT, p. 19, autres exemples : « impossibilité de mise à jour d'une application, arrêt soudain de service d'un logiciel intégré, saturation progressive de la mémoire de l'ordinateur au fur et à mesure des mises à jour, etc. ».

⁴⁴ Avis du CESE, para. 2.4 ; LIBAERT, p. 18 s. ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 24 ; LIBAERT, Hermès 2015, p. 152.

⁴⁵ LIBAERT, Hermès 2015, p. 152 ; LIBAERT, p. 18 s. ; Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 7 ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 24.

⁴⁶ LIBAERT, p. 18 s. ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 24 ; Rapport d'information, p. 109 s.

⁴⁷ Étude de l'ADEME, p. 15 ; Allongement de la durée de vie, Rapport ADEME, p. 14.

⁴⁸ Rapport du Gouvernement, p. 10 s. ; Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 8.

⁴⁹ Rapport d'information, p. 109 ; HOP, Imprimantes, p. 5 ; LIBAERT, p. 19 s.

⁵⁰ VASSEUR/SAUVAGE, p. 11 et 62 ; LATOUCHE, p. 35 et 40 ; Mesures fiscales, p. 9 ; Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 8 ; Étude de l'ADEME, p. 14 ; HOP, Imprimantes, p. 5 ; Sur le comportement du consommateur d'après une enquête menée au Canada, cf. Équiterre, p. 20 ss.

⁵¹ À ce sujet, cf. VASSEUR/SAUVAGE, p. 64 s.

l'idée que le bien-être est proportionnel au volume des biens consommés et constamment renouvelés »⁵². Cette dernière forme d'obsolescence programmée semble alors d'avantage séduire que contraindre le consommateur⁵³. Elle repose plus largement sur un partage de responsabilité avec le consommateur et questionne directement sur notre modèle publicitaire, celle-ci étant également directement liée à l'obsolescence technique⁵⁴. Notons toutefois que toutes ces formes d'obsolescence peuvent se cumuler⁵⁵. Par conséquent, nous nous concentrerons, dans ce travail, principalement sur l'obsolescence matérielle et numérique. Et même s'il est possible de distinguer plusieurs types d'obsolescence programmée, il est nécessaire d'apprécier le caractère d'obsolescence selon les circonstances du cas d'espèce afin de déterminer l'applicabilité de protections envisageables en droit suisse (*infra* III)⁵⁶.

2. Historique

Même si cette pratique a fait surface grâce à une forte médiatisation, l'obsolescence programmée ne date pas d'hier et n'a d'ailleurs pas toujours été considérée comme une mauvaise pratique⁵⁷. Le caractère illicite voire immoral de l'obsolescence programmée, et même sa réelle existence, a par la suite été longuement débattu... mythe et/ou réalité ?⁵⁸ Le fait est qu'un fabricant aura généralement pour but de produire des appareils « *aussi bons que nécessaire, et pas des appareils aussi bons que possible* »⁵⁹.

Ainsi, le terme d'« *obsolescence* » apparaît en Angleterre au milieu du XIX^e siècle. Il est propagé par VEBLEN à la fin du même siècle⁶⁰. Par la suite, BABBAGE définit l'obsolescence technique, telle que reprise aujourd'hui dans les dictionnaires⁶¹. Au début des années 1920, l'obsolescence programmée voit le jour aux États-Unis et est même considérée, par LONDON⁶², comme un remède à la grande crise économique de 1929⁶³ en se fondant sur les trois piliers des modèles économiques issus de la seconde révolution industrielle⁶⁴. À ce moment-là, cette pratique découlait d'une analyse d'experts et ne faisait l'objet d'aucune critique, les questions concernant l'écologie et le développement durable ainsi que les aspects sociaux négatifs ne se posant pas à cette époque⁶⁵. Par ailleurs, quelques années auparavant, General Motors lança la Chevrolet, représentation de l'obsolescence psychologique, le produit n'est pas

⁵² VASSEUR/SAUVAGE, p. 66.

⁵³ EBER, N 39 et 47.

⁵⁴ LIBAERT, p. 19 s., citant Jean Baudrillard : « *Le renouvellement accéléré des modèles influe à lui seul sur la qualité de l'objet* ».

⁵⁵ VASSEUR/SAUVAGE, p. 25.

⁵⁶ LATOUCHE, p. 60 et 70 ss ; LIBAERT, p. 55 s.

⁵⁷ LIBAERT, Hermès 2015, p. 152 ; LATOUCHE, p. 62 et 119 ; Et dans certains cas encore aujourd'hui, planifier la durée de vie d'un bien n'est pas forcément négatif, RUSCH, p. 176.

⁵⁸ Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 7 ; LOMBÈS/POUBEAU ; Sur ce débat, cf. LIBAERT, p. 53 ss.

⁵⁹ Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 7.

⁶⁰ LATOUCHE, p. 53 s.

⁶¹ *Id.*, p. 56 s.

⁶² *Id.*, p. 61 s. et 119 ; Dans sa publication de 1932 intitulée « *Ending the Depression through Planned Obsolescence* ».

⁶³ LIBAERT, Hermès 2015, p. 152.

⁶⁴ Production, consommation et déchets de masse ; Pour plus de détails, cf. VASSEUR/SAUVAGE, p. 44 ss.

⁶⁵ LATOUCHE, p. 62 et 119.

meilleur, mais plus élégant⁶⁶. Dans la même optique, BROOKS désigne quelques années plus tard l'obsolescence programmée comme le fait d'« *instiller dans l'esprit du consommateur l'envie de posséder quelque chose d'un peu plus neuf, d'un peu mieux, et un peu plus tôt que ce qui est nécessaire* »⁶⁷.

Ce n'est qu'après une première véritable dénonciation en 1960, par PACKARD⁶⁸, que cette pratique fut dénoncée par plusieurs auteurs au fil des années, notamment en raison de la surproduction des déchets et de la question éthique quant au fait de limiter la durée de vie d'un bien volontairement⁶⁹. Ce n'est qu'à partir de 2010 que l'obsolescence programmée est mise sur le devant de la scène publique, notamment par plusieurs associations de protection de l'environnement et des consommateurs⁷⁰, par la diffusion de documentaires ainsi que par la publication d'un livre et d'un rapport sur le sujet⁷¹. Ce mouvement va pousser les institutions ainsi que les milieux politiques à agir. En 2015, il fera même adopter à la France une disposition légale dans la Loi sur la transition énergétique définissant et réprimant l'obsolescence programmée⁷². Actuellement, les choses avancent et se concrétisent dans l'optique d'un renouvellement de notre système économique. Nous remarquons ainsi que la médiatisation de l'obsolescence programmée amène à la réflexion, principalement portée sur les conséquences environnementales.

Certains cas ont été identifiés, tels que celui des bas en nylon fragilisés pour favoriser leur renouvellement conduisant à une augmentation des ventes, des télévisions fabriquées avec le condensateur placé sur la carte d'alimentation provoquant sa cassure à cause de son exposition à la chaleur, et des machines à laver programmées pour fonctionner un certain nombre de cycles avec également le remplacement de la cuve en inox par une en plastique⁷³. D'autres ont même fait l'objet d'actions en justice, comme en témoignent les quelques exemples suivants.

a. Cartel Phoëbus

Le premier cas d'obsolescence programmée reconnu est apparu en 1924, nommé Cartel de Phoëbus⁷⁴. Ce cartel, constitué à Genève, regroupait quelques principaux fabricants d'ampoules à incandescence dans le but d'échanger des licences ainsi que des brevets et de réguler la production. Cette régulation se concrétisa par l'imposition d'une durée de vie limitée des ampoules, passant de plus de 2'000 heures à

⁶⁶ *Id.*, p. 59 et 96 ss.

⁶⁷ *Id.*, p. 60 s.

⁶⁸ Dans sa publication « *The Waste Makers* », cf. PACKARD.

⁶⁹ LIBAERT, Hermès 2015, p. 152.

⁷⁰ P. ex. Les Amis de la Terre, HOP, UFC-Que Choisir, NoOPS.

⁷¹ LIBAERT, p. 37 s. avec les réf. citées.

⁷² *Id.*, p. 40 ; LIBAERT, Hermès 2015, p. 152 ; Art. 99 de la Loi sur la transition énergétique.

⁷³ CEC, p. 8 ss.

⁷⁴ Rapport d'information, p. 110 ; Pour une description détaillée, cf. *United States v. General Electric Co.*, 82 F. Supp. 753 ss, 835 ss ; cf. ég. *United States v. General Electric Co. et al.*, 115 F. Supp. 835 ss (1953), 872.

moins de 1'000 heures, afin d'améliorer les chiffres de vente⁷⁵. À titre incitatif, un fabricant se voyait également sanctionné par une amende s'il dépassait ce seuil. Toutefois, cela ne fonctionne que si l'on a une position dominante sur le marché⁷⁶ ou si tout le monde y participe, ce qui explique l'accord⁷⁷, ce comportement étant constitutif d'une violation à la Loi sur les cartels⁷⁸. Cette pratique a ensuite été reconnue et interdite par les tribunaux américains⁷⁹. L'obsolescence programmée a ainsi été sanctionnée en raison d'une entente créant un monopole⁸⁰.

b. Ipod d'Apple

Sur les deuxième et troisième générations d'Ipod, Apple n'installa pas de batteries amovibles afin, soi-disant, d'obtenir un design futuriste. Par conséquent, quand la batterie tombe en panne, soit après 18 mois, il faut changer l'appareil entier, autrement dit en acheter un autre, car aucune batterie de remplacement n'était prévue. Une *class action*⁸¹ fut alors lancée contre Apple aux États-Unis, mais n'aboutit pas et se solda par un arrangement prévoyant le dédommagement des clients ainsi qu'une proposition de remplacement des batteries via le service après-vente⁸².

c. « Batterygate » d'Apple

Bien des années plus tard, plusieurs plaintes se multiplièrent à l'encontre de la société Apple suite au ralentissement volontaire de ses anciens modèles d'iPhone, provoqué par l'installation d'une nouvelle mise à jour, dans le but de, soi-disant, prolonger leur durée de vie. À la fin de l'année 2017, une *class action* est intentée aux États-Unis⁸³ et une plainte est déposée par l'association française HOP contre Apple France auprès du Procureur de la République⁸⁴. Une action collective est également introduite en janvier 2018 au Québec⁸⁵ pour violation des art. 37⁸⁶ et 38 LPC⁸⁷ ainsi que celle de l'art. 228 LPC⁸⁸ soulevée en Cour d'appel⁸⁹. En Suisse, c'est l'association NoOPS qui a déposé plainte au début de l'année 2018 auprès du Ministère public de la République et canton de Genève pour pratique

⁷⁵ LATOUCHE, p. 66 s.

⁷⁶ Art. 7 al. 2 let. e LCart.

⁷⁷ Art. 5 al. 1 LCart.

⁷⁸ RUSCH, AJP 2015, p. 834.

⁷⁹ *Id.*, p. 834 ; United States v. General Electric Co. et al., 115 F. Supp. 835 ss (1953), 860 s.

⁸⁰ Un quasi-monopole peut toutefois être constitué sans même s'entendre, mais par l'élaboration d'une politique des marques, LATOUCHE, p. 69.

⁸¹ HURNI, p. 449 ; Action collective de droit américain ; Rule 23 du Federal Rules of Civil Procedure.

⁸² CEC, p. 8 ; LOMBÈS/POUBEAU, p. 101.

⁸³ ROBERTSON, avec la réf. à l'accord obtenu citée ; POIRON, avec la réf. à la déclaration officielle citée.

⁸⁴ Cf. Plainte 2018.

⁸⁵ Arrêt canadien, para. 96 ss.

⁸⁶ « Un bien qui fait l'objet d'un contrat doit être tel qu'il puisse servir à l'usage auquel il est normalement destiné ».

⁸⁷ « Un bien qui fait l'objet d'un contrat doit être tel qu'il puisse servir à un usage normal pendant une durée raisonnable, eu égard à son prix, aux dispositions du contrat et aux conditions d'utilisation du bien ».

⁸⁸ « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important ».

⁸⁹ Arrêt canadien 2021, para. 79 ss.

commerciale déloyale trompeuse⁹⁰. Fin 2018, à la suite d'une enquête ouverte pour obsolescence programmée par l'Autorité garante de la concurrence et du marché italienne (AGCM), une amende de 10 millions d'euros a été infligée à Apple, et de 5 millions à Samsung, pour mise en œuvre de pratiques commerciales malhonnêtes⁹¹. En effet, les mises à jour logiciels des téléphones ont provoqué de graves dysfonctionnements et réduit de manière significative les prestations, accélérant de cette manière le remplacement de ces derniers⁹². Les faits dénoncés sont alors potentiellement constitutifs d'obsolescence programmée, notamment en droit français⁹³.

En ce qui concerne la procédure initiée aux États-Unis par une action collective, elle s'est achevée par un arrangement avec Apple qui accepta de payer 500 millions de dollars pour dédommager les utilisateurs lésés⁹⁴. Un accord a également été conclu entre Apple et 34 États américains, ainsi que le District de Columbia, prévoyant le paiement de 113 millions de dollars pour violation de la loi sur la protection des consommateurs. Il est alors admis qu'Apple a trompé les utilisateurs et se voit également obligée de « *fournir des informations véridiques aux consommateurs sur la santé, les performances et la gestion de l'énergie des batteries de l'iPhone* »⁹⁵.

En France, c'est par transaction pénale qu'Apple a écopé d'une amende de 25 millions d'euros pour pratique commerciale trompeuse⁹⁶ par omission et a dû publier un communiqué sur son site internet pendant un mois⁹⁷. Cet accord prive néanmoins les consommateurs d'un procès public, même s'il est toujours possible d'agir en dommages-intérêts par les clients lésés ou par le biais d'une association⁹⁸.

En ce qui concerne la Suisse, aucun jugement au fond n'a réellement été rendu en lien avec cette affaire⁹⁹. Le Tribunal fédéral a déclaré le recours irrecevable au motif que l'association n'avait pas qualité pour agir¹⁰⁰.

Notons que, même si l'objectif était différent, cela n'est pas sans rappeler le cas de « *l'erreur 53* » provoquée par une mise à jour, empêchant certains smartphones de fonctionner lorsqu'ils avaient été modifiés ou réparés par des organismes non agréés par Apple¹⁰¹.

⁹⁰ Arrêt genevois ; Recours contre l'ordonnance de non-entrée en matière du Ministère public.

⁹¹ Décision PS11009, p. 172 ; Décision PS11039, p. 223.

⁹² Décision PS11009, consid. 161, p. 172 ; Décision PS11039, consid. 182, p. 222.

⁹³ Propos d'Émile MEUNIER, in : Sommet de la durabilité programmée.

⁹⁴ ROBERTSON, avec la réf. à l'accord obtenu citée.

⁹⁵ POIRON, avec la réf. à la déclaration officielle citée.

⁹⁶ Art. L. 121-3 du Code de la consommation français.

⁹⁷ Cf. Ralentissement du fonctionnement de certains iPhone.

⁹⁸ HOP, Obsolescence.

⁹⁹ Arrêt genevois ; Arrêt du TF 6B_437/2019 du 08.08.2019.

¹⁰⁰ Arrêt du TF 6B_437/2019 du 08.08.2019.

¹⁰¹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 3 avec les réf. citées ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 28.

d. Fabricants d'imprimantes

En parallèle, l'association française HOP a déposé plainte contre des fabricants d'imprimantes auprès du Procureur de la République pour obsolescence programmée, ainsi que pour tromperie¹⁰². Plusieurs techniques poussant le consommateur à jeter et à racheter le produit sont dénoncées, notamment l'ajout d'une puce électronique comptant le nombre d'impressions et bloquant l'imprimante une fois la limite d'impressions atteinte, tout en indiquant que les cartouches d'encre sont vides alors qu'il en reste encore 20 à 40 % ; l'impossibilité d'imprimer en noir lorsqu'une cartouche d'encre de couleur est vide ; ou encore le blocage de certaines fonctions de l'imprimante telle que la numérisation, ainsi que la fausse indication que le tampon d'impression est en fin de vie¹⁰³. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes française (DGCCRF), qui est l'autorité responsable de l'enquête, s'est finalement concentrée sur le cas d'Epson¹⁰⁴.

Une autre procédure similaire a été intentée aux États-Unis à l'encontre d'un fabricant d'imprimantes, celle-ci s'étant soldée, après cinq ans, par une transaction s'élevant à 5 millions de dollars, dont l'on doit additionner les frais encourus par chaque consommateur touché¹⁰⁵. D'autres actions à l'encontre de Hewlett-Packard (HP) ont également été intentées dans d'autres pays¹⁰⁶.

e. Publicité Microsoft et Chromebook

En 2020, HOP a également déposé plainte contre Microsoft et Intel pour obsolescence psychologique auprès du Jury de déontologie publicitaire (JDP), celui-ci constatant la publicité en question comme contraire aux Recommandations de développement durable de l'Autorité française de régulation professionnelle de la publicité (ARPP). Ce type d'obsolescence n'est par conséquent pas constitutif d'une violation de l'art. L. 441-2 du Code de la consommation français¹⁰⁷.

Quelques mois plus tard, une seconde plainte est déposée à l'encontre de Chromebook¹⁰⁸. Dans ce cas également, le JDP a estimé que la publicité enfreignait les règles de déontologie publicitaire¹⁰⁹, en rappelant par ailleurs sa compétence. En effet, HOP ne peut utilement se plaindre de l'art. 11 de la

¹⁰² Plaine 2017, p. 1 ss.

¹⁰³ HOP, Imprimante ; Pour des approfondissements, cf. HOP, Imprimantes.

¹⁰⁴ HOP, Imprimante ; Aucune décision n'a encore été rendue, deviendra-t-elle obsolète ?, à ce sujet, cf. HOP, La plainte.

¹⁰⁵ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 3 s. avec la réf. citée.

¹⁰⁶ HOP, La plainte : « *Les organisations reprochent à HP d'avoir délibérément bloqué l'utilisation d'autres cartouches d'encres que les siennes via des mises à jour logicielles* ».

¹⁰⁷ Avis du JDP, Microsoft Intel, pt. 3 ; HOP, Obsolescence esthétique.

¹⁰⁸ Avis du JDP, Chromebook, pt. 1 ss ; HOP, Chromebook.

¹⁰⁹ Avis du JDP, Chromebook, pt. 3.2 s.

Directive 2006/66/EC¹¹⁰ et l'art. 50 de la Loi AGECE¹¹¹ en raison de la non-compétence du JDP¹¹². Ces dispositions n'ont ainsi pas pour but de réprimer l'obsolescence programmée directement, mais d'éviter les publicités incitant au gaspillage dans un souci de protection de l'environnement et de développement durable, les décisions du JDP n'ayant par ailleurs pas de force contraignante¹¹³.

f. Nintendo Switch

Dernièrement, l'association européenne UFC-Que Choisir¹¹⁴ a déposé plainte contre Nintendo France auprès du Procureur de la République pour obsolescence programmée, du fait que Nintendo ait choisi de ne pas intervenir sur les composants sujets à la panne. Les causes à l'origine des pannes seraient une usure prématurée des circuits imprimés ainsi qu'un défaut d'étanchéité¹¹⁵. Suite à cela, le Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) a lancé une alerte auprès de la Commission européenne et des autorités nationales de protection des consommateurs pour pratiques commerciales trompeuses, agressives et déloyales¹¹⁶. À noter qu'une action collective a déjà été intentée aux États-Unis en 2019¹¹⁷.

3. Enjeux et domaines concernés

Aujourd'hui, l'« *obsolescence organisée*¹¹⁸ » fait partie du processus de développement des produits, mais cela n'amène pas forcément à la « mort » prématurée d'un produit¹¹⁹. Cette planification peut également être une condition préalable à un allègement des incidences environnementales et à une éco-efficience des produits¹²⁰. Toutefois, si l'objectif de cette planification est une fin prématurée, des réglementations appropriées et efficaces en matière de protection des consommateurs et de l'environnement doivent y remédier¹²¹. Les enjeux de ce phénomène sont économiques, sociaux et

¹¹⁰ Qui dispose que « *les États membres veillent à ce que les fabricants conçoivent les appareils de manière à ce que les piles et accumulateurs usagés puissent être aisément enlevés* ».

¹¹¹ Qui prévoit d'introduire l'art. 541-15-9 dans le Code de l'environnement français disposant que « *toute publicité ou action de communication commerciale visant à promouvoir la mise au rebut de produits doit contenir une information incitant à la réutilisation ou au recyclage* ».

Est interdite toute publicité ou action de communication commerciale incitant à dégrader des produits en état normal de fonctionnement et à empêcher leur réemploi ou réutilisation ».

¹¹² Avis du JDP, Chromebook, pt. 3.1.

¹¹³ HOP, Chromebook ; HOP, Obsolescence esthétique.

¹¹⁴ Associations de consommateurs d'Europe occidentale créée en 1951 et regroupant près de 150 associations locales.

¹¹⁵ Pour plus de détails, cf. UFC-Que Choisir, Nintendo ; TUAL.

¹¹⁶ Cf. BEUC.

¹¹⁷ TUAL.

¹¹⁸ LIBAERT, p. 17, expression employée en Belgique par les promoteurs d'une législation sur le sujet afin d'affirmer que « *s'il n'y a pas toujours de planification effective pour délimiter précisément la fin de vie d'un produit, il existe bien une organisation de l'obsolescence, notamment par les obstacles apportés à la réparation* ».

¹¹⁹ HABERKERN/KATZAN, p. 8.

¹²⁰ Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 4 ; LATOUCHE, p. 14 s. : Il s'agit de justifier l'abandon d'anciens produits encore fonctionnels par de nouveaux qui consomment moins, mais cela ne représente très souvent ni un gain écologique, ni une diminution de pollution.

¹²¹ HABERKERN/KATZAN, p. 8.

environnementaux¹²². Nous pouvons ainsi appréhender l'obsolescence programmée sous l'angle de deux faces principales d'une même pièce, sur lesquelles les institutions et les associations se battent. Nous trouvons ainsi d'un côté, les questions environnementales et écologiques, par rapport au système économique actuel qui prédomine en raison de la surexploitation des matières premières et de l'accroissement des déchets. De l'autre, les questions de protection des consommateurs ainsi que de concurrence déloyale, liées à la dénonciation de pratiques opaques aux yeux des ceux-ci, réduisant ainsi leur pouvoir d'achat¹²³.

Il est manifeste, d'après les cas survenus à travers le monde, que l'obsolescence programmée touche à d'innombrables domaines très différents, tels que les biens de grande distribution, l'automobile, l'électroménager, l'informatique, la télécommunication, le textile et même les produits alimentaires¹²⁴. Cette pratique impacte inévitablement une multitude d'acteurs sous différents aspects, et partant, conduit à une controverse tant sous l'angle communicationnel qu'éthique, social, économique ou même de santé publique¹²⁵, ce qui engendre de multiples conséquences au niveau environnemental, social, sanitaire et culturel¹²⁶. En effet, elle engendre notamment des problèmes environnementaux liés à la gestion des déchets, crée de la concurrence déloyale, et finalement, trompe les consommateurs¹²⁷. Cette controverse met également en lumière, de manière générale, une question plus large, qui est celle de la durée de vie des produits¹²⁸.

Parmi la multiplicité d'aspects que couvre l'obsolescence programmée, nous nous concentrerons sur ceux liés à la protection du consommateur suisse, en particulier concernant les biens de consommations de masse. Comme le relève certains auteurs, il est néanmoins important de garder à l'esprit que « *tout l'enjeu consiste à ne pas s'enfermer dans une vision caricaturale du sujet, mais d'en apprécier la complexité et la globalité, en termes économiques, sociaux et environnementaux* »¹²⁹. Il est vrai que nous ne sommes pas uniquement victimes de ce phénomène, mais également plus ou moins complice¹³⁰.

4. Situation actuelle face à cette pratique

Depuis quelques années, les institutions ont pris des mesures dans le but de contrer l'obsolescence programmée, la problématique étant principalement tournée vers un enjeu environnemental. Nous évoquerons ainsi la situation actuelle face à l'obsolescence programmée à l'étranger (a), principalement en France et en Europe, et celle en Suisse (b).

¹²² LIBAERT, p. 13 s. ; LIBAERT, Hermès 2015, p. 153.

¹²³ LIBAERT, Hermès 2015, p. 154 ; Équiterre, p. 10.

¹²⁴ LATOUCHE, p. 101 et 108 ss ; PACKARD, p. 110.

¹²⁵ LIBAERT, Hermès 2015, p. 153 s.

¹²⁶ LIBAERT, p. 13 et 21 ss.

¹²⁷ Postulat 18.3248.

¹²⁸ Rapport du Gouvernement, p. 13 ; Pour un approfondissement à ce sujet, cf. Étude de l'ADEME, p. 11 ss.

¹²⁹ VASSEUR/SAUVAGE, p. 40.

¹³⁰ LATOUCHE, p. 48 et 107.

a. À l'étranger

Plusieurs rapports et propositions d'autorités, d'institutions et d'associations ont été déposés afin de trouver des solutions face à la surexploitation des matières premières et à l'accroissement des déchets pour une consommation et production durable¹³¹. Notre système économique actuel n'est cependant pas propice à l'abolition de l'obsolescence programmée, car celui-ci est basé sur la surconsommation avec l'idée que tout produit a une durée de vie limitée¹³². L'objectif se limite donc à réprimer les pratiques les plus flagrantes tout en proposant des alternatives en vue d'un changement de paradigme économique et sociétal¹³³. Notamment en passant d'une économie linéaire¹³⁴ à une économie circulaire¹³⁵, à un système d'éco-conception des produits¹³⁶ et d'économie de la fonctionnalité¹³⁷, sans oublier l'économie collaborative¹³⁸. Cela permettrait d'obtenir une durée de vie et d'utilisation optimale de chaque produit¹³⁹, faisant ainsi perdre tout intérêt économique à pratiquer l'obsolescence programmée¹⁴⁰. Notons que ce changement se rattache ainsi inévitablement à la notion même de « consommateur », qui devra elle aussi être revue¹⁴¹. La Commission européenne a également adopté des règles obligatoires d'éco-conception, afin de rendre les produits plus économes en énergie et d'améliorer leur réparabilité, ainsi que d'apporter une meilleure information au consommateur dans le but de lutter contre l'obsolescence prématurée des produits¹⁴².

Il s'agira donc, premièrement, d'exposer l'état législatif spécifique à l'obsolescence programmée (i) pour ensuite énoncer certaines mesures alternatives bénéfiques à la lutte contre cette même pratique (ii).

¹³¹ Cf. Avis du CESE ; cf. ég. Rapport sur une durée de vie plus longue des produits ; Résolution du Parlement européen avec les réf. citées ; Étude de l'ADEME, p. 15 ; Document parlementaire ; Loi AGECE ; HOP, Livre blanc ; HOP, White Paper.

¹³² LIBAERT, Hermès 2015, p. 155 ; LIBAERT, p. 49.

¹³³ LIBAERT, Hermès 2015, p. 155 ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 95.

¹³⁴ Caractérisée par la chaîne de verbes « extraire – produire – consommer – jeter », VASSEUR/SAUVAGE, p. 45.

¹³⁵ À ce sujet, cf. Keirsbilck/Terryn ; MAK/TERRYN, p. 229 : « *The term circular economy concerns the use and re-use of the earth's resources in a continuous flow and is used as an opposite to the linear economy, in which resources are used to create goods and services and then discarded (Raworth 2017, p. 220 ; Webster 2017)* » ; Voir aussi, Rapport ADEME, p. 49.

¹³⁶ VASSEUR/SAUVAGE, p. 82 : l'éco-conception « désigne l'ensemble des techniques qui visent à réduire l'impact environnemental de nos productions ».

¹³⁷ Modèle économique se basant sur la mise à disposition de biens ou de services facturés à l'usage et non pas sur la vente définitive de la propriété, Rapport du Gouvernement, p. 23.

¹³⁸ Modèle économique fondé sur le partage de pair à pair afin d'optimiser la réutilisation des biens et de diminuer ainsi la production tel que la vente d'objets de seconde main, VASSEUR/SAUVAGE, p. 91 s.

¹³⁹ Avis du CESE, para. 2.6 ; cf. ég. Communication 2020 ; Directive 2009/125/CE.

¹⁴⁰ LIBAERT, p. 50 ; Pour un approfondissement sur ce changement, cf. VASSEUR/SAUVAGE, p. 80 ss.

¹⁴¹ MICKLITZ, p. 345 ; HUG, *La notion*, N 63 : « *Traditionnellement considéré exclusivement comme l'acheteur de produits neufs, la fonction du consommateur dans l'économie circulaire deviendra ainsi, tour à tour, notamment, celle d'acquéreur, d'utilisateur, de réparateur, de vendeur, de partageur et de collaborateur, ou encore de recycleur* ».

¹⁴² Cf. Directive 2009/125/CE ; Sur les règlements d'exécution, cf. CE, Regulation.

(i) *Législation spécifique à l'obsolescence programmée*

Aucun État n'a légiféré sur l'obsolescence programmée spécifiquement, mise à part la France¹⁴³. Il est toutefois intéressant de mentionner qu'au Québec, les art. 38¹⁴⁴ et 39¹⁴⁵ LPC concernent certains types d'obsolescence prématurée et qu'une proposition de loi « *relative à la lutte contre l'obsolescence organisée et au soutien à l'économie circulaire* » a été déposée en Belgique¹⁴⁶. Ainsi, deux articles ont été introduits dans le Code de la consommation français : l'art. L. 441-2¹⁴⁷, qui définit l'obsolescence programmée ; et l'art. L. 456-6¹⁴⁸, qui prévoit une sanction pénale, l'obsolescence programmée étant alors considérée comme un délit. Cette loi incrimine également ce phénomène de manière plus large par ses art. L. 441-3¹⁴⁹ et L. 441-4¹⁵⁰ avec, de surcroît, la possibilité de prononcer certaines mesures (art. L. 456-7) telles que l'affichage de la décision, la diffusion de messages ou encore le retrait des produits sur lesquelles portent l'infraction¹⁵¹. Tout cela risque encore d'évoluer dans le but d'encourager l'allongement de la durée de vie des équipements, comme nous pouvons le constater notamment en France, par la volonté de simplifier la définition de l'obsolescence programmée afin de rendre le délit plus applicable¹⁵². Il est également prévu d'interdire les techniques logicielles visant à restreindre la réparation d'un appareil ou à empêcher l'installation d'un système d'exploitation de son choix au-delà de la période de garantie de l'appareil¹⁵³.

Bien que ces quelques articles marquent un avancement dans la lutte contre l'obsolescence programmée, une difficulté survient en pratique, celle du fardeau de la preuve¹⁵⁴. En effet, premièrement, il faut prouver la diminution de la durée de vie du produit, deuxièmement, la mise en œuvre d'une

¹⁴³ La question se pose également en Europe, cf. Résolution du Parlement européen, para. 6 let. g. : « *en étudiant la possibilité d'ajouter à la liste figurant à l'annexe I de la directive 2005/29/CE les pratiques qui raccourcissent de fait la durée de vie d'un bien pour en accroître le taux de remplacement et limiter ainsi indûment la réparabilité des biens, y compris les logiciels* » et en insistant « *sur la nécessité de définir clairement ces pratiques sur la base d'une définition objective et commune* ».

¹⁴⁴ « *Un bien qui fait l'objet d'un contrat doit être tel qu'il puisse servir à un usage normal pendant une durée raisonnable, eu égard à son prix, aux dispositions du contrat et aux conditions d'utilisation du bien* ».

¹⁴⁵ « *Si un bien qui fait l'objet d'un contrat est de nature à nécessiter un travail d'entretien, les pièces de rechange et les services de réparation doivent être disponibles pendant une durée raisonnable après la formation du contrat.*

Le commerçant ou le fabricant peut se dégager de cette obligation en avertissant le consommateur par écrit, avant la formation du contrat, qu'il ne fournit pas de pièce de rechange ou de service de réparation ».

¹⁴⁶ Cf. Proposition de loi belge.

¹⁴⁷ « *Est interdite la pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement* ».

¹⁴⁸ « *Les délits prévus aux articles L. 441-2, L. 441-3 et L. 441-4 sont punis d'une peine de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300 000 euros.*

Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 5 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits. ».

¹⁴⁹ « *Toute technique, y compris logicielle, par laquelle un metteur sur le marché vise à rendre impossible la réparation ou le reconditionnement d'un appareil hors de ses circuits agréés est interdite* ».

¹⁵⁰ « *Tout accord ou pratique ayant pour objet de limiter l'accès d'un professionnel de la réparation aux pièces détachées, modes d'emploi, informations techniques ou à tout autre instrument, équipement ou logiciel permettant la réparation des produits est interdit* ».

¹⁵¹ LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.01 ; MEUNIER.

¹⁵² HOP, Le Gouvernement ; Proposition de loi n° 3730, art. 6 p. 5 ; Proposition de loi n° 625, art. 6 p. 3 ; Rapport n° 4196, p. 37.

¹⁵³ HOP, Le Gouvernement ; Proposition de loi n° 625, art. 7^{ter} p. 3.

¹⁵⁴ LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.41 avec les réf. citées ; Sur cette problématique, cf. *infra* III/A/2.

« technique »¹⁵⁵ afin d'arriver à cette diminution, et dernièrement, que ceci a été fait de manière intentionnelle¹⁵⁶. Et même si un procureur ou une autorité, telle que le DGCCRF en France, dispose de pouvoirs d'enquête plus étendus par rapport à un simple particulier, cette difficulté est toujours présente et parfaitement représentée par les quelques jugements rendus jusqu'à lors¹⁵⁷. Finalement, bien qu'à partir de 2015 la France ait introduit ces articles dans son Code de la consommation, aucune affaire n'a encore abouti à une condamnation sur la base de ceux-ci. On aurait légitimement pu le penser, mais il n'en a rien été, car même si cette pratique est très médiatisée aujourd'hui, elle reste marginale et rarement répandue¹⁵⁸. Ces affaires, même si elles n'aboutissent pas à un jugement clair constatant un cas d'obsolescence programmée, sont néanmoins importantes dans la lutte contre celle-ci, tant pour le consommateur que pour l'environnement, car elles démontrent une prise de conscience et surtout une réaction des acteurs concernés¹⁵⁹. Sans oublier la diffusion médiatique nuisant fortement à l'image des grandes marques, ce qui assure un effet préventif et un moyen de pression poussant les professionnels à transiger¹⁶⁰.

Par ailleurs, il est vrai que le droit pénal n'est pas la panacée du fait qu'il ne permet pas d'appréhender de manière satisfaisante la répression des personnes morales. L'activité de base des fabricants est d'ailleurs bénéfique à la société et n'est en aucun cas illicite, l'État ne peut ainsi pas leur interdire de mener une telle activité. Il en va de même de la dissolution d'une entreprise ou de son interdiction de fonctionner pendant quelques années, car cela porterait atteinte aux intérêts des actionnaires ainsi qu'à d'autres parties, telles que fournisseurs, sous-traitants, employés, etc., alors qu'ils ne sont pas impliqués dans la réduction de la durée de vie des produits. Tenir pour responsable les personnes physiques reste envisageable mais peu praticable, car établir les connaissances et l'intention de chacun dans cette situation est une tâche ardue et probablement décevante. En effet, « *l'obsolescence programmée résulte sans doute moins de la décision d'un « génie du mal » haut placé, qui imposerait sa volonté à toute l'entreprise, que de mauvaises pratiques se retrouvant à plusieurs échelons et qui, prises isolément, n'atteindraient pas le seuil nécessaire à la répression pénale* ». Par conséquent, la répression pénale de l'obsolescence programmée reste délicate et l'est encore plus lorsqu'elle sort des frontières, un pays étranger ne prévoyant pas forcément une législation comparable et pouvant être tenté de protéger les fleurons de son industrie¹⁶¹.

¹⁵⁵ Selon MEUNIER, ce terme permet d'englober les différentes formes d'obsolescence programmée mentionnées précédemment (*supra* II/A/1/b) ; ég. Allongement de la durée de vie, Rapport ADEME, p. 15 et 17 ; Il existe une controverse doctrinale à ce sujet, la jurisprudence n'étant pas encore établie, LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.22.

¹⁵⁶ Plainte 2017, p. 6 ; Plainte 2018, p. 4 ; LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.41 ; Pour un approfondissement, cf. MEUNIER ; ég. LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.11 ss.

¹⁵⁷ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 5 ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 143 ; HOP, Imprimantes, p. 17.

¹⁵⁸ LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.41 ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 40.

¹⁵⁹ HOP, Obsolescence.

¹⁶⁰ LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.41 ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 142.

¹⁶¹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 5.

Il est également intéressant de mentionner que le droit français, considérant l'obsolescence programmée comme un délit de masse, et partant illicite, permet aux consommateurs d'agir directement à l'encontre du fabricant par le biais d'une action de groupe (art. L. 623-1 du Code de la consommation) afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis¹⁶².

(ii) Mesures alternatives

La France est donc le seul État à avoir légiféré sur cette pratique en tant que telle, et reste pionnière en ce qui concerne les autres mesures et lois qui ont été adoptées ou modifiées¹⁶³. Il existe notamment la Loi AGEC pour une économie circulaire, visant à lutter contre l'obsolescence programmée¹⁶⁴, qui prévoit une multitude de mesures pour des produits plus durables et réparables¹⁶⁵. Par ailleurs, une disposition¹⁶⁶ ainsi qu'une Réglementation permettent en quelques sortes de lutter contre l'obsolescence psychologique, comme nous le démontre le cas avec Microsoft et Chromebook (*supra* II/A/2/e). L'autorité chargée de rendre les décisions (le JDP) ne dispose toutefois pas de la compétence pour constater la violation d'une Directive européenne ou d'une loi¹⁶⁷, et ne peut rendre des décisions ayant un caractère contraignant¹⁶⁸.

Ainsi, les mesures prévues sont notamment : la disponibilité durant 5 ans minimum après l'achat des pièces détachées de certains équipements électroménagers et électroniques, ainsi qu'une livraison dans un délai de 15 jours au lieu de 2 mois¹⁶⁹ ; l'interdiction de toute pratique visant à verrouiller ou empêcher la réparation au sein d'un réseau agréé¹⁷⁰ ; l'instauration d'une garantie de conformité sur le logiciel de 2 ans minimum¹⁷¹ ; l'encouragement à l'auto-réparation¹⁷² ; la mise en place d'un indice de réparabilité indiquant la capacité à réparer le produit avec également un compteur d'usage non-obligatoire, qui se transformera dès 2024 en indice de durabilité désignant l'aptitude du produit à fonctionner en informant le consommateur sur sa robustesse et sa fiabilité¹⁷³, cet indice ne s'applique cependant qu'à cinq

¹⁶² VASSEUR/SAUVAGE, p. 142 s.

¹⁶³ Institutionnalisation plus lente au niveau européen, cf. cep. Résolution du Parlement européen avec les réf. citées ; ég. HOP, White Paper ; Pour un aperçu du chemin parcouru au niveau européen, cf. Le Club de la Durabilité, Durabilité, p. 8 ss.

¹⁶⁴ Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

¹⁶⁵ Le Club de la Durabilité, Durabilité, p. 5 s.

¹⁶⁶ Art. 50 de la Loi AGEC introduira l'art. L. 541-15-9 du Code de l'environnement français.

¹⁶⁷ Avis du JDP, Chromebook, pt 3.1.

¹⁶⁸ HOP, Chromebook.

¹⁶⁹ Art. 19 de la Loi AGEC modifiera l'art. L. 111-4 du Code de la consommation français qui prévoit déjà l'obligation d'information sur la période ou la date de disponibilité des pièces détachées si leur mise à disposition est prévue par le fabricant.

¹⁷⁰ Art. L. 441-3 et L. 441-4 du Code de la consommation français ; Prévue pour les pratiques logicielles également, Assemblée nationale, Proposition n° 4196, p. 40.

¹⁷¹ Art. L. 217-21 du Code de la consommation français ; ég. Art. 7 para. 3 ss Directive 2019/771 ; cf. ég. Résolution du Parlement européen, para. 7.

¹⁷² Art. L. 441-5 du Code de la consommation français ; Art. L. 541-9-9 du Code de l'environnement français.

¹⁷³ Art. L. 541-9-2 du Code de l'environnement français ; HOP, Décryptage : « *L'indice de réparabilité représente donc une première étape vers un véritable indice de durabilité plus complet. L'objectif de cet outil est double : d'une part, apporter une information utile aux consommateurs de plus en plus nombreux à demander des produits plus durables et réparables. D'autre part, instituer une émulation vertueuse entre fabricants pour concevoir des produits plus réparables et durables afin d'obtenir la meilleure note grâce à cet effort de transparence. In fine, l'indice doit permettre d'allonger la durée de vie des produits, et donc lutter contre toute forme d'obsolescence prématurée, dans l'intérêt de notre pouvoir d'achat et de la planète* ».

catégories de produits électroménagers et électroniques pour le moment et se détermine sur la base de cinq critères¹⁷⁴ ; l'extension de garantie de 6 mois pour les consommateurs qui choisissent de réparer leurs objets en panne plutôt que de les renouveler¹⁷⁵ ; la garantie légale de conformité est également passée à 2 ans¹⁷⁶, et lorsqu'un produit tombe en panne dans ce délai après l'achat, ou dans un délai d'un an au niveau européen, le défaut est présumé avoir déjà existé au moment de la vente, ce qui permet un retournement du fardeau de la preuve¹⁷⁷. L'idée est également d'augmenter la durée des garanties légales et de les aligner davantage sur la durée de vie estimée d'une catégorie de produits¹⁷⁸. D'autres pays européens ont par ailleurs déjà fixé des délais de garantie plus longs, pouvant aller jusqu'à 6 ans¹⁷⁹. À noter que cette garantie pour les produits d'occasion a été étendue à 1 an¹⁸⁰, avec en plus l'introduction de la définition du terme de produit reconditionné dans la loi française¹⁸¹. Par ailleurs, une proposition de loi prévoit¹⁸², sans équivalent en Europe, que les reconditionneurs devront pouvoir accéder aux pièces détachées au même titre que les réparateurs professionnels¹⁸³. La Directive européenne sur la garantie de conformité établit également certaines protections à l'égard des consommateurs en imposant des critères de conformité¹⁸⁴ (art. 6 et 7 Directive 2019/771) et en leur permettant une mise en conformité de leurs biens en cas de défaut (art. 13 ss Directive 2019/771)¹⁸⁵.

D'après celles établies par la France, des mesures ont été prises au niveau européen visant l'instauration d'un marché unique plus durable pour les entreprises et les consommateurs¹⁸⁶. Dans cette optique sont énoncées différentes stratégies visant notamment la lutte contre l'obsolescence programmée, les droits des consommateurs, la réparation, l'établissement d'une économie du réemploi et de la réutilisation, la

¹⁷⁴ Pour plus de détails, cf. Ministère de la transition écologique, Indice ; HOP, Décryptage.

¹⁷⁵ Art. 22 de la Loi AGEC modifiera l'art. L. 217-9 du Code de la consommation français.

¹⁷⁶ Art. L. 217-12 du Code de la consommation français ; Art. 10 Directive 2019/771.

¹⁷⁷ Art. L. 217-7 du Code de la consommation français ; Art. 11 Directive 2019/771.

¹⁷⁸ VASSEUR/SAUVAGE, p. 131 ss ; Résolution du Parlement européen, let. H et para. 6 let. e.

¹⁷⁹ Pour plus de détails sur les pays disposant d'une durée de garantie plus longue, cf. Motion 19.4594 ; é.g. Motion 17.3178.

¹⁸⁰ Art. L. 217-7 du Code la consommation français ; Art. 10 para. 6 Directive 2019/771.

¹⁸¹ Art. L. 122-21-1 du Code de la consommation français.

¹⁸² Proposition de loi n° 625 ; HOP, Le Gouvernement : « Elle vise entre autres à sensibiliser davantage aux impacts environnementaux et à la sobriété numérique, à faire émerger des usages numériques plus vertueux, et à limiter le renouvellement des terminaux, qui sont à eux seuls à l'origine de 70% des impacts du numérique en France ».

¹⁸³ HOP, Le Gouvernement ; Proposition de loi n° 625, art. 14^{bis} AA p. 7 s.

¹⁸⁴ Para. 29 Directive 2019/771 : « Il convient d'évaluer la conformité, entre autres, en prenant en considération la finalité pour laquelle des biens de même type seraient normalement utilisés, et la question de savoir si les biens sont fournis avec les accessoires et les instructions que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir ou s'ils correspondent à l'échantillon ou au modèle que le vendeur a mis à la disposition du consommateur. Les biens devraient également présenter les qualités et caractéristiques qui sont normales pour des biens de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, étant donné 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 de ces personnes » ; Également pour les mises à jour logicielle, cf. art. 7 para. 3 ss Directive 2019/771.

¹⁸⁵ Également en France à l'art. L. 217-4 du Code de la consommation français : « Le vendeur livre un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance.

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité ».

¹⁸⁶ Résolution du Parlement européen ; Communication 2019 ; Avec un nouveau plan d'action en faveur de l'économie circulaire, cf. Communication 2020, p. 6, précisant que « la Commission proposera une révision de la législation de l'Union européenne en matière de protection des consommateurs afin de garantir que les consommateurs reçoivent des informations fiables et pertinentes sur les produits au point de vente, y compris sur leur durée de vie et sur la disponibilité de services de réparation, de pièces de rechange et de manuels de réparation ».

question du numérique au service d'un marché durable, la nécessaire transition des autorités publiques, ainsi que le marketing et la publicité responsables¹⁸⁷. L'idée est également d'obtenir un véritable « *droit à la réparation* »¹⁸⁸. Des Règlements ont été établis sur la base de la Directive 2009/125/CE, relative à l'éco-conception, concernant différentes catégories de produits, qui fixent des exigences entre autres sur la disponibilité et les délais de livraison de pièces de rechange ou sur l'accès aux informations sur la réparation et l'entretien des produits¹⁸⁹. Les pièces détachées devront ainsi être mises à dispositions par les fabricants pendant une durée minimale, variant selon les produits¹⁹⁰. Des mesures fiscales ont par ailleurs été élaborées dans le but d'inciter le consommateur à réparer plutôt qu'à acheter un nouveau bien, plus particulièrement en Suède, permettant ainsi d'exploiter de manière optimale le potentiel de l'économie circulaire¹⁹¹. Une proposition de Règlement relatif aux batteries et à leurs déchets a également vu le jour, avec notamment pour objectif : l'adoption de valeurs minimales de performance et de durée de vie pour les batteries rechargeables industrielles et celles des véhicules électriques (art. 10) ; l'inscription sur les batteries de leur capacité et de leur durée minimale moyenne, lors de leur utilisation dans des applications spécifiques (art. 13 s.) ; ainsi que l'obligation, pour les batteries portables incorporées dans des appareils, d'être faciles à retirer et à remplacer pendant toute la durée de vie de l'appareil (art. 11)¹⁹².

De plus, notons que les associations jouent un rôle très important dans la lutte contre l'obsolescence programmée sur la base de mesures volontaires. Elles informent les consommateurs, notamment au sujet de la durabilité des produits¹⁹³ ainsi que de leurs droits et en facilitent la mise en œuvre, mettent en place des « *RepairCafé*¹⁹⁴ », et cherchent des alternatives aux produits non-réparables. Il existe notamment Le Club de la Durabilité, qui réunit des entreprises ayant pour but de proposer des produits aussi durables que possible ainsi que des alternatives, car c'est finalement peut-être aux entreprises de faire le premier pas, avec en quelques sortes l'État faisant office de catalyseur¹⁹⁵. En outre, améliorer l'information du consommateur permettrait à ce dernier de reconnaître une part de responsabilité dans les choix qu'il fait lorsqu'il décide de remplacer son bien ou de le réparer, et ainsi de lui permettre de prendre conscience

¹⁸⁷ Résolution du Parlement européen, para. 6 ss.

¹⁸⁸ MIKOLAJCZAK : La Commission européenne travaille actuellement sur trois aspects du droit à la réparation : un sur les produits (en développant des exigences minimales pour rendre les produits plus réparables), un sur la production et un sur les consommateurs (en révisant le droit de la consommation pour éventuellement introduire des informations supplémentaires sur la disponibilité des pièces de rechange pour certains produits par exemple) ; Résolution du Parlement européen, para. 11.

¹⁸⁹ Motion 19.4597 ; Cf. Résolution du Parlement européen avec les réf. citées ; cf. ég. Directive 2009/125/CE ; Pour les règlements d'exécution, cf. CE, Regulation ; Sur les mesures envisagées, cf. Résolution du Parlement européen, para. 6 ss.

¹⁹⁰ Le Club de la Durabilité, Durabilité, p. 9 ss.

¹⁹¹ Équiterre, p. 10 ; Sur un tableau répertoriant les mesures fiscales prises par les pays européens dans le contexte de l'économie circulaire, cf. Mesures fiscales, p. 10 s.

¹⁹² Proposition de Règlement, art. 10 ss p. 61 ss ; Sur le positionnement du BEE à ce sujet, cf. BEE, Enhancing.

¹⁹³ Particulièrement en fournissant des tests comparatifs de produits, Rapport ADEME, p. 46.

¹⁹⁴ Atelier de réparation collaboratif, de sensibilisation et de partages, constitué de bénévoles, permettant aux consommateurs d'apporter un appareil en panne pour le faire réparer, VASSEUR/SAUVAGE, p. 103 ; Cf. <https://www.repaircafe.org/fr/>.

¹⁹⁵ VASSEUR/SAUVAGE, p. 118 ; Pour des concrétisations, cf. Le Club de la Durabilité, Durabilité, p. 11 ss et 24 ss.

que l'obsolescence n'est pas toujours programmée¹⁹⁶. Le rôle du consommateur constitue par conséquent un aspect majeur¹⁹⁷ dans la lutte contre l'obsolescence programmée, qui passe en partie par l'information de celui-ci, notamment en ce qui concerne la durée de vie des produits¹⁹⁸.

Dès lors, nous constatons qu'il existe déjà bons nombres d'initiatives, telles que les actions de type citoyennes, les offres d'entreprises de produits plus durables et innovants, la mise en place d'une meilleure information du consommateur, la mise en place de dispositions légales, la mise à disposition d'aide à la réparation des objets, la valorisation du recyclage, de la récupération, du réemploi et de la revente, etc.¹⁹⁹.

b. En Suisse

Aucune disposition légale visant à réprimer spécifiquement l'obsolescence programmée n'a été instaurée jusqu'à ce jour, et seulement une affaire a été portée devant nos juridictions, soldée par un jugement d'irrecevabilité au Tribunal fédéral²⁰⁰. Certaines interventions parlementaires ont cependant été déposées avec pour objectif de lutter contre ce phénomène. Un premier postulat demandait au Conseil fédéral d'établir un rapport sur différentes mesures, telles que l'affichage de la durée de vie des produits, la fixation de durées de garanties minimales, le soutien à l'éco-conception ainsi qu'aux activités de réparation et de maintenance, qui a finalement été rejeté²⁰¹. Le Conseil fédéral a néanmoins présenté un rapport « *évaluant l'efficacité, la pertinence et les potentiels des mesures existantes et envisageables pour optimiser la durée de vie et d'utilisation des produits* »²⁰². Il en conclut que l'optimisation doit intervenir simultanément aux niveaux de la production, de la consommation et des comportements, et que la Suisse doit rechercher des solutions en harmonie avec l'étranger, notamment en matière d'éco-conception²⁰³. Il a toutefois établi plusieurs mesures envisageables afin d'optimiser les durées de vie et d'utilisation des produits²⁰⁴.

Plusieurs interventions parlementaires ont été par la suite rejetées, classées ou non traitées dans le délai imparti de deux ans. Certaines portaient sur la garantie pour les défauts, telles que l'adaptation du droit suisse à la Directive de l'Union européenne, ce qui est le cas actuellement avec un délai de deux ans, ou l'augmentation du délai de garantie à cinq ans²⁰⁵. D'autres proposaient d'instaurer une obligation

¹⁹⁶ Équiterre, p. 8 ; LIBAERT, p. 57 ss ; À ce sujet, cf. Allongement de la durée de vie, Rapport ADEME, p. 15 s. et 22 ss ; Sur les quatre actions pour mieux consommer, cf. VASSEUR/SAUVAGE, p. 117.

¹⁹⁷ VASSEUR/SAUVAGE, p. 62 ; À ce sujet, cf. Rapport ADEME, p. 26 ss.

¹⁹⁸ Rapport ADEME, p. 26 ; Dans ce sens ég., art. L. 541-1 para. 1 n° 2 du Code de l'environnement français : « *Lutter contre l'obsolescence programmée des produits manufacturés grâce à l'information des consommateurs. Des expérimentations peuvent être lancées, sur la base du volontariat, sur l'affichage de la durée de vie des produits afin de favoriser l'allongement de la durée d'usage des produits manufacturés grâce à l'information des consommateurs* ».

¹⁹⁹ Équiterre, p. 17 s. ; À ce sujet, cf. Rapport ADEME, p. 37 ss.

²⁰⁰ Arrêt genevois ; Arrêt du TF 6B_437/2019 du 08.08.2019.

²⁰¹ Postulat 12.3447 ; Postulat 12.3777.

²⁰² Postulat 12.3777 ; En réponse au postulat, cf. Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits.

²⁰³ Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 21 ; ég. Directive 2009/125/CE.

²⁰⁴ À ce sujet, cf. Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 17 ss.

²⁰⁵ Motion 13.4273 ; Motion 13.4293 ; Motion 16.412 ; Motion 17.3178.

d'indiquer la durée d'utilisation minimale sur les produits, d'imposer des critères de réparabilités ou de disponibilité des pièces de rechange²⁰⁶. Cela permettrait au consommateur de faire des choix éclairés lors de son achat, et partant, augmenterait son pouvoir d'achat et profiterait à l'économie. Ces dernières ont toutefois été rejetées au motif que « *le Conseil fédéral préfère miser sur l'activité volontaire des milieux économiques plutôt que d'édicter des réglementations supplémentaires dans ce domaine* »²⁰⁷.

Par ailleurs, dans sa réponse à une question sur la situation actuelle en Suisse face à l'obsolescence programmée, le Conseil fédéral affirme encore vouloir miser surtout sur un engagement volontaire de l'économie et de la population sans devoir instaurer de nouvelles réglementations. La primauté revient, selon lui, à sensibiliser la population quant à cette problématique²⁰⁸ et par conséquent à introduire des obligations déclaratives²⁰⁹. Ainsi, même s'il existe des démarches volontaires reposant sur le principe circulaire au niveau des entreprises²¹⁰, pour l'heure, la protection des consommateurs est laissée aux associations de protection des consommateurs et de l'environnement, telles que l'association NoOPS²¹¹ ou la FRC²¹². Il est régulièrement organisé des « *Repair Café* », avec la volonté de mettre en place des conditions-cadres plus favorables aux consommateurs ainsi que de permettre une meilleure durabilité des biens²¹³. Il est également important de relever que l'action collective, qui fait débats actuellement, permettrait aux consommateurs de faire valoir ensemble leurs droits, sans se soucier des coûts, des contraintes administratives ou du temps à y consacrer²¹⁴.

Notons qu'un postulat à tout de même été adopté. Il chargeait le Conseil fédéral d'établir un rapport sur la situation légale encadrant l'obsolescence programmée en Suisse et de la comparer au niveau international²¹⁵. L'idée est d'examiner si les consommateurs sont suffisamment protégés légalement, de déterminer si la création d'une loi spécifique sur l'obsolescence programmée est nécessaire, et d'envisager des mesures pour renforcer la protection du consommateur²¹⁶. Deux autres motions ont été déposées, dans le but d'étendre la garantie pour les défauts à cinq ans²¹⁷. Un rapport a également été délivré, celui-ci portait sur les « *mesures fiscales et autres mesures destinées à promouvoir l'économie circulaire* »²¹⁸. Les mesures envisagées dans ce rapport rejoignent les mesures prises dans d'autres pays, néanmoins, le Conseil fédéral a pour objectif de suivre l'évolution européenne avant de légiférer.

²⁰⁶ Notons qu'il n'existe aucune obligation en droit suisse imposant au fabricant de fournir des pièces de rechange. Cependant, selon RUSCH, p. 177, il existe une obligation de fournir des pièces de rechange pendant la durée de vie normale du produit, qui peut être justifiée comme une obligation contractuelle accessoire implicite fondée sur la bonne foi.

²⁰⁷ Motion 17.3218 ; Postulat 17.3148 ; Postulat 17.3220.

²⁰⁸ Question 17.5352 ; Postulat 12.3447.

²⁰⁹ Mesures fiscales, p. 17 s.

²¹⁰ *Id.*, p. 17.

²¹¹ <https://noops.ch>.

²¹² <https://www.frc.ch>.

²¹³ <https://repair-cafe.ch/fr>.

²¹⁴ FRC, Actions collectives.

²¹⁵ Postulat 18.3248.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Motion 19.4594 ; Motion 20.4025.

²¹⁸ Postulat 17.3505 ; En réponse au postulat, cf. Mesures fiscales.

D'autres interventions pour une économie circulaire ont également été déposées²¹⁹, notamment afin d'introduire un indice de réparabilité pour certains appareils électriques et électroniques²²⁰. Nous relevons d'ailleurs une volonté de lutter contre l'obsolescence programmée au sein de l'Université de Neuchâtel, comme nous le démontre le Règlement sur les ressources informatiques, qui, à son art. 13, traite de la durabilité du matériel informatique²²¹.

Nous remarquons que la Suisse se dirige également vers un système d'économie circulaire sans se concentrer concrètement et directement sur la question de l'obsolescence programmée. Il existe par conséquent toujours une lacune juridique à ce sujet. Malgré cela, le droit suisse dispose de divers moyens de protection. Nous analyserons ainsi les moyens juridiques envisageables actuellement, qui octroieraient au consommateur une certaine protection face à ce phénomène.

B. Qualité de consommateur en droit suisse

La problématique de l'obsolescence programmée en droit suisse est liée intrinsèquement au consommateur, c'est pourquoi nous traiterons uniquement de cette problématique du point de vue du consommateur. Par conséquent, il s'agit de contextualiser la situation en abordant la notion de consommateur en droit suisse (1) pour ensuite donner un aperçu des conséquences de la qualité de consommateur (2) afin de mieux concrétiser les règles protectrices envisageables et leur champ d'application face à l'obsolescence programmée.

1. Notion de consommateur

En droit suisse, il n'existe pas de définition uniforme du consommateur et du contrat de consommation²²². Il en ressort néanmoins une figure typique du consommateur, qui est celle d'une personne physique acquérant des biens ou des services à des fins privées ou, à tout le moins, à des fins étrangères à une activité professionnelle ou commerciale²²³. L'autre partie qui fournit des biens et des services, qui est généralement²²⁴ qualifiée de « professionnel » ou de « fournisseur », agit à des fins

²¹⁹ Au sujet du développement de l'économie circulaire en Suisse, cf. Initiative 20.433, avec d'autres initiatives citées ; cf. ég. Motion 20.3667 ; Postulat 18.3509 ; Voir aussi à ce sujet, <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/economie-consommation/info-specialistes/kreislaufwirtschaft.html>> [consulté le 27.08.2021].

²²⁰ Motion 20.4312 ; Motion 19.4597 avec d'autres motions citées ; Comparable à celui de la France.

²²¹ Règlement sur les ressources informatiques de l'Université de Neuchâtel du 26 avril 2021.

²²² HUG, *La notion*, N 5 ; KAUFMANN-MOHI/LOACKER, p. 165 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 96 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 125.

²²³ HUG, *La notion*, N 6 ; HUG, N 761 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 132.

²²⁴ Il est ici fait réf. à la question du « prosumer », ceux-ci n'agissant pas nécessairement dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale, mais tout de même dans une mesure excédant la pratique d'un simple hobby, voire sur une base très régulière et pouvant conduire à l'acquisition d'un revenu parfois significatif, HUG, *La notion*, N 13. À ce sujet, cf. CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 136 avec les réf. citées.

lucratives dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale²²⁵. Notons toutefois que la conception traditionnelle du consommateur risque de changer considérablement dans les années à venir, car un « consommateur » deviendra potentiellement de plus en plus difficilement identifiable du fait qu'il ne restera probablement plus un simple consommateur, mais portera une multitude d'autres casquettes, notamment dans un contexte d'économie circulaire²²⁶.

En outre, cette définition ne doit pas nous faire oublier que la qualité de consommateur se détermine en fonction du cas concret et non pas de manière abstraite²²⁷. Ainsi, nous pouvons systématiser la notion de consommateur²²⁸ en rapport avec la qualité des parties (a), la finalité du contrat de consommation (b) et le critère de la prestation de consommation courante (c)²²⁹.

a. En rapport avec la qualité des parties

Concernant la qualité de consommateur, il existe de nombreuses références au « *consommateur* » ou à la « *consommation* » dans la loi, qui peuvent être directes comme implicites²³⁰. Tel en est fait mention à l'art. 210 al. 4 let. b CO concernant la garantie en raison des défauts de la chose vendue, à l'art. 10 al. 2 let. b LCD concernant la qualité pour agir des organisations de protection des consommateurs, à l'art. 32 CPC concernant les contrats conclus avec des consommateurs, à l'art. 114 et 120 LDIP concernant la compétence et le droit applicable pour les contrats conclus avec des consommateurs, ainsi qu'aux art. 15 ss CL concernant la compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs²³¹.

Plusieurs situations peuvent également être « *hybrides* », dans la mesure où il n'existe alors plus de distinction nette entre consommateur et professionnel²³², tel est notamment le cas lorsqu'une personne passe un acte nécessaire à sa profession future²³³, lorsqu'une personne morale agit à des fins non professionnelles²³⁴, lorsque le bien ou le service est acquis pour un usage mixte²³⁵ ou encore lorsqu'un professionnel se procure un bien ou un service en dehors de sa sphère de spécialité²³⁶.

Concernant la qualité de professionnel, respectivement de fournisseur, le droit suisse ne la définit pas non plus²³⁷, bien qu'elle soit souvent plus claire que celle du consommateur²³⁸. Dans le contexte du droit de la consommation, nous pouvons ainsi considérer de manière générale le professionnel comme une

²²⁵ HUG, N 166 ; BRUNNER, p. 592 avec les réf. citées ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 126.

²²⁶ HUG, *La notion*, N 63 et 69 avec la réf. citée.

²²⁷ KAUFMANN-MOHI/LOACKER, p. 148.

²²⁸ Autrement dit, individualiser le consommateur, respectivement le contrat de consommation, HUG, *La notion*, N 14.

²²⁹ HUG, *La notion*, N 8.

²³⁰ *Id.*, N 9.

²³¹ Pour d'autres exemples, cf. HUG, *La notion*, N 9.

²³² HUG, *La notion*, N 10.

²³³ En rapport avec l'application de la LCC, cf. p. ex. ATF 139 III 201, consid. 2.

²³⁴ En rapport avec l'application de l'art. 8 LCD, CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 130.

²³⁵ KAUFMANN-MOHI/LOACKER, p. 148 ; MARCHAND, p. 17 s.

²³⁶ FORNAGE, N 178 ss et 198.

²³⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 98 ; PICHONNAZ, p. 54 ; En rapport avec l'art. 120 LDIP, cf. ATF 121 III 336, consid. 5d, qui souligne néanmoins que les parties ne sont pas sur un pied d'égalité.

²³⁸ HUG, *La notion*, N 11 ; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 97 ss ; PICHONNAZ, p. 54.

personne physique ou morale fournissant des biens ou des services au consommateur dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle²³⁹.

b. En rapport avec la finalité du contrat de consommation

L'individualisation du consommateur, respectivement du contrat de consommation, peut également s'apprécier d'après la finalité privée de la relation avec le professionnel, conformément à l'approche théorique structuraliste téléologique²⁴⁰, autrement dit que « *la relation de consommation intervient dans le but de satisfaire des besoins privés (personnels ou familiaux) du consommateur, à savoir des besoins extérieurs à une activité professionnelle ou commerciale* »²⁴¹. Plusieurs types de définitions sont ainsi inscrites dans la loi, partant, nous constatons que le consommateur est plutôt défini selon un besoin d'intervention spécifiquement identifié en faveur de la partie faible se trouvant dans une relation particulière²⁴².

Il existe cependant des relations ambiguës, soit des situations mixtes dans lesquelles un bien ou un service est acquis en vue d'un usage autant professionnel que personnel²⁴³. Face à de telles situations, le critère de la prépondérance²⁴⁴ permet de trancher ces cas spécifiques en faveur de l'une ou de l'autre sphère d'activité²⁴⁵ en déterminant de manière objective et concrète la finalité²⁴⁶. À noter toutefois des difficultés de preuve et une certaine restrictivité en présence d'une disposition procédurale en raison du critère de prestation de consommation courante en particulier²⁴⁷.

c. En rapport avec le critère de la prestation de consommation courante

L'exigence d'une prestation de consommation courante²⁴⁸ définit de manière restrictive le contrat conclu avec des consommateurs²⁴⁹, à l'inverse du droit matériel qui ne l'exige pas²⁵⁰. Il s'agit d'un critère propre au droit formel suisse²⁵¹, mais que le législateur ne définit pas directement²⁵², et partant, qui est défini

²³⁹ HUG, *La notion*, N 12 ; MORIN/FORNAGE, p. 109 ; Pour des approfondissements, cf. HUG, N 764 ss ; HEISS, N 3.37 ss.

²⁴⁰ CARRON, N 15 ; HUG, N 570 ss ; PICHONNAZ, p. 60.

²⁴¹ HUG, *La notion*, N 14.

²⁴² HUG, *La notion*, N 15 s. ; Pour des approfondissements, cf. HUG, N 665 ss ; FORNAGE, N 79 ss.

²⁴³ MARCHAND, p. 17 s. ; HUG, N 233 et 611 ss ; Au sujet du critère de l'insignifiance, cf. HUG, *La notion*, N 21 ss avec les réf. citées ; Arrêt CJCE, affaire C-464/01 du 20.01.2005, Johann Gruber contre Bay Wa AG, en droit de l'Union européenne, relatif à un contrat à finalité mixte dans lequel l'interprétation restrictive s'avère discutable en droit suisse où le critère de prépondérance doit être privilégié.

²⁴⁴ MARCHAND, p. 18 : « *Le critère de la prépondérance, selon lequel les règles de protection des consommateurs s'appliquent s'il est raisonnable de considérer que l'usage prépondérant de la chose sera un usage personnel ou familial, doit à notre avis lui être préféré* ».

²⁴⁵ FORNAGE, N 188 ss ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 133.

²⁴⁶ HUG, *La notion*, N 20 ; Pour des approfondissements sur la détermination de la finalité, cf. HUG, N 584 ss.

²⁴⁷ HUG, *La notion*, N 20 ; HUG, N 233, 614 et 824 ; MARCHAND, p. 18.

²⁴⁸ Pour des approfondissements, cf. HUG, RJN 2018, p. 29 ss ; FORNAGE, N 1405 ss.

²⁴⁹ MARCHAND, p. 305 ; cf. art. 32 al. 2 CPC, 114 et 120 LDIP.

²⁵⁰ HEISS, N 3.23 ss ; HUG, RJN 2018, p. 29 ; cf. la LCC et l'art. 8 LCD.

²⁵¹ HUG, N 811 ; MARCHAND, p. 20.

²⁵² FORNAGE, N 1326 s.

au cas par cas et donc imprévisible²⁵³. En outre, le bénéfice des dispositions légales protectrices est réservé aux « *affaires quotidiennes* » (« *Alltagsgeschäfte* »)²⁵⁴, même si elles sont susceptibles de concerner n'importe quel type de prestation, qu'il s'agisse d'une livraison de biens ou de services. Ces affaires doivent donc correspondre aux besoins usuels courants du consommateur avec, en arrière-plan, la nécessité que le bien ou le service soit destiné à des fins privées²⁵⁵.

2. Conséquences de la qualité de consommateur

Lorsque la qualité de consommateur est donnée, ce dernier bénéficie de protections particulières. En droit des obligations et des contrats, bien que des normes ponctuelles et spécifiques visent tant la protection matérielle²⁵⁶ que procédurale²⁵⁷ du consommateur²⁵⁸, ce dernier est pour l'essentiel considéré comme un partenaire contractuel comme les autres²⁵⁹. Néanmoins, même si le professionnel n'a pas un devoir général de conseil envers le consommateur²⁶⁰, l'art. 2 CC exige que chacun est tenu de se comporter selon les règles de la bonne foi, permettant ainsi au Tribunal de régler les questions non traitées par le législateur²⁶¹. Le consommateur étant tout de même considéré comme la partie économiquement faible, il peut être justifié, pour le législateur ou la jurisprudence, d'intervenir directement ou indirectement tout particulièrement dans la formation et l'exécution du contrat afin de protéger ses intérêts²⁶².

En droit de la lutte contre une concurrence déloyale, la protection du consommateur étant un des trois piliers de la LCD, on y retrouve différentes normes visant à l'assurer²⁶³. Toutefois, la LCD poursuivant un but collectif, une pratique commerciale ne vise en principe pas exclusivement la protection du consommateur, car son application exige une influence du comportement et/ou de la pratique considérée sur le marché²⁶⁴. C'est également pour cela que la bonne foi n'est protégée qu'en rapport avec des comportements exerçant potentiellement une influence sur la concurrence et non de manière générale²⁶⁵. Aussi, lorsqu'un contrat est conclu en violation de la LCD, se pose la question de la validité du contrat subséquent au sujet de laquelle s'oppose deux conceptions. Soit celle permettant au consommateur de mettre unilatéralement fin au contrat, au moyen des règles sur les vices du consentement par exemple, en le considérant dès lors comme valide. Soit celle de la nullité du contrat selon l'art. 20 CO lorsque, à

²⁵³ MARCHAND, p. 305 ; ATF 132 III 268, consid. 2.2.3.

²⁵⁴ HUG, RJN 2018, p. 29 ; Arrêt du Tribunal de commerce zurichois HG150071 du 25.11.2016, consid. 2.3.2.

²⁵⁵ HUG, RJN 2018, p. 30 ; Arrêt du TF 4A_575/2013 du 11.03.2013 consid. 2.2 ; CR CPC-HALDY, N 6 et 11.

²⁵⁶ P. ex. art. 40a ss CO, LCC, LVF.

²⁵⁷ Art. 32 CPC, 114 et 120 LDIP ou encore 15 ss CL.

²⁵⁸ MORIN/FORNAGE, p. 105 ss ; PICHONNAZ, p. 62.

²⁵⁹ HUG, *La notion*, N 30 et 32 avec les réf. citées.

²⁶⁰ MORIN/FORNAGE, p. 112.

²⁶¹ *Id.*, p. 97 s.

²⁶² HUG, *La notion*, N 33 ; Pour des approfondissements, cf. MORIN/FORNAGE, p. 98 ss.

²⁶³ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 21 ss.

²⁶⁴ HUG, *La notion*, N 41 et 44 ; ATF 126 III 198, consid. 2c.

²⁶⁵ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 18 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 46.

tout le moins, la norme violée interdit un certain comportement au professionnel²⁶⁶. Ainsi, suivant les cas, la violation de la LCD étant considérée comme un acte illicite²⁶⁷, la nullité du contrat subséquent conclu avec le consommateur serait fondée²⁶⁸.

²⁶⁶ HUG, *La notion*, N 40.

²⁶⁷ ATF 108 II 419, consid. 5 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 870 ; MORIN/FORNAGE, p. 99.

²⁶⁸ HUG, *La notion*, N 41 ; Pour des approfondissements, cf. HUG, N 190 ss.

III. PROTECTIONS ENVISAGEABLES EN DROIT SUISSE

Nous remarquons que des mesures sont prises et que des solutions axées sur la protection de l'environnement sont proposées, mais qu'en est-il du consommateur ? quels sont les moyens mis à sa disposition au niveau juridique lui permettant d'agir face à une telle pratique ? Là est la question à laquelle nous tenterons de répondre en analysant les possibilités actuellement envisageables en droit suisse en commençant premièrement par énoncer les données de la problématique (A), puis en proposant quelques solutions envisageables sous l'angle contractuel (B) ainsi que sous l'angle des pratiques commerciales déloyales (C) en terminant par quelques propositions de solutions alternatives (D).

A. Données de la problématique

Après avoir posé le cadre de l'obsolescence programmée, il est désormais possible de déterminer à quels problèmes un consommateur sera confronté lorsqu'il estimera avoir été trompé par cette pratique. Force est de constater qu'elle n'est pas en tant que telle réprimée par le droit suisse, à l'inverse du droit français. Néanmoins, même si ce phénomène, allant de pair avec le gaspillage de ressources, jouit d'une réputation essentiellement négative, il ne l'est en réalité pas par principe. En effet, un bien est généralement conçu pour une durée de vie limitée dans le but de réduire son coût et que de ce fait, l'obsolescence programmée constitue le moteur du progrès²⁶⁹.

Par conséquent, les solutions envisagées ne traiteront que le cas d'un raccourcissement artificiel bien en deçà de la durée de vie prévue et dont la fin prématurée est uniquement destinée à augmenter les ventes, autrement dit lors de cas flagrants²⁷⁰. Car en effet, il sera difficile pour un juge de différencier une obsolescence prématurée non préméditée de celle volontairement programmée²⁷¹. C'est pourquoi, afin d'établir la problématique, nous déterminerons les « éléments constitutifs » de l'obsolescence programmée (1). Ensuite, nous examinerons la question du fardeau de la preuve dans ce contexte (2), puis de l'éventuel dommage que peut potentiellement causer certains cas d'obsolescence programmée (3), et pour terminer, nous évoquerons la situation qu'engendre un litige de masse (4).

1. « Éléments constitutifs » de l'obsolescence programmée

Avant de commencer à établir les « éléments constitutifs » potentiels de l'obsolescence programmée en droit suisse (b), nous nous attarderons sur ceux établis en droit français (a), qui eux sont légalement prévus dans la loi.

²⁶⁹ RUSCH, p. 176.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ MARTIN.

a. Exemple du droit français

Nous prenons l'exemple de la France, car il s'agit de l'unique pays à avoir instauré une définition légale de l'obsolescence programmée²⁷². Est ainsi constitutif d'obsolescence programmée, « *le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement* »²⁷³. Nous pouvons alors en tirer trois éléments constitutifs²⁷⁴ : un élément matériel, soit user de techniques ; un élément intentionnel, soit viser à réduire délibérément la durée de vie du produit ; et un mobile ou un résultat espéré, soit augmenter le taux de remplacement²⁷⁵. À noter qu'il est prévu de supprimer la condition de l'existence d'un mobile²⁷⁶, qui est également un élément intentionnel²⁷⁷. Le fait de réduire délibérément la durée de vie d'un produit est alors illégal, et l'infraction étant « *formelle* », la sanction pénale est indépendante du résultat concret des faits incriminés²⁷⁸. De plus, il serait envisageable pour le juge de déduire le mobile de la seule réduction délibérée de la durée de vie du produit²⁷⁹. Par ailleurs, le terme « *techniques* » laisse la possibilité d'incriminer plusieurs formes d'obsolescence programmée, telles que définies plus haut (*supra* II/A/1/b)²⁸⁰, avec toutefois des difficultés liées à l'identification de ces mêmes techniques²⁸¹. L'intégration de l'obsolescence logicielle comme « technique » constitutive d'obsolescence programmée est d'ailleurs prévue²⁸².

b. En droit suisse

Bien qu'aucune définition légale n'existe actuellement dans notre ordre juridique, et par conséquent aucun élément constitutif, nous avons pu conclure, d'après la définition (*supra* II/A/1/a) et les éléments constitutifs en droit français, qu'il en ressortait trois composantes. Ces éléments, respectivement cette définition juridique, permettront ainsi au consommateur d'agir sur la base de différentes protections juridiques octroyées en droit suisse qui seraient envisageables²⁸³.

Partant, le premier élément correspond à un défaut au sens de l'art. 197 al. 1 CO, selon lequel le vendeur est tenu de garantir l'acheteur 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* », soit par

²⁷² Art. L. 456-6 du Code de la consommation français ; Qui constitue un délit pénal, LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.81.

²⁷³ Art. L. 441-2 du Code de la consommation français.

²⁷⁴ Pour des approfondissements, cf. LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.11 ss.

²⁷⁵ Plainte 2017, p. 6 ; Pour un approfondissement, cf. LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.00 ss.

²⁷⁶ Le Sénat ainsi que l'Assemblée nationale français prévoient de supprimer cet élément intentionnel, cf. Proposition de loi n° 3730, art. 6 p. 5 ; Proposition de loi n° 625, art. 6 p. 3 ; Rapport n° 4196, art. 6 p. 37 et 138 s.

²⁷⁷ LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.31 s.

²⁷⁸ VASSEUR/SAUVAGE, p. 19 s. ; LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.21.

²⁷⁹ VASSEUR/SAUVAGE, p. 19 s.

²⁸⁰ *Ibid.* ; LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.22 ss.

²⁸¹ LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.41.

²⁸² Proposition de loi n° 3730, art. 7 p. 5 ; Rapport n° 4196, p. 39 ; Proposition de loi n° 625, art. 7 p. 3.

²⁸³ GEISSBÜHLER, p. 134 ss.

l'absence d'une qualité promise par le vendeur, soit par l'absence d'une qualité à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre de bonne foi²⁸⁴.

Le deuxième élément correspond à une tromperie²⁸⁵ de la part du vendeur ou du fabricant, ce qui conduit à une violation des règles de la bonne foi²⁸⁶. Cet acte de tromperie sera analysé sous l'angle des règles sur les vices du consentement, en particulier l'acte dolosif (*infra* III/B/2/a) ; des règles sur la garantie pour les défauts, en cas de dissimulation frauduleuse du défaut (*infra* III/B/1/a/iv) ; ainsi que sous l'angle de l'art. 3 al. 1 LCD, qui concerne les pratiques commerciales déloyales (*infra* III/C).

Le dernier élément contenu dans la définition retenue, ainsi que dans celle en droit français²⁸⁷, n'est pas pertinent au regard du droit privé, car rien en soi ne force l'acheteur à remplacer son bien défectueux ou à privilégier un fournisseur au lieu qu'un autre²⁸⁸. Ceci découle du principe de la liberté contractuelle, qui veut que chacun est libre de conclure ou non un contrat²⁸⁹.

2. Fardeau de la preuve

Après une transposition de la définition de l'obsolescence programmée au niveau juridique, il s'agit à présent de déterminer comment l'intégrer en pratique. En général, l'art. 8 CC détermine la partie qui supporte la charge de la preuve en prévoyant que la partie alléguant un fait est tenue de le prouver, sans quoi il ne sera pas retenu par le juge pour trancher le litige²⁹⁰. En l'espèce, le consommateur doit alors prouver que la durée de vie de son bien a été sciemment diminuée par le fabricant, et que le vendeur en avait connaissance ou aurait dû en avoir connaissance par le fait qu'il est lui-même le fabricant ou par un autre biais²⁹¹. Notons que sous l'angle contractuel, que nous considérons le vendeur de bonne ou de mauvaise foi, le consommateur ne peut agir directement contre le fabricant, conformément au principe cardinal de la relativité des contrats²⁹².

Dans les faits, il est alors difficile pour un consommateur d'identifier une situation d'obsolescence programmée, mais cela l'est extrêmement plus lorsqu'il s'agit d'en apporter la preuve²⁹³. En effet, le consommateur, seul face à son produit défectueux, sera contraint de rechercher des cas similaires au sien pour pouvoir établir un cas d'obsolescence programmée, celui-ci supposant que soient affectés d'un

²⁸⁴ BSK OR I-HONSELL, art. 197 N 2 ; GEISSBÜHLER, p. 135 ; HUGUENIN, N 2608 ss ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 197 N 11 ss ; ATF 131 III 145, consid. 4.

²⁸⁵ GEISSBÜHLER, p. 135 ; LATOUCHE, p. 135 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835 ; En droit français, cf. LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.05.

²⁸⁶ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 4 ; GEISSBÜHLER, p. 135.

²⁸⁷ Sa suppression étant toutefois prévue, cf. Proposition de loi n° 3730, art. 6 p. 5 ; Proposition de loi n° 625, art. 6 p. 3 ; Rapport n° 4196, art. 6 p. 37 et 138 s.

²⁸⁸ GEISSBÜHLER, p. 135.

²⁸⁹ CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, N 28 et 34 ss ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 25.01 ss et 26.02 ; ATF 80 II 26, consid. 5a.

²⁹⁰ GEISSBÜHLER, p. 136 ; En ce qui concerne le défaut de la chose vendue, cf. KELLER/SIEHR, p. 79 ; HUGUENIN, N 2598 ; En ce qui concerne le dol, cf. BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 28 N 26.

²⁹¹ GEISSBÜHLER, p. 136 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 38.11.

²⁹² MARCHAND, p. 101 ; GEISSBÜHLER, p. 136.

²⁹³ RUSCH, p. 179 ; LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.41 ; Postulat 12.3447.

problème identique tous les produits du même type²⁹⁴. Démontrer la durée de vie « naturelle » d'un produit est également compliqué, car elle dépend d'une multitude de paramètres (*supra* II/A/1/b)²⁹⁵. Tout cela nécessitera une expertise²⁹⁶, ce qui peut s'avérer problématique en raison de son coût souvent élevé et du fait qu'elle ne permettra pas toujours de déterminer si l'objet a été volontairement altéré dans le but de diminuer sa durée de vie. Par ailleurs, il est également très difficile d'apporter la preuve que le vendeur était informé du caractère défectueux des objets qu'il propose à la vente²⁹⁷. Malheureusement, à l'heure actuelle, la procédure n'est pas adaptée à cette problématique et n'apporte donc aucune aide comme le ferait une *class action*²⁹⁸, l'introduction en droit suisse de cette dernière ayant d'ailleurs été supprimée du projet de modification du Code de procédure civile²⁹⁹.

En outre, lorsque les biens sont vendus à grande échelle, il s'avère très compliqué pour un consommateur de trouver suffisamment de personnes dans la même situation et de les convaincre de témoigner ainsi que de persuader un juge de l'existence d'un défaut sciemment incorporé dans les produits d'une même série³⁰⁰. C'est pourquoi nous analyserons deux éventuelles possibilités qui faciliteraient l'établissement des faits. En l'occurrence, permettre un allègement du fardeau de la preuve (a) ou une suspicion comme défaut (b).

a. Allègement du fardeau de la preuve

Pour pallier cette difficulté d'apporter la preuve stricte d'un cas d'obsolescence programmée, il serait possible, d'après GEISSBÜHLER³⁰¹, de transposer le raisonnement du Tribunal fédéral développé dans un arrêt traitant d'un cas de responsabilité du fait des produits³⁰². Dans cet arrêt, il est alors admis que la demanderesse n'avait ni à apporter la preuve stricte du défaut, ni à produire une expertise, la preuve stricte ne pouvant être raisonnablement exigée au vu des circonstances³⁰³. Il suffit alors d'une vraisemblance prépondérante, autrement dit que « *d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération* »³⁰⁴. En outre, il faut considérer que le consommateur se trouve dans un « *état de nécessité en matière de preuve* »³⁰⁵ lors d'un cas d'obsolescence programmée, ceci justifiant ainsi la baisse des exigences du juge concernant le défaut et

²⁹⁴ GEISSBÜHLER, p. 136 ; Dans ce sens, RUSCH, p. 179.

²⁹⁵ Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 7 ; LOMBÈS/POUBEAU, p. 3 ; LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.41 ; Dans ce sens, MARTIN.

²⁹⁶ LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.41 ; GEISSBÜHLER, p. 136.

²⁹⁷ GEISSBÜHLER, p. 136 ; Dans ce sens, RUSCH, p. 178.

²⁹⁸ GEISSBÜHLER, p. 136 ; Dans ce sens, RUSCH, p. 182.

²⁹⁹ Message CPC 2020, p. 2609.

³⁰⁰ GEISSBÜHLER, p. 136 ; Dans ce sens, RUSCH, p. 182.

³⁰¹ GEISSBÜHLER, p. 137.

³⁰² ATF 133 III 81, consid. A : La victime était dans l'incapacité d'apporter la preuve stricte du défaut, la cafetière à l'origine du défaut ayant été détruite puis jetée après l'accident.

³⁰³ GEISSBÜHLER, p. 137 ; MARCHAND, p. 118 ; ATF 133 III 81, consid. 4.1 et 4.2.2.

³⁰⁴ ATF 133 III 81, consid. 4.2.2.

³⁰⁵ *Ibid.*

la connaissance de ce dernier par le vendeur. Il suffirait donc pour le consommateur de démontrer qu'un nombre significatif de tiers a rencontré le même problème, soit un défaut survenant rapidement après l'échéance du délai de garantie et pour des objets proches ou de même type provenant du même fabricant. Il est toutefois nécessaire de déterminer précisément le nombre de cas similaires, et non de manière abstraite. À noter que ce nombre ne doit pas correspondre à une fraction donnée des produits de ce type en circulation. Il faut également que l'effort du consommateur soit proportionné à la valeur du défaut et que le problème soit suffisamment récurrent, indépendamment d'autres facteurs, pour pouvoir admettre objectivement l'existence d'un cas d'obsolescence programmée³⁰⁶.

Il est néanmoins important de mentionner la possibilité pour le vendeur d'apporter une contre-preuve, celle-ci pouvant se limiter à « ébranler la conviction du juge »³⁰⁷. Cet allègement est par conséquent d'une certaine nécessité dans l'application des solutions envisageables *de lege lata*, que nous traiterons plus loin (*infra* III/B)³⁰⁸.

b. Suspicion comme défaut ?

Un consommateur ne remarquera pas forcément que la durée de vie de son bien a été diminuée, ainsi, selon RUSCH, il serait possible d'appliquer la jurisprudence sur la suspicion comme défaut (« *Verdacht als Mangel* ») connue en Allemagne, soit de considérer une suspicion comme étant un défaut³⁰⁹. En effet, en raison du grand nombre de cas qui se sont déjà produits, rapportés par exemple par les médias ou les sites d'entraide, un consommateur peut soupçonner que son propre article acheté, pour lequel la garantie pour les défauts existe encore, a également une durée de vie réduite. Le soupçon d'obsolescence programmée peut donc soit empêcher aux revendeurs la possibilité de revendre³¹⁰, ou soit réduire sensiblement la valeur de l'objet du consommateur final³¹¹, ce qui permettrait d'agir sur la base de la garantie pour les défauts (*infra* III/B/1). À noter que lorsque la sécurité du produit est particulièrement importante, le simple fait de soupçonner l'existence d'un défaut peut même empêcher complètement la possibilité d'utilisation par le consommateur³¹².

3. Dommage

Dans certains cas, afin d'obtenir réparation, nous pouvons légitimement nous demander quel type de dommage l'obsolescence programmée peut causer, autrement dit, quel est le dommage propre à cette pratique ? Cette question est particulièrement compliquée du fait du fait que presque tous les biens

³⁰⁶ GEISSBÜHLER, p. 137 s.

³⁰⁷ *Id.*, p. 138 ; ATF 133 III 81, consid. 4.2.2.

³⁰⁸ GEISSBÜHLER, p. 138.

³⁰⁹ RUSCH, p. 179 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835 ; Pour plus de détails à ce sujet, cf. RUSCH, AJP 2012, p. 44 ss.

³¹⁰ RUSCH, AJP 2012, p. 44 s.

³¹¹ *Id.*, p. 45 s.

³¹² RUSCH, p. 179.

peuvent être touchés par de l'obsolescence programmée et ce par différentes techniques. Ainsi, il sera difficile de quantifier le dommage matériel résultant de la durée pendant laquelle le bien aurait encore pu être utilisé³¹³.

Néanmoins, cela correspond à de l'obsolescence programmée lorsque le fabricant utilise un composant ou une pièce censé rendre le reste inutilisable après un certain temps³¹⁴. Ainsi, selon GEISSBÜHLER, il faut admettre que cette pratique puisse causer un dommage réparable³¹⁵. Ce dommage matériel serait ainsi causé, soit par une atteinte à la substance, soit par une atteinte à la fonction d'un objet. Il s'agit ainsi de la diminution du patrimoine consécutive à l'atteinte à une chose³¹⁶. En cas d'atteinte partielle, le dommage comprend les frais de réparation et la dépréciation subie par la chose, alors qu'en cas d'atteinte totale, le dommage équivaut à la valeur de remplacement³¹⁷. Il existe néanmoins une controverse doctrinale à ce sujet lorsque le dommage consiste en une atteinte à la fonction de l'objet (« *Funktionsbeeinträchtigung* ») et non à sa substance (« *Substanzbeeinträchtigung* »)³¹⁸. En droit suisse, même si le tribunal n'a pas tranché la question³¹⁹, il est admis par plusieurs auteurs qu'une atteinte à la fonction de l'objet constitue un dommage également réparable³²⁰.

Par conséquent, dans un contexte d'obsolescence programmée et plus particulièrement dans le cas d'un appareil fonctionnant avec un logiciel, ces objets ne sont utiles que dans la mesure où un logiciel approprié leur permet de fonctionner. Partant, sans ce logiciel, la valeur de ces objets se trouve réduite à celle d'un simple bloc de matière, sans commune mesure avec leurs possibilités, et partant, il en découle une diminution du patrimoine³²¹.

4. Litige de masse

Les protections juridiques prévues en droit suisse sont instaurées dans un but de mise en œuvre individuelle, ce qui ne permet pas une réaction optimale de la part des consommateurs dans un contexte d'obsolescence programmée³²². Il est alors difficile pour ces derniers d'envisager de se lancer seul dans une procédure, longue, coûteuse, incertaine et qui n'en vaudra probablement pas la peine par rapport à la modique somme prétendue, autrement dit poussant à l'apathie rationnelle³²³. D'autres facteurs

³¹³ MARTIN.

³¹⁴ RUSCH, p. 179.

³¹⁵ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 7.

³¹⁶ WERRO, N 91 ss ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 19 avec les réf. citées.

³¹⁷ CARRON/FÉROLLES, p. 74 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 18.02.

³¹⁸ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 7 ; WERRO, N 94 ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 19 avec les réf. citées.

³¹⁹ Dans un sens où l'atteinte à la fonction semble toutefois comprise, cf. ATF 118 II 176, consid. 4c.

³²⁰ FELLMANN/KOTTMAN, N 251 ; WERRO, N 94 ss ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 7.

³²¹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 7.

³²² THÉVENOZ, p. 132 s. et 155 ; HUG, RJN 2018, p. 34.

³²³ Exercice collectif des droits en Suisse, p. 13 avec les réf. citées : « *Le préjudice financier subi par le lésé individuel étant très modeste et parfois négligeable, ce dernier renonce généralement à le faire valoir en justice, car l'investissement nécessaire est plus grand que le gain maximal espéré à l'issue de la procédure* » ; FRC, Actions collectives ; HURNI, p. 442 s.

décourageant également les consommateurs d'agir, notamment l'absence de lien social entre eux³²⁴. Par ailleurs, il n'existe pas d'action de groupe à proprement parlé en droit suisse³²⁵, même si, *de lege lata*, certains instruments de mise en œuvre collective des droits des consommateurs existent³²⁶. En effet, nous ne disposons pas d'une action collective comparable à celle prévue aux États-Unis³²⁷, appelée « *class action* », qui permet à une multitude de demandeurs lésés dans les mêmes circonstances d'agir collectivement en réparation dans une seule procédure, la décision ou transaction liant également les lésés non participant³²⁸. Et même si ce moyen d'action reste confronté à l'apathie rationnelle, il est simplifié au maximum afin d'estomper ce problème avec, en sus, un certain effet dissuasif couplé à une indemnisation des utilisateurs lésés³²⁹. Notons que les *punitive damages*³³⁰ sont adaptés au cas d'obsolescence programmée, car « *en plus de l'indemnisation que se verraient recevoir les victimes en raison du préjudice qu'elles ont subi, les dommages-intérêts punitifs permettraient d'apporter un caractère moralisateur à la réparation financière qui ont pour but d'inciter le professionnel à changer son comportement. De plus, l'espérance de gains pour les victimes de l'obsolescence programmée s'en trouve augmentée et les pertes que doivent redouter les entreprises responsables sont corrélativement accrues* »³³¹. Un travail conséquent est toutefois nécessaire de la part des initiateurs, ceux-ci pouvant également être confrontés à des difficultés de financement³³². En outre, l'introduction d'une telle action en droit suisse constituerait un certain remède à la tâche pratiquement insurmontable devant laquelle se retrouverait un consommateur confronté à ce phénomène.

B. Sous l'angle contractuel

Après avoir défini les aspects dont est composée l'obsolescence programmée, nous pouvons envisager plusieurs possibilités permettant au consommateur d'agir. Cependant, même si des sanctions civiles et pénales prévues par la LCD sont potentiellement ouvertes (*infra* III/C/6 et 7), les autres possibilités contraignent le consommateur à agir par les voies civiles habituelles, qui relèvent du « *parcours du*

³²⁴ BOHNET, N 34 ss et 41 : L'évolution des modes de communications pourraient néanmoins atténuer ce problème.

³²⁵ HUG, RJN 2018, p. 36 s. ; THÉVENOZ, p. 150 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 82 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 13 ; BOHNET, N 4 et 48 ; Message CPC 2006, p. 6902 ; Message CPC 2020, p. 2609.

³²⁶ Notamment la possibilité pour les consommateurs lésés de céder leurs prétentions à une association ou organisation de protection des consommateurs, ce qui correspondrait alors à une sorte d'action de groupe lui permettant ainsi de faire valoir les droits en question, BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 13 ; BAUDENBACHER/BANKE, N 16 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 2 et 8 ; BOHNET, N 46 s. ; THÉVENOZ, p. 149 ; Sur les actions de nature collective en droit suisse, cf. HUG, RJN 2018, p. 35 ss avec les réf. citées.

³²⁷ Cette question a d'ailleurs été écartée du projet de révision du CPC, Message CPC 2020, p. 2609.

³²⁸ MARCHAND, p. 286 ; À ce sujet, cf. BÜYÜKSAGIS, p. 474 ss ; HURNI, p. 448 ss.

³²⁹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 4 ; Sur ses avantages et désavantages, cf. MARCHAND, p. 286 ss.

³³⁰ BOHNET, N 64 ; Dommages-intérêts punitifs permettant aux victimes de se voir attribuer un montant supérieur à la somme nécessaire pour les dédommager, EBER, N 505.

³³¹ EBER, N 506.

³³² GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 4.

combattant »³³³. En effet, ces possibilités s'envisagent sous l'angle de la garantie pour les défauts³³⁴ (1) et des vices du consentement (2). Se pose également la question d'une responsabilité délictuelle (3). Par ailleurs, nous traiterons spécifiquement la problématique d'un appareil fonctionnant à l'aide d'un logiciel (4), cette situation se trouvant au cœur des débats à notre époque des objets connectés.

Nous préciserons tout de même que les actions édiliciennes, dans la garantie pour les défauts, et l'invalidation pour dol, dans les vices du consentement, rentrent en concours alternatif³³⁵. En effet, l'invalidation pour dol met fin au contrat de manière *ex tunc*, par conséquent les actions édiliciennes ne sont plus envisageables³³⁶. À l'inverse, agir en garantie pour les défauts constitue une ratification, qui exclut alors l'invalidation du contrat postérieurement³³⁷. Il reste toutefois la possibilité pour le consommateur d'agir, à titre principal, en invalidation du contrat pour erreur et, à titre subsidiaire, en garantie pour les défauts³³⁸.

1. Garantie pour les défauts

Cette garantie permet à l'acheteur de faire valoir ses droits lorsque la chose vendue présente un défaut existant au moment du transfert des risques³³⁹. Elle constitue ainsi un aspect de l'inexécution contractuelle, soit une exécution imparfaite du fait que le vendeur livre une chose défectueuse³⁴⁰. Il faut mentionner qu'aucune distinction n'est faite concernant la vente mobilière ordinaire et la vente à des consommateurs en droit suisse, par conséquent, les possibilités traitées en lien avec la garantie pour les défauts sont également applicables aux contrats conclus pour un usage professionnel ou commercial de la part de l'acheteur³⁴¹. Si le consommateur, respectivement l'acheteur, compte agir sur la base des art. 197 ss CO, plusieurs moyens, connus sous le nom d'actions édiliciennes, s'ouvriront alors à lui en cas d'obsolescence programmée sous l'angle du défaut. Nous évoquerons ainsi les conditions communes des actions édiliciennes (a) pour traiter, ensuite, des différentes actions spécifiques envisageables (b) et terminer avec l'action en dommages-intérêts (c).

a. Conditions communes des actions édiliciennes

Il s'agit tout d'abord de dresser les conditions cumulatives, se retrouvant dans chaque action édilicienne, qui seraient potentiellement remplies en cas d'obsolescence programmée.

³³³ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 5 s. ; Pour un bref aperçu en droit français, cf. LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.81.

³³⁴ Confirmé par la Commission européenne, cf. Document de travail, p. 95 ; Rapport n° 4196, p. 36 s.

³³⁵ HUGUENIN, N 2701 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 648 ; ATF 114 II 131, consid. 1a-d ; 127 III 83, consid. 1b.

³³⁶ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 15 et 21 ss ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 31 N 15 ; ATF 120 III 70, consid. 2.

³³⁷ HUGUENIN, N 2701 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 650 ; ATF 127 III 83, consid. 1b.

³³⁸ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 1 ; Arrêt du TF 4A_551/2010 du 02.12.2010, consid. 2.3.

³³⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 628.

³⁴⁰ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 2 ; BK OR-GIGER, Rem. lim. aux art. 197-210 N 13.

³⁴¹ MARCHAND, p. 187.

(i) *Existence d'un défaut*

La notion de défaut est juridique et correspond à la différence entre l'état réel de la chose livrée et celui dans lequel elle aurait dû être livrée d'après le contrat ou la qualité normale de l'objet³⁴². Un défaut est en principe un vice de qualité qui peut être matériel, économique, juridique ou même dépendre d'une qualité promise³⁴³. Dans une situation d'obsolescence programmée, nous retenons un défaut lorsque la qualité, non promise par le vendeur mais à laquelle l'acheteur pouvait légitimement s'attendre selon les règles de la bonne foi et en tenant compte de toutes les circonstances, est absente³⁴⁴. En effet, il serait peu probable qu'un vendeur s'engage spécifiquement à ne pas diminuer la durée de vie du bien vendu³⁴⁵, alors que le consommateur, lorsqu'il achète un bien, s'attend à pouvoir l'utiliser le plus longtemps possible au-delà même de la durée de garantie, celle-ci n'étant qu'un standard minimum³⁴⁶. Par conséquent, il faut considérer cette attente comme conforme aux règles de la bonne foi, la propriété étant un droit imprescriptible par nature³⁴⁷. La qualification d'un défaut doit alors être retenue lorsque la durée de vie et d'utilisation d'un objet est sciemment réduite³⁴⁸, autrement dit, si un produit cesse de fonctionner, il est défectueux si le défaut était déjà présent, même en germe, au moment du transfert des risques. Notons que le vieillissement normal et l'usure ne constituent pas des motifs permettant d'invoquer la garantie pour les défauts³⁴⁹.

Ensuite, il faut que cette absence de qualité conduise à une diminution notable de la valeur de la chose ou de son utilité prévue³⁵⁰. En effet, l'obsolescence programmée a la plupart du temps pour conséquence une diminution, et non une disparation, de la valeur ou de l'utilité de la chose³⁵¹. Le caractère notable dépend de l'ensemble des circonstances, mais est généralement admis lorsqu'on peut considérer que l'acheteur n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à d'autres conditions s'il avait connu le défaut³⁵². La valeur correspond à la valeur objective de la chose et non la valeur prévue par les parties, respectivement le prix de vente³⁵³. En ce qui concerne l'utilité, il faut distinguer deux situations, soit celle où les parties n'ont pas explicitement prévu l'usage, soit celle où ils l'ont prévu³⁵⁴. Dans la première situation, la chose doit avoir les propriétés que l'on peut normalement attendre d'une chose d'une même catégorie et de ce prix, autrement dit être propre à l'usage normal pour lequel la chose est destinée. Le juge l'appréciera en tenant compte du prix et des usages dans la branche considérée, sans pour autant en

³⁴² KELLER/SIEHR, p. 76.

³⁴³ HUGUENIN, N 2609 ; Pour des approfondissements, cf. KELLER/SIEHR, p. 77 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 673 ss.

³⁴⁴ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 197 N 17 ; HUGUENIN, N 2608 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 690 ss ; ATF 131 III 145, consid. 4 ; CJ, SJ 1980 410.

³⁴⁵ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 6.

³⁴⁶ GEISSBÜHLER, p. 135.

³⁴⁷ TERCIER/PICHONNAZ, N 534, 540 et 1944.

³⁴⁸ GEISSBÜHLER, p. 135.

³⁴⁹ RUSCH, p. 177.

³⁵⁰ KELLER/SIEHR, p. 76 ; BSK OR I-HONSELL, art. 197 N 2 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 691.

³⁵¹ GEISSBÜHLER, p. 135.

³⁵² Arrêt du TF 4A_619/2013 du 20.05.2014, consid. 4.1 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 197 N 17.

³⁵³ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 197 N 18.

³⁵⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, N 692 ss.

être lié³⁵⁵. Dans la seconde situation, la chose devra avoir les propriétés permettant l'usage pour lequel elle a été destinée³⁵⁶.

Par ailleurs, le défaut, ne pouvant exister encore qu'en germe³⁵⁷, doit déjà exister au moment du transfert des risques, soit lors de la conclusion du contrat pour un corps certain, soit lors de l'individualisation ou de l'expédition pour une chose de genre³⁵⁸. Il incombe alors à l'acheteur de prouver le défaut et le moment auquel il existait, soit lors du transfert des risques³⁵⁹.

(ii) Défaut ignoré de l'acheteur

Selon l'art. 200 al. 1 CO, le défaut ne doit pas être connu de l'acheteur au moment de la conclusion du contrat³⁶⁰. La connaissance doit être « *positive* » selon le Tribunal fédéral, c'est-à-dire que l'acheteur doit avoir constaté le défaut et s'être rendu compte de sa gravité ainsi que de ses conséquences patrimoniales³⁶¹. En outre, bien que contestable, lorsqu'il s'agit d'une qualité attendue, l'acheteur doit tout de même se rendre compte de la diminution notable de valeur ou d'utilité de la chose³⁶². Cette connaissance peut, au moment des négociations ou à la conclusion du contrat, soit découler d'informations données par le vendeur à l'acheteur, soit résulter d'une inspection de la chose³⁶³. Par ailleurs, il incombe au vendeur de prouver que l'acheteur connaissait, respectivement qu'il aurait dû connaître, le défaut³⁶⁴. Par conséquent, s'il y parvient, peu importe l'apparence défectueuse de la chose, aucun défaut n'est retenu, car la chose correspond à ce que l'acheteur pouvait attendre en vertu du contrat³⁶⁵.

Cependant, l'art. 200 al. 2 CO pose la présomption de la connaissance du défaut par l'acheteur lorsqu'on peut considérer qu'il aurait dû s'en apercevoir en examinant la chose avec une attention suffisante, laquelle s'apprécie en tenant compte des circonstances, soit des connaissances des parties et des moyens d'investigation de l'acheteur³⁶⁶. En conséquence, l'acheteur qui connaissait ou qui aurait pu ou dû connaître le défaut perd son droit à la garantie s'il ne fait pas preuve de l'« *attention habituelle* »³⁶⁷ au moment de la vérification de la chose avant ou lors de la conclusion du contrat³⁶⁸. Néanmoins, lors

³⁵⁵ *Id.*, N 693.

³⁵⁶ *Id.*, N 694.

³⁵⁷ BSK OR I-HONSELL, art. 197 N 11 ; Arrêt du TF 4C_321/2006 du 08.02.2010, consid. 4.3.1 ; 4A_601/2009 du 08.02.2010, consid. 3.2.3 ; 4A_383/2016 du 22.09.2016, consid. 3.3.

³⁵⁸ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 197 N 9.

³⁵⁹ HONSELL, p. 96 s. ; BK OR-GIGER, art. 197 N 93.

³⁶⁰ BK OR-GIGER, art. 200 N 6 ; ATF 117 II 259, consid. 1 ; 131 III 145, consid. 6.1.

³⁶¹ ATF 66 II 132, consid. 5 ; CJ, SJ 1986 612 [614] ; ég. ATF 95 II 119, consid. 5 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 200 N 5.

³⁶² BK OR-GIGER, art. 200 N 7 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 200 N 5.

³⁶³ MÜLLER, *Contrats*, N 316 : inspection à distinguer de l'incombeance de vérification de l'art. 201 CO au moment de la livraison.

³⁶⁴ BSK OR I-HONSELL, art. 200 N 6 ; Arrêt du TF 4A_619/2013 du 20.05.2014, consid. 4.1.

³⁶⁵ TERCIER/BIERI/CARRON, N 695.

³⁶⁶ *Id.*, N 698 ; ATF 66 II 132, consid. 5 ; 95 II 119, consid. 5 ; CJ, SJ 1981 569 [572].

³⁶⁷ ATF 66 II 132, consid. 5, JdT 1940 I 554 (trad.).

³⁶⁸ ATF 117 II 259, consid. 1.

d'obsolescence programmée, il existe un dol, car le consommateur est trompé, ce qui constitue un défaut dissimulé. Ainsi, le vendeur sera tenu à garantie même si l'acheteur aurait pu déceler le défaut en faisant preuve de l'attention habituelle lors de la vérification de la chose³⁶⁹. Ne pas avoir fait une expertise ne peut d'ailleurs lui être reproché³⁷⁰. Et même dans l'éventualité où le consommateur disposerait de connaissances ou de compétences techniques dans le domaine concerné par le contrat, « *il ne saurait lui être opposé que celui-ci était en connaissance du fait que le produit était sujet à l'obsolescence programmée, et ce même, si en pratique, cette stratégie commerciale tend à se répandre* »³⁷¹.

Notons que l'acheteur ne doit pas non plus accepter la chose avec ses défauts, soit manifester sa volonté au vendeur, de manière expresse ou tacite³⁷², de renoncer à invoquer les droits de garantie ultérieurement³⁷³. L'acceptation expresse présuppose la connaissance des défauts par l'acheteur. Le fait pour ce dernier d'omettre de vérifier la chose ou d'aviser immédiatement des défauts qu'il constate, est considéré comme une acceptation tacite, sous réserve de défauts dissimulés³⁷⁴, ce dont nous allons traiter juste après le point suivant³⁷⁵.

(iii) Conditions d'exercice et prescription

Selon l'art. 201 al. 1 CO, l'acheteur a l'incombance de vérifier la chose et de signaler sans délai les défauts qu'il aurait constatés³⁷⁶. L'acheteur doit examiner la chose par les moyens appropriés pour savoir si elle présente les qualités attendues ou promises³⁷⁷, soit par des vérifications usuelles en fonction notamment de la nature de la chose, du genre de défaut et des qualifications de l'acheteur³⁷⁸. S'il omet de faire l'avis des défauts (art. 201 al. 2 CO), la chose est réputée acceptée tacitement, ce qui entraîne la perte de son droit à la garantie³⁷⁹, à moins qu'il s'agisse d'un défaut caché ou dissimulé, autrement dit un défaut, même apparent, qu'un profane n'aurait pas pu apercevoir³⁸⁰. En l'occurrence, en cas d'obsolescence programmée, le défaut étant caché (et même dissimulé)³⁸¹, il ne se révèle qu'après un certain temps³⁸², le consommateur ayant alors l'incombance, selon l'art. 201 al. 3 CO, de signaler

³⁶⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 698 ; ATF 66 II 132, consid. 5 ; 85 II 192 ; Arrêt du TF 4A_619/2013 du 20.05.2014, consid. 4.1 ; ég. PEDRAZZINI, N 1013 ss ; BK OR-GIGER, art. 200 N 26 ; Il en va de même en cas de promesse de qualités ou d'assurance concernant l'absence de défauts, CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 200 N 8.

³⁷⁰ MÜLLER, *Contrats*, N 318 ; ATF 131 III 145, consid. 6.3.

³⁷¹ EBER, N 171 ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10.

³⁷² ATF 95 II 119, consid. 4.

³⁷³ MÜLLER, *Contrats*, N 320.

³⁷⁴ ATF 81 II 56, consid. 2.

³⁷⁵ TERCIER/BIERI/CARRON, N 699 s. ; MÜLLER, *Contrats*, N 322.

³⁷⁶ HUGUENIN, N 2619 ; MÜLLER, *Contrats*, N 327.

³⁷⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, N 708 ; HUGUENIN, N 2625.

³⁷⁸ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 201 N 7 ; ATF 76 II 221, consid. 1 s. ; CJ, SJ 1974 113 ; Pour des précisions au sujet de la vérification, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 709 ss.

³⁷⁹ MÜLLER, *Contrats*, N 328 ; HUGUENIN, N 2625 ; BK OR-GIGER, art. 200 N 24 ss.

³⁸⁰ CC & CO annotés, art. 201 al. 2 CO ; ATF 63 II 401, consid. 3d.

³⁸¹ La dissimulation a pour conséquence l'application du régime aggravé, cf. *infra* III/B/1/a/iv.

³⁸² GEISSBÜHLER, p. 139 ; RUSCH, p. 178.

« *immédiatement* » le défaut au vendeur, autrement dit dans les quelques jours suivant sa découverte³⁸³. Le caractère « *immédiat* » de l'avis s'apprécie en fonction de l'ensemble des circonstances³⁸⁴. On considère qu'un défaut est « *découvert* » dès le moment où l'acheteur en a une connaissance certaine, c'est-à-dire « *de manière à pouvoir formuler une réclamation suffisamment motivée* »³⁸⁵ et sans éprouver le moindre doute quant à son existence³⁸⁶. Le non-respect de cette incombance crée une fiction d'acceptation, la chose étant alors « *tenu pour acceptée* » avec ses défauts, le consommateur perdant ainsi ses droits à la garantie et la possibilité d'actionner en dommages-intérêts (art. 208 CO)³⁸⁷. Cette fiction vaut aussi bien pour les défauts apparents (art. 201 al. 2 CO) que pour les défauts cachés (art. 201 al. 3 CO), mais tombe en cas de défaut dissimulé (art. 203 CO)³⁸⁸.

L'avis des défauts doit également contenir une énumération et une description précises des défauts, des indications générales n'étant pas suffisantes, car le vendeur doit pouvoir se faire une idée du genre de défaut et de son importance³⁸⁹. Malgré qu'aucune exigence de forme ne soit imposée, il est préférable, pour des questions de preuve, que l'avis soit notifié par recommandé au vendeur ou à un de ses représentants³⁹⁰. L'acheteur doit notamment prouver, sur la base de l'art. 8 CC, qu'il a correctement avisé le vendeur du défaut et le moment auquel il en a eu la connaissance³⁹¹. Les défauts doivent dans tous les cas être signalés dans le délai de prescription de deux ans courant au moment de la livraison de la chose (art. 210 al. 1 CO), sous réserve d'un défaut dissimulé. L'acheteur peut par conséquent voir ses droits se prescrire alors même qu'il n'a pas connaissance du défaut³⁹².

Le consommateur devra ouvrir action en garantie dans le délai prévu contractuellement ou dans les délais légaux de prescription fixés à l'art. 210 CO³⁹³. Le délai est en principe de deux ans et commence à courir au moment de la livraison de la chose, soit dès qu'elle entre dans le pouvoir de disposition de l'acheteur³⁹⁴, à l'exception d'une dissimulation frauduleuse du défaut, qui fait passer le délai d'avis (« *absolu* »), respectivement d'action, à dix ans³⁹⁵. Il est intéressant de mentionner que le délai de garantie de l'art. 210 al. 1 CO a été prolongé le 1^{er} janvier 2013 à deux ans pour les biens mobiliers et à 5 ans pour les biens immobiliers³⁹⁶, s'alignant ainsi sur le droit européen³⁹⁷. Ce délai de prescription, de

³⁸³ Le Tribunal fédéral considère qu'un délai de sept jours est acceptable, Arrêt du TF 4A_53/2012 du 31.07.2012, consid. 6.2 ; 4C.205/2003 du 17.10.2003, consid. 3.2 ; HUGUENIN, N 2628 s.

³⁸⁴ Arrêt du TF 4A_82/2008 du 29.04.2009, consid. 7.1.

³⁸⁵ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 201 N 16 ; ATF 131 III 145, consid. 7 ; TC, RJJ 1996 148.

³⁸⁶ ATF 107 II 175, consid. 1a ; 117 II 425, consid. 2 ; 118 II 142, consid. 3b.

³⁸⁷ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 201 N 18 ; ATF 133 III 335, consid. 2.4.

³⁸⁸ HUGUENIN, N 2630 s. ; À ce sujet, cf. *infra* III/B/1/a/iv.

³⁸⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 719 s. ; ATF 130 III 258, consid. 4 ; TF, SJ 1992 103.

³⁹⁰ TERCIER/BIERI/CARRON, N 721 ; TF, SJ 1992 103.

³⁹¹ HONSELL, p. 100 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 728.

³⁹² HONSELL, p. 110 s. ; ATF 107 II 231, consid. 3.

³⁹³ TERCIER/BIERI/CARRON, N 745 s. ; HONSELL, p. 110 ss.

³⁹⁴ HUGUENIN, N 2632 ; MÜLLER, *Contrats*, N 336 et 340 ; ATF 131 III 145, consid. 3.

³⁹⁵ MÜLLER, *Contrats*, N 336 ; ATF 104 II 357, consid. 4a ; 130 III 362, consid. 4.3 ; Arrêt du TF 4A_82/2008 du 19.04.2009, consid. 9.

³⁹⁶ HONSELL, p. 110 ; FF 2012 3209.

³⁹⁷ Art. 10-11 Directive 2019/771.

deux ans et d'une année pour les choses d'occasion, fut également rendu relativement impératif pour les contrats de vente conclus avec un consommateur suite à l'introduction de l'art. 210 al. 4 CO³⁹⁸. Cependant, il est toujours possible pour les parties d'y déroger conventionnellement, même lorsque le contrat est conclu avec un consommateur³⁹⁹.

(iv) En cas de dissimulation frauduleuse du défaut

Un régime aggravé s'applique à certaines des conditions, notamment à l'avis des défauts, au respect du délai de prescription et à l'absence d'exclusion de garantie, lorsqu'un défaut a été frauduleusement dissimulé par le vendeur, respectivement en cas de dol⁴⁰⁰. Les conditions pour conclure à une dissimulation sont identiques à celles du dol (*infra* III/B/2/a)⁴⁰¹. Une dissimulation peut ainsi résulter d'un dol, soit par l'« affirmation de faits faux » ou « la dissimulation de faits vrais »⁴⁰² par le vendeur, mais également « lorsqu'il tait des circonstances que la bonne foi en affaire lui commandait de signaler lors des pourparlers précédant la conclusion du contrat »⁴⁰³, soit lorsque ces faits étaient « de nature à influencer la décision de conclure de l'acheteur »⁴⁰⁴. Autrement dit, l'omission consciente par le vendeur de communiquer l'existence d'un défaut à l'acheteur, ce dernier l'ignorant ou ne pouvant le découvrir en raison de son caractère caché, tout en sachant qu'il s'agissait pour celui-ci d'un élément important, constitue un dol⁴⁰⁵.

Comme nous l'avons vu, l'obsolescence programmée se caractérise également par une tromperie du fait que le vendeur a fabriqué la chose ou en connaissait la situation. Nous pouvons alors considérer que la durée de vie d'un produit est un fait de nature à influencer la volonté de conclure de l'acheteur, celle-ci étant un facteur important lors de l'achat d'un bien. Par conséquent, le vendeur doit spontanément révéler cet état de fait à l'acheteur d'après les règles de la bonne foi, faute de quoi on conclura à une dissimulation frauduleuse du défaut, imposant ainsi l'application du régime aggravé⁴⁰⁶. En l'espèce, nous considérons que le vendeur connaît le défaut et l'a sciemment caché⁴⁰⁷, et partant, le dol peut être retenu en cas d'obsolescence programmée car, selon le Tribunal fédéral, il y a dol « lorsque le vendeur a consciemment omis de communiquer l'existence d'un défaut à l'acheteur – qui l'ignorait et ne pouvait pas le découvrir en raison de son caractère caché – tout en sachant qu'il constituait pour celui-ci un élément important »⁴⁰⁸.

³⁹⁸ MARCHAND, p. 203 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3397a.

³⁹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3397a.

⁴⁰⁰ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 44 ss.

⁴⁰¹ HUGUENIN, N 2638 ; MÜLLER, *Contrats*, N 392 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 38.03 ss.

⁴⁰² CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 5.

⁴⁰³ ATF 131 III 145, consid. 8.1, JdT 2007 I 261 (trad.) ; À propos de l'art. 28 CO, cf. ATF 116 II 431 [434], consid. 3a.

⁴⁰⁴ GEISSBÜHLER, p. 139 s. ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 28 N 83 s. ; ATF 123 III 200, consid. 2 ; 129 III 320, consid. 6.3 ; 132 II 161, consid. 4.1 ; 136 III 528, consid. 3.4.1 s.

⁴⁰⁵ PEDRAZZINI, N 912 ss ; ATF 66 II 132 [139] consid. 6 ; 131 III 145, consid. 8.1 ; Ce devoir peut découler de la loi, du contrat ou du principe de la bonne foi, MÜLLER, *Contrats*, N 392 ; ATF 116 II 431, consid. 3a.

⁴⁰⁶ GEISSBÜHLER, p. 139 s. ; RUSCH, p. 178.

⁴⁰⁷ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 6 ; RUSCH, p. 176 s.

⁴⁰⁸ ATF 131 III 145, consid. 8.1, JdT 2007 I 261 (trad.) ; 66 II 132 [139] consid. 6.

Ainsi, selon ce régime spécial, même si l'acheteur aurait dû s'apercevoir des défauts en examinant la chose avec une attention suffisante (art. 200 al. 2 CO), le vendeur reste tenu à la garantie pour les défauts⁴⁰⁹. Concernant l'avis des défauts, l'art. 203 CO interdit au vendeur de se prévaloir de l'éventuelle absence ou tardivité de l'avis des défauts, le défaut dissimulé n'a alors plus à être signalé « *immédiatement* »⁴¹⁰. Le délai de prescription de l'action en garantie, qu'il soit contractuel ou légal, est étendu selon l'art. 210 al. 6 CO, passant ainsi de deux à dix ans sur la base du régime général de l'art. 127 CO⁴¹¹. Enfin, toute clause limitant ou excluant tout ou partie de la garantie est nulle d'après l'art. 199 CO⁴¹².

Néanmoins, un défaut n'est pas toujours le fait du vendeur, ce dernier n'étant pas forcément au courant et de bonne foi, mais celui du fabricant. Par conséquent, l'application de ce régime aggravé, plus favorable à l'acheteur, n'est pas toujours possible. L'acheteur devant alors aviser le vendeur du défaut « *immédiatement* » après sa connaissance dans le délai de prescription plus court applicable et restant également lié par les clauses d'exclusion ou de réduction de la garantie. Le problème avec ce délai écourté réside dans le fait que le fabricant aura généralement programmé la survenance du défaut peu de temps après l'échéance du délai, ne permettant alors plus à l'acheteur d'agir en garantie. Il faut également relever que l'acheteur, ne disposant pas d'une action directe en garantie contre le fabricant, devra agir en invalidation pour erreur (*infra* III/B/2/b), cette solution étant toutefois difficilement praticable selon GEISSBÜHLER⁴¹³.

b. Actions spécifiques

La garantie pour les défauts permet au consommateur d'agir sur la base de trois moyens alternatifs prévus aux art. 205 et 206 CO : l'action rédhitoire, permettant de résoudre le contrat ; l'action minutoire, permettant de réduire le prix de la chose ; et le remplacement de la chose défectueuse⁴¹⁴. Un droit à la réparation est également envisageable s'il est prévu conventionnellement ou si la Convention des Nations Unies s'applique dans le cas d'une vente internationale (CVIM)⁴¹⁵, car n'existe pas en droit suisse⁴¹⁶, contrairement au droit européen⁴¹⁷. Une garantie d'usine ou de fabrique peut aussi permettre

⁴⁰⁹ PEDRAZZINI, N 1013 ; BK OR-GIGER, art. 200 N 26 ; MÜLLER, *Contrats*, N 336 ; À noter que l'exception ne se réfère pas aux défauts qui étaient connus ou patents, PEDRAZZINI, N 1016.

⁴¹⁰ PEDRAZZINI, N 966 ; HUGUENIN, N 2620 ; MÜLLER, *Contrats*, N 336 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 716 ; ATF 131 III 145, consid. 8.

⁴¹¹ GEISSBÜHLER, p. 140 ; HUGUENIN, N 2636 ; MÜLLER, *Contrats*, N 336 et 344 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 749 ; Arrêt du TF 4A_223/2015 du 17.08.2015, consid. 3.2 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835 ; Même raisonnement en application de l'art. 210 al. 3 aCO : RUSCH, p. 177 et 180 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 210 N 16 ; ATF 107 II 231, consid. 3a.

⁴¹² HUGUENIN, N 2638 ; MÜLLER, *Contrats*, N 336 et 392 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 716 ; MARCHAND, p. 202.

⁴¹³ GEISSBÜHLER, p. 140.

⁴¹⁴ HUGUENIN, N 2651 ; MÜLLER, *Contrats*, N 349 ss.

⁴¹⁵ À noter que cette Convention ne s'applique généralement pas à un contrat conclu avec un consommateur, car l'art. 2 let. a CVIM exclut la couverture des ventes « *de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage* ».

⁴¹⁶ KELLER/SIEHR, p. 96 ; BSK OR I-HONSELL, art. 205 N 5 ; ATF 95 II 125, consid. 6.

⁴¹⁷ Art. 14 Directive 2019/771.

au consommateur d'obtenir la réparation de son bien défectueux, mais doit être prévu contractuellement⁴¹⁸. Concernant la possibilité de demander le remplacement de la chose vendue par une chose de même genre⁴¹⁹, celle-ci n'est ni pertinente, ni judicieuse lors d'obsolescence programmée, car cette pratique touche généralement l'ensemble des produits d'une même série⁴²⁰. Certes, le consommateur bénéficierait d'un nouveau bien et n'aurait même pas à supporter les frais découlant du remplacement⁴²¹, le problème n'étant cependant résolu que de manière illusoire et éphémère, car simplement repoussé, ce qui nous amène par ailleurs aux questions environnementales et de gaspillage⁴²².

Ainsi, nous analyserons particulièrement les actions rédhibitoire (i) et minutoire (ii) prévues à l'art. 205 CO, celles-ci permettant au consommateur de choisir entre résoudre le contrat ou exiger la réduction du prix de la chose⁴²³.

(i) Action rédhibitoire

Le consommateur peut librement choisir l'action rédhibitoire ou minutoire⁴²⁴. Il est cependant limité par l'art. 205 al. 2 CO, permettant au juge d'imposer l'action en réduction du prix lorsque l'action rédhibitoire, respectivement la résolution du contrat, n'est pas justifiée « *par les circonstances* »⁴²⁵, notamment lorsque le défaut n'est pas suffisamment grave. Autrement dit, il n'est possible d'agir en résolution du contrat que si le défaut affectant la chose est d'une importance qui ne permettrait raisonnablement d'exiger de l'acheteur qu'il la conserve, soit qui est inutilisable⁴²⁶. La résolution est également injustifiée dès lors qu'il résulterait pour le vendeur des désavantages disproportionnés par rapport aux avantages qu'en retirerait l'acheteur ou si son droit est exercé dans un délai déraisonnable⁴²⁷. En revanche, lorsque la réduction du prix est exclue en vertu de l'art. 205 al. 3 CO ou lorsque le vendeur a commis une faute grave ou a dissimulé le défaut⁴²⁸, la résolution est justifiée⁴²⁹. Notons également que si le consommateur se trouve dans l'impossibilité de restituer la chose à la suite d'une aliénation, transformation ou destruction fautive, il ne pourra pas résoudre le contrat, seule la réduction du prix restant possible selon l'art. 207 al. 3 CO⁴³⁰.

⁴¹⁸ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 30.

⁴¹⁹ CARRON/FÉROLLES, p. 100 ; HUGUENIN, N 2693.

⁴²⁰ GEISSBÜHLER, p. 141 ; Le remplacement a d'ailleurs pour but la livraison d'un objet sans défaut alors que dans notre hypothèse il existe justement un défaut, CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 206 N 6.

⁴²¹ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 206 N 5.

⁴²² GEISSBÜHLER, p. 141.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ HUGUENIN, N 2682 ; MÜLLER, *Contrats*, N 349.

⁴²⁵ CARRON/FÉROLLES, p. 96 ; HUGUENIN, N 2657 ; ATF 94 II 26, consid. 4b, JdT 1969 I 322 (trad.) ; CJ, SJ 1986 252 [256].

⁴²⁶ HUGUENIN, N 2657 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 767 s. ; KELLER/SIEHR, p. 87 ; ATF 124 III 456, consid. 4d/aa ; Arrêt du TF 4A_252/2013 du 02.10.2013, consid. 4 ; KGer, RVJ 1998 240, consid. 6a ; CJ, SJ 1981 572 [573].

⁴²⁷ GAUCH, N 1561 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 12 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 768.

⁴²⁸ ATF 124 III 456, consid. 4d.

⁴²⁹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 768.

⁴³⁰ CARRON/FÉROLLES, p. 96 ; MÜLLER, *Contrats*, N 358 et 373 ; Pour plus de détails, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 769 ss.

Malgré le fait que nous utilisons le terme d'action, il suffit à l'acheteur de manifester sa volonté d'exercer son droit (formateur) au vendeur, respectivement de résoudre le contrat (« *Wandelungsrecht* »), sans devoir s'adresser au juge⁴³¹. Cette action a ainsi pour effet de transformer le contrat en un rapport de liquidation de nature contractuelle, à l'inverse de l'invalidation pour dol, celle-ci mettant fin au contrat⁴³². Même si cette question reste controversée en doctrine, il paraît juste d'admettre un rapport de liquidation tendant à la restitution des prestations, respectivement à remettre les parties dans la situation antérieure à la conclusion du contrat à la manière de la résolution pour demeure qualifiée de l'art. 109 CO⁴³³. En ce qui concerne les modalités de restitution par les parties, celles-ci sont réglées à l'art. 208 CO.

Selon l'art. 208 al. 1 CO, l'acheteur qui met fin au contrat « *est tenu de rendre au vendeur la chose avec les profits qu'il en a retirés* ». L'acheteur n'est cependant tenu de rendre que « *ce qu'il lui reste de la chose* » en cas de destruction de celle-ci, causée par cas fortuit⁴³⁴ ou suite à ses défauts, selon l'art. 207 al. 1 et 2 CO⁴³⁵. Le vendeur a l'obligation de venir récupérer la chose⁴³⁶, l'acheteur pouvant la retenir jusqu'au remboursement du prix du fait que la restitution doit en principe s'effectuer trait pour trait (« *Zug um Zug* »)⁴³⁷. L'acheteur répond néanmoins de toute dépréciation de la chose, comme un créancier gagiste, depuis le moment où il résout le contrat jusqu'à celui où il restitue la chose, sauf s'il prouve que le dommage est survenu sans sa faute⁴³⁸. L'acheteur qui a retiré des profits découlant de l'utilisation de la chose ou ceux qu'il n'a pas retirés de manière fautive, doit également les restituer⁴³⁹. Même si la loi n'en fait pas mention, des intérêts sur les profits réalisés peuvent également être dus par l'acheteur afin d'éviter un enrichissement de ce dernier⁴⁴⁰, notamment lors d'un contrat de vente portant sur un immeuble⁴⁴¹ ou une voiture⁴⁴². L'art. 938 CC n'est dès lors pas applicable concernant le cas de la perte de la chose⁴⁴³ et de la restitution des profits⁴⁴⁴, cependant, rien n'est dit au sujet d'une éventuelle indemnité d'usage. Par conséquent, il serait préférable d'admettre l'application de l'art. 938 al. 1 CC prévoyant que le possesseur de bonne foi ne doit aucune indemnité⁴⁴⁵. En effet, que nous nous trouvions

⁴³¹ CARRON/FÉROLLES, p. 95 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 764.

⁴³² ATF 137 III 243, consid. 4.4.7 ; Sur la théorie du « *rapport de liquidation* », cf. TERCIER/PICHONNAZ, N 1417.

⁴³³ BK OR-GIGER, art. 208 N 8 ; KELLER/SIEHR, p. 88 ; HUGUENIN, N 2663 ; ATF 114 II 152, consid. 2c/aa ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 10, 11 et art. 208 N 1 et 2.

⁴³⁴ MÜLLER, *Contrats*, N 359 ; À ce sujet, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 2679.

⁴³⁵ CARRON/FÉROLLES, p. 96 ; HUGUENIN, N 2656.

⁴³⁶ La dette étant quérable, application de l'art. 74 al. 2 ch. 2 CO par analogie, ATF 109 II 26, consid. 4a ; BK OR-GIGER, art. 208 N 10 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 7.15 ; HUGUENIN, N 2668 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 5.

⁴³⁷ Application de l'art. 895 CC et 82 CO par analogie, ATF 109 II 26, consid. 3a ; 114 II 152, consid. 2c/bb ; BK OR-GIGER, art. 208 N 11 ; CARRON/FÉROLLES, p. 95 ; HUGUENIN, N 2664 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 2.

⁴³⁸ Application de l'art. 890 CC par analogie, ATF 109 II 26, consid. 3a ; BK OR-GIGER, art. 208 N 17 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 6.

⁴³⁹ Application de l'art. 195 al. 1 CO par analogie, TERCIER/BIERI/CARRON, N 777 ; cf. cep. BK OR-GIGER, art. 208 N 20.

⁴⁴⁰ KELLER/SIEHR, p. 89 ; BK OR-GIGER, art. 208 N 22 s. ; BSK OR I-HONSELL, art. 208 N 3 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 7.

⁴⁴¹ CARRON/FÉROLLES, p. 97 ; RVJ 1995 235 ; Arrêt du TF 4A_514/2007 du 22.02.2008, consid. 3.2.

⁴⁴² CARRON/FÉROLLES, p. 97 ; RJN 1990 44, consid. 6b ; ATF 110 II 248, consid. 2d ; 106 II 221, consid. 1c ; CJ, SJ 1959 392.

⁴⁴³ L'art. 207 CO primant sur l'art. 938 al. 2 CO, car plus détaillé, GEISSBÜHLER, p. 143.

⁴⁴⁴ L'art. 208 al. 1 *in fine* CO réglant spécialement cette question, GEISSBÜHLER, p. 143.

⁴⁴⁵ GEISSBÜHLER, p. 143 ; KELLER/SIEHR, p. 59.

face à un cas d'obsolescence programmée ou non, un consommateur ayant utilisé la chose de bonne foi fait de lui le légitime propriétaire, car même si la décision de résoudre le contrat lui revient, celle-ci est due au défaut de la chose⁴⁴⁶. De plus, cette résolution ne met pas à néant le contrat, mais a pour effet de le transformer pour le futur⁴⁴⁷.

Concernant l'obligation du vendeur, selon l'art. 208 al. 2, 1^{ère} phr. CO, celui-ci doit restituer le prix payé avec intérêts. Ces derniers sont calculés à partir du jour du paiement du prix au vendeur au taux, sauf convention contraire, mentionné à l'art. 73 CO, correspondant à 5%⁴⁴⁸. Les frais de l'acheteur liés au rétablissement de l'état antérieur au contrat doivent aussi être remboursés par le vendeur, soit les frais de procès entre l'acheteur et un tiers, les impenses, ainsi que les frais de transport de retour⁴⁴⁹. Cette disposition prévoit également une responsabilité pour le dommage causé à l'acheteur par la livraison de la marchandise défectueuse⁴⁵⁰.

Il ne faut pas oublier que ces restitutions de prestations se prescrivent par dix ans à partir du moment où le consommateur manifeste sa volonté de résoudre le contrat⁴⁵¹.

(ii) *Action minutoire*

Dans le cas où le consommateur déciderait d'agir (unilatéralement) en réduction du prix, le contrat est maintenu, lui permettant ainsi de conserver la chose avec le défaut. Il reste néanmoins redevable du prix réduit, qu'il l'ait déjà payé ou non⁴⁵². Dans l'éventualité où le consommateur aurait déjà payé le prix, une créance en restitution, pour la part du paiement dépassant le montant réduit, prendra naissance au moment où il exercera son droit⁴⁵³. Des intérêts compensatoires (art. 73 CO) s'ajoutent à cette créance et sont calculés depuis la réception du paiement par le vendeur⁴⁵⁴.

Cette action n'est possible que s'il existe une moins-value découlant du défaut (art. 205 al. 1 CO). Celle-ci se détermine au moment du transfert des risques⁴⁵⁵ et correspond à la différence entre la valeur objective de la chose sans défaut et celle avec défaut⁴⁵⁶. En outre, dans un cas d'obsolescence programmée, qu'il s'agisse de l'absence d'une qualité attendue ou promise, le défaut se traduira par une diminution de la valeur de la chose⁴⁵⁷. Il faut également que la moins-value engendrée soit inférieure au

⁴⁴⁶ GEISSBÜHLER, p. 142 s. ; BSK OR I-HONSELL, art. 208 N 3.

⁴⁴⁷ GEISSBÜHLER, p. 142 s.

⁴⁴⁸ HUGUENIN, N 2661 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 779 ; BK OR-GIGER, art. 208 N 25 ; ATF 106 II 221, consid. 1c.

⁴⁴⁹ BK OR-GIGER, art. 208 N 10 ; KELLER/SIEHR, p. 89 ; HUGUENIN, N 2668 s. ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 8 ; HONSELL, p. 125 ss ; ATF 133 III 257, consid. 2.5.3.

⁴⁵⁰ Nous en traiterons plus loin, cf. *infra* III/B/1/c.

⁴⁵¹ HUGUENIN, N 2664 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 2.

⁴⁵² TERCIER/BIERI/CARRON, N 790 ; HUGUENIN, N 2681 ; BK OR-GIGER, art. 205 N 16.

⁴⁵³ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 15.

⁴⁵⁴ ATF 116 II 305, consid. 7 ; 117 II 550, consid. 4c ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 27.

⁴⁵⁵ ATF 45 II 660 [661] ; 117 II 550, consid. 4b/bb ; BK OR-GIGER, art. 205 N 27.

⁴⁵⁶ ATF 81 II 207, consid. 3a ; 88 II 410, consid. 3 ; 105 II 99, consid. 4a ; HONSELL, p. 123.

⁴⁵⁷ TERCIER/BIERI/CARRON, N 794 ; Concernant la qualité promise, cf. cep. Arrêt du TF 4A_529/2010 du 04.01.2011, consid. 4.2.2.

prix de vente (art. 205 al. 3 CO), afin d'empêcher le consommateur de conserver la chose tout en obtenant la restitution du prix entier par la réduction⁴⁵⁸.

Le consommateur pourra alors exiger une « *indemnité pour la moins-value* » à titre de réduction (art. 205 al. 1 CO), qui se calcule selon la méthode dite « *relative* »⁴⁵⁹. Cette indemnité doit être proportionnelle à la moins-value, le prix convenu doit donc être réduit proportionnellement à la différence entre la valeur objective de la chose avec défaut et sa valeur objective sans défaut, soit « *que le rapport entre le prix réduit et le prix convenu correspond au rapport entre la valeur objective de la chose avec défaut et sa valeur objective sans défaut* »⁴⁶⁰. Ce calcul n'est cependant pas évident, c'est pourquoi deux présomptions de fait ont été établies par la jurisprudence, notamment que le prix de vente équivaut à la valeur de la chose sans défaut⁴⁶¹ et que la moins-value correspond aux coûts de réparation⁴⁶². Concernant la première présomption, cela revient à considérer le prix réduit comme étant égal à la valeur de la chose avec défaut⁴⁶³ ou que la réduction du prix équivaut à la moins-value⁴⁶⁴. En ce qui concerne la seconde présomption, elle semble utile dans le cas où il suffit de changer une pièce de l'objet ou de le débloquer pour qu'il fonctionne à nouveau. Nous pourrions par exemple penser aux cartouches d'encre se bloquant après un nombre déterminé de copies et qu'il suffit de réinitialiser⁴⁶⁵.

c. Action en dommages-intérêts

Le fait que la livraison d'une chose défectueuse soit considérée comme une inexécution ou une exécution imparfaite du contrat permet au consommateur d'exercer, concurremment à l'action spéciale (art. 197 ss CO), l'action générale en dommages-intérêts pour mauvaise exécution fondée sur les art. 97 et 101 CO, visant la réparation du « dommage » que constitue le défaut lui-même, mais non celui consécutif au défaut⁴⁶⁶. L'exercice de cette action est toutefois soumis aux conditions des actions édiliciennes (*supra* III/B/1/a)⁴⁶⁷, notamment au respect des devoirs de vérification et à l'avis des défauts (art. 201 CO), ainsi qu'au court délai de prescription (art. 210 CO)⁴⁶⁸. Le Tribunal fédéral est d'avis que ce concours est possible⁴⁶⁹, à l'inverse d'une partie de la doctrine estimant que l'action générale doit céder le pas à l'action spéciale, cette dernière constituant une *lex specialis* par rapport à l'action

⁴⁵⁸ CARRON/FÉROLLES, p. 98 ; HUGUENIN, N 2684 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 205 N 18.

⁴⁵⁹ BK OR-GIGER, art. 205 N 21 ; HONSELL, p. 123.

⁴⁶⁰ ATF 111 II 162, consid. 3a ; 88 II 410, consid. 3 ; 81 II 207, consid. 3 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 799.

⁴⁶¹ ATF 111 II 162, consid. 3b ; MÜLLER, *Contrats*, N 375.

⁴⁶² ATF 111 II 162, consid. 3c ; MÜLLER, *Contrats*, N 375.

⁴⁶³ GEISSBÜHLER, p. 144.

⁴⁶⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, N 804.

⁴⁶⁵ GEISSBÜHLER, p. 144.

⁴⁶⁶ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 15 ; GILLIÉRON, N 437 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 762.

⁴⁶⁷ CARRON/FÉROLLES, p. 94 s. ; HUGUENIN, N 2688 et 2695 ss ; ATF 133 III 335, consid. 2.4.1.

⁴⁶⁸ ATF 133 III 335, consid. 2.4.1 ; HUGUENIN, N 2696 ; cf. ég. ATF 58 II 207, consid. 1 et 2 ; 63 II 401, consid. 3 ; 90 II 86, consid. 1 ; 107 II 419, consid. 1 ; 114 II 131, consid. 1a.

⁴⁶⁹ ATF 133 III 335, consid. 2.4.1 ; La question reste toutefois controversée, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 645 avec les réf. citées.

générale⁴⁷⁰. Au vu de la possibilité d'obtenir réparation du dommage par le biais des actions rédhibitoire et minutoire, nous n'en traiterons pas plus en détail⁴⁷¹.

Dans l'éventualité où un dommage consécutif au défaut surviendrait, le consommateur bénéficierait de l'action en dommage-intérêts prévues aux art. 97 ss CO, afin d'obtenir réparation, en sus de l'action en garantie (cumul d'actions). Cependant, le consommateur ne peut exercer cette action générale, pour le dommage consécutif au défaut, seulement dans l'éventualité où il choisirait d'exercer l'action minutoire ou l'action en remplacement, l'art. 208 al. 2 et 3 CO prévoyant déjà la réparation du dommage consécutif au défaut en cas de résolution du contrat (action rédhibitoire)⁴⁷², en vertu d'une jurisprudence pour le moins contestée⁴⁷³. En effet, l'art. 208 al. 2, 2^e phr. CO prévoit l'existence d'une responsabilité objective du vendeur, c'est-à-dire indépendamment de toute faute, pour le dommage direct, soit celui résultant directement de la livraison de la chose défectueuse⁴⁷⁴. Pour tout autre dommage (indirect, art. 208 al. 3 CO), c'est-à-dire engendré par le concours de nouvelles causes, l'indemnisation suppose une faute du vendeur, renvoyant ainsi à l'action en responsabilité fondée sur la violation fautive du contrat (art. 97 ss CO), soumise également au devoir de vérification et à l'avis des défauts (art. 201 CO), ainsi qu'au court délai de prescription (art. 210 CO)⁴⁷⁵. Notons que la délimitation entre ces deux types de responsabilité relève du pouvoir d'appréciation du juge⁴⁷⁶ par rapport à l'intensité du lien de causalité entre le défaut et le dommage⁴⁷⁷, avec toutefois une controverse doctrinale sur la question de savoir si le dommage consécutif au défaut doit être réparé sous l'égide de l'art. 208 al. 2 CO ou sous celle de l'art. 208 al. 3 CO, la différence se trouvant dans l'existence d'une faute⁴⁷⁸. Le vendeur a donc l'obligation d'indemniser l'acheteur pour le dommage direct et indirect, ainsi que pour le dommage lié à la moins-value de la partie défectueuse, ce dernier étant indemnisé par la restitution du prix avec intérêts (art. 208 al. 2, 1^{ère} phr. CO)⁴⁷⁹.

Ces actions en dommages-intérêts exigent alors une faute de la part du vendeur ou le fait d'un auxiliaire, à l'exception du cas particuliers de l'art. 208 al. 2 CO concernant les dommages consécutifs au défaut⁴⁸⁰.

⁴⁷⁰ HUGUENIN, N 2696 ss ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 645 ; GILLIÉRON, N 437 ; Au sujet de la controverse, cf. CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 17.

⁴⁷¹ GEISSBÜHLER, p. 141 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 761.

⁴⁷² TERCIER/BIERI/CARRON, N 646 et 808 ; ATF 63 II 401, consid. 2 *in fine* et 3 ; 107 II 161, consid. 7a.

⁴⁷³ TERCIER/BIERI/CARRON, N 646 et 809 avec les réf. citées ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 18 et art. 208 N 13.

⁴⁷⁴ CARRON/FÉROLLES, p. 97 ; HUGUENIN, N 2669 ss ; ATF 133 III 257, consid. 2.5.2 ; 133 III 335, consid. 2.4.1.

⁴⁷⁵ CARRON/FÉROLLES, p. 97 ; HUGUENIN, N 2669 et 2676 ; HONSELL, p. 128 s. et 130 ss ; ATF 133 III 257, consid. 2.5.2 ; 133 III 335, consid. 2.4.1.

⁴⁷⁶ ATF 133 III 257, consid. 3.2 ; BSK OR I-HONSELL, art. 208 N 8.

⁴⁷⁷ ATF 133 III 257, consid. 2.5.1, SJ 2007 I 461 (trad.) : « *Le dommage direct serait, au sein de la chaîne causale, une conséquence directe de l'événement dommageable, alors que le dommage indirect ne serait engendré que par la survenance de nouvelles causes de dommage* » ; Au sujet de la controverse quant à la distinction entre dommage direct et indirect, cf. BK OR-GIGER, art. 208 N 36 ss ; BSK OR I-HONSELL, art. 208 N 8 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 9 ss.

⁴⁷⁸ Pour des critiques doctrinales à ce sujet, cf. CARRON/FÉROLLES, p. 135 ss avec les réf. citées ; Le Tribunal fédéral admet que le dommage consécutif au défaut fait partie du dommage direct s'il découle de l'usage normal de la chose dans le cadre du but d'utilisation normal ou convenu, ATF 133 III 257, consid. 3.2.

⁴⁷⁹ ATF 133 III 257, consid. 2.5.3 ; CARRON/FÉROLLES, p. 134 ; HONSELL, p. 118 s. ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 5.

⁴⁸⁰ TERCIER/BIERI/CARRON, N 761 ; ATF 107 II 161, consid. 7a.

En outre, une faute devrait pouvoir être retenue en cas d'obsolescence programmée⁴⁸¹, la faute du vendeur étant retenue s'il « *connaissait ou aurait dû connaître l'existence du défaut et qu'il ne l'a pas révélé à l'acheteur* »⁴⁸² au moment de la conclusion du contrat, la preuve du contraire lui incombant du fait que la faute est présumée⁴⁸³.

Il est tout même important de mentionner quelques précisions concernant le type de dommage par rapport à l'obsolescence programmée. Nous considérons que le dommage réparable engendré par cette pratique peut être d'une part, un dommage lié à la moins-value causée par le défaut et d'autre part, un dommage direct causé par une partie défectueuse de la chose à la chose elle-même et non pas à la partie défectueuse proprement dite (dommage intrinsèque⁴⁸⁴, « *Mangelschaden* »)⁴⁸⁵. Certains auteurs considèrent ce dommage comme un dommage direct, réparable sur la base de l'art. 208 al. 2, 2^e phr. CO⁴⁸⁶. Alors que d'autres considèrent que ce dommage intrinsèque ne constitue pas un dommage consécutif au défaut, car ce dernier est déjà supporté par le vendeur en cas de résolution du contrat, puisque celui-ci doit restituer à l'acheteur le prix de vente avec intérêts (art. 208 al. 1 et 2 CO)⁴⁸⁷.

En l'occurrence, le dommage consécutif au défaut prend sa source dans le défaut et peut se développer dans un autre élément du patrimoine du consommateur⁴⁸⁸. Ce dommage correspond au dommage extrinsèque (« *Mangelfolgeschaden* »)⁴⁸⁹, ce qui a pour conséquence que le consommateur reste atteint dans son patrimoine même s'il exerce son droit de garantie⁴⁹⁰. En outre, il sera alors toujours possible pour le consommateur d'agir en dommages-intérêts sur la base de l'art. 208 al. 2 et 3 CO, respectivement des art. 97 ss CO, s'il subit un dommage direct et indirect, l'existence d'une faute ou d'un fait d'un auxiliaire étant exigée, sauf pour le dommage direct (art. 208 al. 2 CO)⁴⁹¹.

Dans le cas où la livraison de la chose défectueuse constitue en plus un acte illicite, soit par la violation d'un principe général du droit, « *parce qu'elle met inutilement en danger la vie ou la santé ou d'autres biens de l'acheteurs ou de tiers* »⁴⁹², selon l'art. 41 CO, l'action délictuelle est également ouverte au consommateur à l'encontre de l'auteur de l'acte illicite⁴⁹³.

⁴⁸¹ GEISSBÜHLER, p. 143.

⁴⁸² Arrêt du TF 4A_472/2010 du 26.11.2010, consid. 3.2.

⁴⁸³ BSK OR I-HONSELL, art. 208 N 9 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 17 s.

⁴⁸⁴ CARRON/FÉROLLES, p. 89 s. ; GILLIÉRON, N 435 ss ; BSK OR I-HONSELL, art. 208 N 5.

⁴⁸⁵ Certains auteurs considèrent toutefois que ce dommage intrinsèque ne constitue pas un dommage consécutif au défaut, cf. CARRON/FÉROLLES, p. 89 s. ; GILLIÉRON, N 435 ss ; BSK OR I-HONSELL, art. 208 N 5 ; D'un avis différent, CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 3.

⁴⁸⁶ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 208 N 3 ; GAUCH, N 1864 ; Pour des exemples, cf. BSK OR I-HONSELL, art. 208 N 5 ; ATF 118 II 142, consid. 3.

⁴⁸⁷ CARRON/FÉROLLES, p. 89 et 134 avec les réf. citées ; ATF 133 III 257, consid. 2.5.3.

⁴⁸⁸ CARRON/FÉROLLES, p. 89 ; VENTURI, N 1593.

⁴⁸⁹ GILLIÉRON, N 435.

⁴⁹⁰ ATF 136 III 273, consid. 2.5 ; GAUCH, N 1864 ; CARRON/FÉROLLES, p. 89.

⁴⁹¹ TERCIER/BIERI/CARRON, N 646, 761 et 762 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 17 ; VENTURI, N 1595 ; GILLIÉRON, N 435.

⁴⁹² ATF 90 II 86, consid. 2, JdT 1964 I 560 (trad.) ; VENTURI, N 1631.

⁴⁹³ TERCIER/BIERI/CARRON, N 652 ; HUGUENIN, N 2700 ; Selon le Tribunal fédéral, l'avis des défauts doit toutefois être donné, ATF 67 II 132, consid. 2 ; cf. cep. ATF 90 II 86, consid. 2 ; Nous en traiterons plus loin (*infra* III/B/3) en ce qui concerne la

Il reste par ailleurs la possibilité d'agir, de manière concurrente⁴⁹⁴, sur la base de la responsabilité du fait des produits, celle-ci constituant une responsabilité objective simple⁴⁹⁵ du producteur pour le préjudice que le défaut d'un produit cause à des personnes (dommage corporel) ou à des biens autres que la chose affectée par le défaut elle-même (dommage matériel)⁴⁹⁶. Il faut néanmoins remplir les conditions particulières prévues dans la loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP). Cependant, en cas d'obsolescence programmée, ce phénomène n'a pas pour finalité d'engendrer un dommage corporel ou matériel à un autre bien du patrimoine du consommateur.

2. Vices du consentement

Selon les règles sur les vices du consentement, la validité d'un contrat n'est donnée que si le consentement d'une personne, disposant de la capacité civile, est exempt de vice au moment de la conclusion du contrat. La volonté de la personne étant viciée lors de la conclusion du contrat, celle-ci peut s'en libérer dans un délai limité⁴⁹⁷. L'invalidation pour dol ou pour erreur concerne donc la conclusion du contrat, alors que les actions en garantie pour les défauts se rapportent à son exécution⁴⁹⁸. Il est également important de mentionner que l'invalidation pour erreur, respectivement pour dol, ne présuppose pas la réalisation des conditions d'exercices des actions édiliciennes (*supra* III/B/1/a) lorsque l'on se trouve dans un contrat de vente⁴⁹⁹. Ces deux types d'invalidation pour vice du consentement sont envisageables dans un cas d'obsolescence programmée, c'est pourquoi nous nous limiterons à l'analyse des actions découlant de l'invalidation pour dol (a) et celles découlant de l'invalidation pour erreur essentielle (b). Nous traiterons ensuite de l'invocation de l'invalidation (c), puis de ses effets (d) et enfin de l'action en dommages-intérêts qui en découle (e).

a. Invalidation pour dol

L'art. 28 CO régit le dol et protège ainsi la liberté de la volonté lors de transactions juridiques en permettant à la victime d'un dol d'invalider le contrat. Il s'agit d'une forme qualifiée de l'erreur supposant une fausse représentation des faits par le consommateur, qui ont servi à former sa volonté, et causée par une tromperie intentionnelle du vendeur ou d'un tiers en sus de celle-ci⁵⁰⁰.

réparation du dommage causé à la chose elle-même due à l'obsolescence programmée, RUSCH, p. 179 s. ; CARRON/FÉROLLES, p. 89.

⁴⁹⁴ MÜLLER, *Contrats*, N 297 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 22.

⁴⁹⁵ MÜLLER, *La responsabilité civile*, N 425 ; FELLMANN/KOTTMAN, N 1079 ; ATF 133 III 81, consid. 3.

⁴⁹⁶ MARCHAND, p. 107 s. ; FELLMANN/KOTTMAN, N 1084 ss ; WERRO, N 583 ss.

⁴⁹⁷ TERCIER/PICHONNAZ, N 830 ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 38.01 ss.

⁴⁹⁸ MÜLLER, *Contrats*, N 292.

⁴⁹⁹ HUGUENIN, N 2701 ss ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 39.40 ; MÜLLER, *Contrats*, N 293 ; ATF 114 II 131, consid. 1b.

⁵⁰⁰ TERCIER/PICHONNAZ, N 883 ss ; HUGUENIN, N 532 s.

(i) *Auteur du dol*

Le dol peut être commis par plusieurs auteurs, octroyant ainsi différents moyens d'actions envers différentes personnes. L'acte dolosif peut être attribué au contractant, respectivement au vendeur, du fait que le dol soit commis par lui-même, par une personne dont il répond, respectivement un représentant (art. 32 CO), ou encore par un auxiliaire (art. 55 et 101 CO)⁵⁰¹. Il peut également être le fait, principalement lors d'une stipulation pour autrui (art. 112 CO), d'un bénéficiaire induisant par dol le stipulant à conclure un contrat en sa faveur⁵⁰². Une société peut aussi se voir imputer la commission du dol lorsqu'il constitue le fait d'un organe, qu'il soit effectif ou de droit⁵⁰³.

Lors d'un cas d'obsolescence programmée, la diminution de la durée de vie d'un produit est généralement directement le fait du fabricant, qu'il soit vendeur ou non, et non celui d'un de ses représentants, auxiliaires ou lors d'une stipulation pour autrui. Il s'agit alors plutôt de s'intéresser au cas où l'auteur du dol est un tiers, respectivement le fabriquant dans notre cas s'il n'est pas lui-même le vendeur, autrement dit, une personne qui n'a pas participé aux négociations du contrat, à sa formation ou à sa conclusion, et qui n'est donc ni le cocontractant, ni une personne s'y rattachant. Cette situation est mentionnée à l'art. 28 al. 2 CO et prévoit que la victime du dol d'un tiers ne peut pas en faire supporter les conséquences à son partenaire contractuel si ce dernier n'a pas connu ou dû connaître le dol au moment de la conclusion du contrat, et reste par conséquent obligée envers lui⁵⁰⁴. Le seul moyen d'obtenir réparation de son dommage, le dol étant considéré comme un acte illicite⁵⁰⁵, est alors d'agir directement contre le tiers sur la base de l'art. 41 CO⁵⁰⁶. La victime du dol, commis par un tiers, garde néanmoins la possibilité d'invalider le contrat pour erreur (*infra* III/B/2/b), ce qui requiert toutefois que son erreur sur les motifs soit essentielle⁵⁰⁷.

Par ailleurs, d'autres possibilités sont ouvertes à la victime du dol dans le cas où son partenaire contractuel a connu ou aurait dû connaître le dol du tiers (art. 28 al. 2 CO). Il convient toutefois de distinguer deux situations : la situation où le partenaire contractuel savait ou aurait dû savoir que la volonté de la victime n'a pas pu s'exprimer, et celle où il a, en plus de cela, décidé d'en profiter en se taisant. Dans la première situation, la victime peut invalider le contrat selon l'art. 28 al. 2 CO. En effet, son partenaire contractuel viole son devoir d'information du fait qu'il ait omis d'informer la victime du dol, la bonne foi exigeant la mise au courant du dol. Partant, il se rend coupable de *culpa in contrahendo*⁵⁰⁸. Dans le second cas, son silence constitue une participation passive à l'acte dolosif et commet ainsi lui-même un dol, la victime bénéficiant alors de la possibilité d'invalider le contrat en

⁵⁰¹ HUGUENIN, N 546 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 28.

⁵⁰² BK OR-SCHMIDLIN, art. 28 N 116.

⁵⁰³ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 28 ; ATF 56 II 183 [188], consid. 2 ; 61 II 228 [234], consid. 2.

⁵⁰⁴ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 31 ; HUGUENIN, N 547 ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 38.12.

⁵⁰⁵ TERCIER/PICHONNAZ, N 891 ; HUGUENIN, N 2638 ; TF 4A_285/2017, consid. 6.1.

⁵⁰⁶ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 31 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 28 N 110.

⁵⁰⁷ HUGUENIN, SJZ 1999, p. 262 s. ; ATF 114 II 131, consid. 1b.

⁵⁰⁸ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 37 s.

vertu de l'art. 28 al. 1 CO et d'exiger des dommages-intérêts sur la base de l'art. 31 CO (*infra* III/B/2/e)⁵⁰⁹. À noter que selon certains, le fait que la partie contractante pourrait répondre du dol d'un tiers, en ayant manqué par négligence à son obligation d'informer (« *aurait dû avoir connaissance* »), va trop loin et doit être réduite téléologiquement à la « *connaissance* » de la partie contractante⁵¹⁰.

(ii) Conditions

Deux conditions sont requises pour admettre un dol, soit l'existence d'une erreur et d'une tromperie. Concernant la première condition, l'erreur constitue une erreur sur les motifs, car la victime s'est trompée sur les éléments qui ont fondé sa volonté⁵¹¹. En cas de dol, la seule influence causale sur la volonté de conclure est suffisante⁵¹², qu'il soit question d'une erreur essentielle ou non (art. 28 al. 1 CO), à l'inverse du cas ordinaire⁵¹³. Il faut tout de même pouvoir admettre un lien de causalité, soit que la victime du dol n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à d'autres conditions si elle n'avait pas été dans l'erreur⁵¹⁴.

En ce qui concerne la seconde condition, c'est par le comportement intentionnel de l'auteur, le dol éventuel étant suffisant, que la victime se trouve trompée⁵¹⁵. L'auteur, ou un de ses auxiliaires, avait donc connaissance de la réelle situation et s'est rendu compte de l'ignorance ou de la possible ignorance de l'autre partie en adoptant un comportement l'induisant effectivement en erreur ou en la maintenant dans son erreur dans le but de conclure le contrat⁵¹⁶. Ce comportement constitue l'acte dolosif et peut se manifester de plusieurs manières, soit par l'affirmation de faits faux ou par la dissimulation de faits vrais (dol par commission)⁵¹⁷, soit par l'entretien d'une erreur par dissimulation des faits (dol par omission) alors que la bonne foi lui commandait de les signaler⁵¹⁸ et que leur connaissance aurait amené la victime à ne pas contracter ou à contracter à d'autres conditions⁵¹⁹.

En cas d'obsolescence programmée, nous pouvons admettre un dol par omission, car le vendeur « *tait des circonstances que la bonne foi en affaire lui commandait de signaler lors des pourparlers précédant la conclusion du contrat* »⁵²⁰. En effet, ces faits, soit la diminution de la durée de vie du bien, étaient

⁵⁰⁹ *Id.*, N 39 ; HUGUENIN, SJZ 1999, p. 266 s.

⁵¹⁰ HUGUENIN, N 549 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 38.11 ; Pour un approfondissement, cf. HUGUENIN, SJZ 1999, p. 266 ss.

⁵¹¹ TERCIER/PICHONNAZ, N 886 ; HUGUENIN, N 533.

⁵¹² ATF 89 II 239, consid. 7 ; 129 III 320, consid. 6.3 ; 136 III 528, consid. 3.4.2 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 28 N 74.

⁵¹³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 38.01 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 886 ; ATF 117 II 218, consid. 6a ; 132 II 161, consid. 4.1 ; 136 III 528, consid. 3.4.2.

⁵¹⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 38.10 ; HUGUENIN, N 544 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 886 ; ATF 129 III 320, consid. 6.3 ; 132 II 161, consid. 4.1 ; 136 III 528, consid. 3.4.2.

⁵¹⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 38.08 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 888 s. ; ATF 53 II 143 [150], consid. 1a ; 136 III 528, consid. 3.4.2 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 18 : « *celui qui présente des faits comme réels et certains en acceptant consciemment l'éventualité qu'ils n'existent pas* ».

⁵¹⁶ TERCIER/PICHONNAZ, N 888 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 38.03 ss.

⁵¹⁷ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 5.

⁵¹⁸ ATF 116 II 431, consid. 3a. ; 131 III 145, consid. 8.1.

⁵¹⁹ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 5 et 9 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 28 N 83 s. ; ATF 123 III 200, consid. 2 ; 129 III 320, consid. 6.3 ; 132 II 161, consid. 4.1 ; 136 III 528, consid. 3.4.1 s.

⁵²⁰ ATF 131 III 145, consid. 8.1, JdT 2007 I 261 (trad.) ; À propos de l'art. 28 CO, cf. ATF 116 II 431 [434], consid. 3a.

« de nature à influencer la décision de conclure de l'acheteur »⁵²¹. En outre, comme nous l'avons établi précédemment dans le cadre de la garantie pour les défauts (*supra* III/B/1/a/iv), l'omission consciente par le vendeur de communiquer l'existence d'un défaut à l'acheteur, ce dernier l'ignorant ou ne pouvant le découvrir en raison de son caractère caché, tout en sachant qu'il s'agissait pour celui-ci d'un élément important, constitue un dol⁵²².

b. Invalidation pour erreur

L'invocation de l'erreur par le consommateur, lorsqu'il se trouve face à un cas d'obsolescence programmée, n'est réellement utile que dans le cas où il ne bénéficierait plus des prétentions découlant du droit de la vente, faute d'avoir satisfait aux conditions particulières de l'action en garantie (*supra* III/B/1), ou lorsque le vendeur est de bonne foi et n'en a pas connaissance, autrement dit, lorsque l'invalidation pour dol n'est pas possible⁵²³. Bien que les art. 23 ss CO ne contiennent pas de définition de l'erreur, celle-ci est définie comme étant « la divergence entre la représentation interne d'une partie et la représentation objective qu'elle aurait dû avoir », soit une « fausse représentation de la réalité »⁵²⁴. L'invalidation du contrat suppose l'existence d'une erreur essentielle (art. 23 CO), qui se concrétise à l'art. 24 CO en une erreur de déclaration et en une erreur de base⁵²⁵. Nous ne traiterons cependant que de l'erreur de base (i) et des conditions à son invocation (ii), car l'invalidation du contrat sur la base de cette erreur nous paraît envisageable en cas d'obsolescence programmée⁵²⁶.

(i) Erreur de base

L'erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 CO) est une erreur sur les motifs (art. 24 al. 2 CO) qualifiée⁵²⁷ lorsqu'une partie forme sa volonté de conclure sur la base d'une représentation erronée ou manquante des faits (« *ignorantia* »), qu'elle considère subjectivement comme nécessaires et qui sont objectivement considérés comme un élément essentiel du contrat selon la loyauté commerciale⁵²⁸. Ces faits, sur lesquels se base une partie, doivent également être d'une nature certaine (« *bestimmter Sachverhalt* ») et non de nature spéculative⁵²⁹. Selon la jurisprudence, il est également important de relever que, lors d'un achat d'une chose de genre, il n'est pas possible d'invoquer une erreur de base, l'acheteur ne sachant pas, au moment de la conclusion du contrat, avec quelle chose le vendeur exécutera sa

⁵²¹ GEISSBÜHLER, p. 139 s. ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 28 N 83 s. ; ATF 123 III 200, consid. 2 ; 129 III 320, consid. 6.3 ; 132 II 161, consid. 4.1 ; 136 III 528, consid. 3.4.1 s.

⁵²² PEDRAZZINI, N 912 ss ; ATF 66 II 132 [139] consid. 6 ; 131 III 145, consid. 8.1 ; Ce devoir peut découler de la loi, du contrat ou du principe de la bonne foi, MÜLLER, *Contrats*, N 392 ; ATF 116 II 431, consid. 3a.

⁵²³ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 9 ; ATF 114 II 131, consid. 1b, JdT 1988 I 508 (trad.).

⁵²⁴ TERCIER/PICHONNAZ, N 841, avec les réf. citées.

⁵²⁵ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 4.

⁵²⁶ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 9 ; RUSCH, p. 180.

⁵²⁷ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 37.23 ; HUGUENIN, N 507 ; ATF 79 II 274.

⁵²⁸ BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 91 ; HUGUENIN, N 507 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 32 ; ATF 56 II 424, consid. 2 ; 98 II 18, consid. 1 ; 114 II 131, consid. 2.

⁵²⁹ BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 95 s. ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 35 ; ATF 91 II 275, consid. 3 ; 107 II 343, consid. 2 ; 109 II 105 [111], consid. 4b/aa.

prestation⁵³⁰. L'invalidation n'est alors possible que si toutes ces choses de genre vendues, autrement dit l'ensemble du genre, sont défectueuses, ce qui est toujours le cas avec l'obsolescence programmée⁵³¹.

(ii) Conditions

L'invocation de l'erreur de base est subordonnée à plusieurs conditions, notamment celles de l'existence d'une erreur et d'une erreur essentielle. En ce qui concerne la première condition, celle-ci suppose une divergence sur les faits-eux-mêmes entre ce que croyait la victime (représentation subjective) et la réalité (représentation objective)⁵³². Cette divergence ne porte donc pas sur une appréciation subjective, c'est pourquoi une erreur sur des faits futurs est difficile à admettre. Une erreur est néanmoins admise lorsque les faits futurs étaient prévisibles et considérés comme sûrs et certains⁵³³. Il en est de même si seule la victime de l'erreur en était certaine, mais qu'il était reconnaissable pour son cocontractant que cette certitude constituait pour elle, d'après la loyauté commerciale, une condition *sine qua non* du contrat⁵³⁴.

Concernant la seconde condition, l'erreur doit porter sur des faits subjectivement et objectivement importants, et avoir été reconnaissable par l'autre partie⁵³⁵. La condition subjective est représentée à l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO par le mot « nécessaires »⁵³⁶, constituant une condition *sine qua non* et supposant ainsi que si la victime n'avait pas été dans l'erreur sur ces faits, elle n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à d'autres conditions⁵³⁷. Ce caractère subjectivement essentiel, considéré alors comme une condition indispensable pour la victime (« unerlässliche Voraussetzung »)⁵³⁸, doit également avoir été reconnaissable par l'autre partie⁵³⁹, cette question découlant du principe de la confiance reste toutefois controversée en doctrine⁵⁴⁰. Il convient encore d'établir le caractère objectif de l'importance, car une erreur essentielle n'existe que si elle est justifiée par des considérations objectives, selon le principe de loyauté commerciale, par le fait que la victime considère l'objet de son erreur comme une base nécessaire à la conclusion du contrat⁵⁴¹. Il faut alors que son erreur porte sur un élément essentiel, que cet élément soit considéré comme indispensable dans le cadre de transactions commerciales

⁵³⁰ RUSCH, p. 180 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 10 ; BK OR-GIGER, Rem. lim. aux art. 197-210 N 61 ; ATF 94 II 26 [29], consid. 3 ; 114 II 131 [139], consid. 2 ; 133 III 335, consid. 5.

⁵³¹ RUSCH, p. 180 ; RUSCH, *Besprechung*, p. 534.

⁵³² TERCIER/PICHONNAZ, N 861 ss ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 1 avec d'autres réf. citées.

⁵³³ ATF 95 II 407, consid. 1 ; 109 II 105, consid. 4b/aa ; 117 II 218, consid. 4 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 797 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 36.

⁵³⁴ TERCIER/PICHONNAZ, N 863 ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 24 N 18 ; Arrêt du TF 4C.34/2000 du 24.04.2001, consid. 3c/bb (n.p. in : ATF 127 III 300) ; ATF 118 II 297, consid. 2b ; Arrêt du TF 4C.236/2002 du 29.10.2002, consid. 3.

⁵³⁵ BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 24 N 20 et 23 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 865.

⁵³⁶ BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 161 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 40 ; ATF 97 II 43, consid. 2.

⁵³⁷ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 37.25 ; ATF 53 II 35, consid. 2a ; 53 II 127, consid. 5 ; 54 II 188, consid. 2 ; 56 II 424, consid. 2.

⁵³⁸ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 37.25 ; ATF 91 II 275, consid. 2a ; 95 II 407, consid. 1a.

⁵³⁹ HUGUENIN, N 513 ss ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 24 N 23 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 55 ; ATF 82 II 371, consid. 2 ; 117 II 218 [226], consid. 4b ; 130 III 49, consid. 1.2 ; 132 III 737, consid. 1.3.

⁵⁴⁰ Cf. notamment HUGUENIN, N 513 avec d'autres réf. citées, qui considère que le critère de reconnaissabilité ne devrait pas être une condition pour l'affirmation d'une erreur essentielle ; ég. CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 57.

⁵⁴¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 783 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 866 ; ATF 56 II 424, consid. 2 ; 113 II 25, consid. 1 ; Arrêt du TF 4C.34/2000 du 24.04.2001, consid. 3c/bb (n.p. in : ATF 127 III 300) ; ATF 132 III 737, consid. 1.3 ; 136 III 528, consid. 3.4.1.

générales et que l'exécution du contrat soit déraisonnable pour elle selon les règles de la bonne foi. Le caractère déraisonnable est admis si l'on peut considérer qu'une personne raisonnable, placée dans la position de la victime, n'aurait pas conclu le contrat⁵⁴². La volonté des parties, respectivement les circonstances du cas d'espèce, doit néanmoins être prise en compte dans l'appréciation du caractère indispensable et primer sur la considération établie d'après les transactions commerciales générales habituelles⁵⁴³.

Le consommateur face à un cas d'obsolescence programmée pourra agir en invalidation du contrat pour erreur de base, ces conditions pouvant en l'espèce être considérées comme remplies. En effet, nous avons bel et bien à faire à une erreur, soit une représentation fautive de la réalité, car le consommateur pensait obtenir un objet qu'il pourrait pleinement utiliser pendant une certaine durée. Il faut toutefois préciser que la durée de vie d'un produit, à laquelle peut s'attendre de bonne foi un consommateur, est à apprécier selon le type de bien en question, car la durée de vie diffère d'une catégorie de bien à l'autre. Cela étant, nous pouvons considérer que la question de la durée de vie d'un produit lors de son achat est un fait subjectivement et objectivement essentiel, sans quoi le consommateur n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à d'autres conditions. En effet, le consommateur désire se procurer un bien qui fonctionnera dans la durée, et il convient de considérer un cas d'obsolescence programmée comme étant de nature à faire renoncer tout acheteur raisonnable qui souhaiterait se procurer un bien⁵⁴⁴.

Par ailleurs, cette voie n'a pas grand intérêt selon GEISSBÜHLER. D'une part, la durée de vie d'un produit constitue un fait futur au moment de la conclusion du contrat, ce qui réduit les possibilités de l'invoquer⁵⁴⁵. D'autre part, la possibilité d'exclure conventionnellement la garantie peut faire obstacle à l'invalidation pour erreur⁵⁴⁶. La possibilité d'invoquer l'invalidation pour erreur s'en trouve alors réduite. Cependant, en ce qui concerne les faits futurs, « *si la partie dans l'erreur a subjectivement exclu tout risque et si objectivement, selon la loyauté commerciale, une telle supposition est admissible, il n'y a aucune raison de lui refuser de faire valoir son erreur* »⁵⁴⁷. Nous pourrions encore aller plus loin dans le raisonnement et admettre que, comme la diminution de la durée de vie constitue un défaut, même n'existant qu'en germe, la question des faits futurs ne se pose plus, et partant, la possibilité d'invoquer l'invalidation pour erreur ne s'en trouverait pas réduite si l'acheteur arrive à démontrer que le défaut existait déjà au moment de la conclusion du contrat⁵⁴⁸. Concernant l'éventuelle exclusion de garantie,

⁵⁴² BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 105 ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 24 N 22.

⁵⁴³ BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 108 et 111 ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 24 N 21 ; Pour des exemples, cf. ATF 97 II 43, consid. 2 ; 43 II 775, consid. 2 ; 41 II 571 [575], consid. 5.

⁵⁴⁴ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 9 *in fine*.

⁵⁴⁵ GEISSBÜHLER, p. 146 ; ATF 126 III 59, consid. 3.

⁵⁴⁶ GEISSBÜHLER, p. 146 ; MARCHAND, p. 202 ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10.

⁵⁴⁷ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 23, 24 N 37.

⁵⁴⁸ RUSCH, p. 181 ; RUSCH, *Besprechung*, p. 534 ; Arrêt du TF 4C.321/2006 du 01.05.2007, consid. 4.3.1 : « *L'acheteur peut donc invalider le contrat, aux conditions de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, s'il découvre qu'on lui a vendu une chose défectueuse, pour autant que le défaut ait déjà existé au moment du transfert des risques ou qu'il ait pour origine un défaut ayant déjà existé à ce moment-là. Il ne peut pas le faire, en revanche, si la chose, alors exempte de tout défaut, s'est détériorée par la suite pour telle ou telle raison (usure normale, utilisation inadéquate, défaut d'entretien, etc.)* ».

le Tribunal fédéral précise qu'« *un défaut ne tombe pas sous le coup de la clause d'exclusion de la garantie, d'après une interprétation objective, s'il est tout à fait en dehors de ce avec quoi un acheteur devait raisonnablement compter* »⁵⁴⁹. Par conséquent, bien que l'obsolescence programmée devienne de plus en plus connue, mais surtout médiatisée, il n'est pas adéquat d'admettre que l'acheteur doive de bonne foi s'y attendre au moment de la conclusion du contrat, car cela reviendrait à établir une généralisation abusive et un renoncement face à ce phénomène⁵⁵⁰.

c. Invocation de l'invalidation

Une fois les conditions du dol ou de l'erreur de base remplies, le consommateur doit invoquer l'invalidation du contrat en respectant certaines conditions. L'art. 31 CO règle ces conditions en exigeant une déclaration explicite ou concluante, de la part de la victime du dol ou de l'erreur, de ne pas vouloir maintenir le contrat, et cela dans un délai de péremption d'une année, les art. 134 ss CO sur la suspension et l'interruption du délai n'étant pas applicables⁵⁵¹. Cette manifestation de volonté est inconditionnelle et irrévocable⁵⁵² et n'est soumise à aucune forme spéciale, même si le contrat vicié y est soumis⁵⁵³. Il n'est pas non plus exigé de requérir le prononcé de la nullité par un juge, un simple acte formateur, respectivement une déclaration soumise à réception, suffit⁵⁵⁴. L'invalidation doit toutefois être invoquée dans le délai de péremption d'un an dès la connaissance du défaut (art. 31 al. 1 et 2 CO), soit au moment où la victime en prend clairement connaissance⁵⁵⁵. Il est préférable pour la victime d'agir rapidement après la prise de connaissance, faute de quoi elle ne pourrait plus invalider le contrat, car considérée comme avoir agi de manière contraire aux règles de la bonne foi (art. 25 CO)⁵⁵⁶. L'écoulement du délai d'un an entraîne ainsi la ratification du contrat. Celle-ci peut également se faire par acte concluant, mais le fait qu'une partie ait continué d'utiliser la chose après la découverte du vice de volonté, respectivement du défaut, ne présume pas une volonté de ratifier le contrat⁵⁵⁷. À préciser que la preuve de la ratification incombe au défendeur de l'action en invalidation et dans le cas où la partie conteste la ratification par acte concluant, le défendeur devra encore prouver que cette dernière connaissait le vice de volonté au moment de manifester son comportement concluant⁵⁵⁸. En outre, aucun délai absolu n'est prévu. Il est néanmoins justifié, pour des raisons de sécurité juridique, de supposer un délai de dix ans par analogie à l'art. 127 CO afin de combler la lacune qui n'était guère voulue par le législateur⁵⁵⁹. Le

⁵⁴⁹ ATF 130 III 686, consid. 4.3.1, JdT 2005 I 247 (trad.) ; ATF 126 III 59, consid. 4a ; MARCHAND, p. 202.

⁵⁵⁰ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10 ; Dans ce sens, EBER, N 171.

⁵⁵¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 905 s. ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 3 ; ATF 114 II 131 [141], consid. 2b.

⁵⁵² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 905.

⁵⁵³ TERCIER/PICHONNAZ, N 867 ; ATF 132 II 161, consid. 3.2.2.

⁵⁵⁴ TERCIER/PICHONNAZ, N 868 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 12 ; ATF 64 II 132, consid. 3 ; 98 II 96, consid. 3.

⁵⁵⁵ GEISSBÜHLER, p. 145 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 906 ; ATF 108 II 102 [105], consid. 2a.

⁵⁵⁶ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 39 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 875 ; Ne s'appliquent qu'à l'erreur, mais il reste à examiner si l'interdiction générale de l'abus de droit de l'art. 2 al. 2 CC est applicable, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 909.

⁵⁵⁷ ATF 108 II 102 [105], consid. 2a ; 109 II 319, consid. 4c ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 36.

⁵⁵⁸ ATF 108 II 102 [105], consid. 2a ; 59 II 236 [240], consid. 2 ; 26 II 397 [401], consid. 4 ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 31 N 24 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 54.

⁵⁵⁹ HUGUENIN, N 580 ; VON TUHR/PETER, p. 333 N 22.

consommateur reste également limité par les délais de prescription découlant de l'action en répétition de l'indu (art. 62 ss CO). Notamment celui de trois ans (délai relatif), commençant à courir dès la disposition d'une documentation et d'un motif suffisants pour prononcer la déclaration de ne pas vouloir maintenir le contrat et pour tenter une action en restitution⁵⁶⁰, ainsi que celui de dix ans (délai absolu), courant à partir de la conclusion du contrat vicié (art. 67 al. 1 CO)⁵⁶¹. À cet égard, une certaine connaissance du défaut est nécessaire, de simples doutes ne suffisent pas⁵⁶². En cas de dol, c'est le moment de la connaissance de l'acte dolosif qui est déterminant⁵⁶³.

Lorsque le consommateur décide d'invalidier le contrat, le fardeau de la preuve diffère selon le fondement de l'invalidation. En effet, dans l'éventualité où le consommateur décide d'invalidier le contrat pour dol, il lui incombe, ce dernier étant la victime du dol, de prouver toutes les conditions de l'art. 28 CO (*supra* III/B/2/a/i)⁵⁶⁴. C'est donc à lui de prouver qu'il a subi un dol et d'établir le lien de causalité entre le dol et l'erreur, autrement dit que le dol a « *influencé sa volonté de contracter d'une façon causale comme condition sine qua non* »⁵⁶⁵. Cette influence étant présumée par la preuve du dol, il revient à l'auteur du dol de renverser cette présomption en prouvant le contraire, soit que la victime aurait de toute façon conclu le contrat⁵⁶⁶. Lorsqu'il s'agit d'un dol commis par un tiers, la victime doit également prouver que le cocontractant en avait connaissance ou aurait dû le connaître⁵⁶⁷. Concernant le fardeau de la preuve dans le cadre de l'invalidation pour erreur (*supra* III/B/2/b), la charge de la preuve appartient à la partie se trouvant dans l'erreur. Elle doit apporter la preuve que les faits, qu'elle considérait subjectivement comme une condition *sine qua non* à la conclusion du contrat, ont été touchés par l'erreur. Il faut ensuite qu'elle arrive à démontrer que ces faits constituaient effectivement une telle importance d'après la loyauté commerciale, et que le cocontractant aurait dû et pu reconnaître qu'ils constituaient pour elle un élément important à la conclusion du contrat⁵⁶⁸. Quoiqu'il en soit, il incombe à la partie invoquant un vice de volonté de prouver que son invalidation respecte les délais légaux⁵⁶⁹.

d. Effets de l'invalidation

Une fois l'invocation de l'invalidation faite, il s'agit de s'intéresser à ses effets. À ce jour, deux théories s'affrontent à ce sujet en ce qui concerne la nature de l'invalidation⁵⁷⁰ : la théorie de la nullité unilatérale

⁵⁶⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 913 ; ATF 82 II 411, consid. 9a.

⁵⁶¹ MÜLLER, *Contrats*, N 294 ; ATF 114 II 131, consid. 2b et 3b.

⁵⁶² ATF 98 II 15 [21], consid. 3 ; Arrêt du TF 4F_7/2017 du 22.03.2017, consid. 4.3.

⁵⁶³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 39.15.

⁵⁶⁴ BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 28 N 26 ; Arrêt du TF 4A_527/2014 du 04.03.2015, consid. 3.2.2 ; 4A_533/2013 du 27.03.2014, consid. 3.1 ; 4A_285/2017 du 03.04.2018, consid. 6.1.

⁵⁶⁵ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 61 ; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 28 N 26.

⁵⁶⁶ BUCHER, p. 211 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 28 N 162 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 61 ; Arrêt du TF 4A_141/2017 du 04.09.2017, consid. 3.1.3.

⁵⁶⁷ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 61.

⁵⁶⁸ *Id.*, art. 23, 24 N 60 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 203 ss.

⁵⁶⁹ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 54.

⁵⁷⁰ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 4 ; Pour un approfondissement des différentes théories, cf. BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 31 N 8 ss ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 364 ss et art. 31 N 12 ss ; HUGUENIN, N 568 ss.

originaire⁵⁷¹, suivie par le Tribunal fédéral⁵⁷², et la théorie de l'invalidation rétroactive (annulation)⁵⁷³, soutenue par la doctrine⁵⁷⁴. Cette distinction aboutie ainsi à des résultats différents en ce qui concerne diverses questions, notamment au sujet de la propriété, de l'enrichissement et de la prescription⁵⁷⁵. En effet, en appliquant la théorie de la nullité, le délai absolu de prescription (dix ans) de l'action en enrichissement illégitime commence à courir au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, à la découverte du vice de volonté, l'action en enrichissement illégitime peut être prescrite avant que l'invalidation pour vice de volonté ait pu être exercée⁵⁷⁶. À l'inverse, la théorie de l'annulation fait partir le délai relatif (trois ans) et absolu (dix ans ; art. 67 CO) au moment où la victime invalide le contrat, ce qui évite le paradoxe à l'application de l'autre théorie⁵⁷⁷. Quand bien même la doctrine et la jurisprudence sont en désaccord, que l'on suive la théorie de l'annulation ou celle la nullité, la conséquence est en principe la caducité du contrat avec effet *ex tunc*⁵⁷⁸.

Par conséquent, suite à l'invalidation, la cause du transfert de propriété, respectivement d'argent, cesse d'exister. Les prestations déjà effectuées doivent alors être restituées par les parties, en l'occurrence, sur la base de l'action en revendication pour le vendeur (art. 641 al. 2 CC) et de l'action en enrichissement illégitime pour l'acheteur (art. 62 ss CO)⁵⁷⁹. L'objectif est donc de remettre les parties dans la même situation que celle qui aurait été la leur si le contrat n'avait produit aucun effet, soit la restitution de la chose et le remboursement du prix d'achat⁵⁸⁰. Précisons également que la personne devant supporter la perte accidentelle de la chose se détermine selon la relation contractuelle. Dans le cas d'un achat, la restitution à l'état antérieur a pour effet que le risque supporté revienne au vendeur en tant que propriétaire antérieur⁵⁸¹. Ainsi, cette invalidation *ex tunc* exige une restitution trait pour trait (« *Zug um*

⁵⁷¹ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 4 : « *Le contrat entaché de vice de volonté ne déploie pas d'effet matériel, ni pour l'une, ni pour l'autre partie. Cependant, ce défaut d'effet juridique ne peut être invoqué que par la victime du vice. Si elle exerce son droit d'invalidation, la nullité devient définitive et plus rien n'empêche dès lors les deux parties de se fonder sur l'invalidité originaire du contrat* ».

⁵⁷² ATF 114 II 131, consid. 3b ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 386.

⁵⁷³ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 5 : « *Le contrat, qui est valablement conclu, déploie normalement ses effets entre les deux parties dès le début et jusqu'au moment où la partie souffrant du vice de volonté l'invalide* ».

⁵⁷⁴ Pour des exemples, cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 897.

⁵⁷⁵ HUGUENIN, N 568 ss.

⁵⁷⁶ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 9 : En effet, « *comme l'invalidation selon CO 31 ne connaît pas de prescription absolue, elle peut entrer en conflit avec la prescription de dix ans de l'action en restitution selon CO 62. [...] un contractant qui, dix ans après la conclusion du contrat – dans l'ATF 114 II 131, il s'agissait de onze ans –, découvre le vice de volonté et essaie d'invalider le contrat pour exiger la répétition de la prestation accomplie en vertu d'un contrat « originairement nul » se heurte au délai absolu de dix ans selon CO 67* » ; HUGUENIN, N 573 ; ATF 114 II 131, consid. 3b.

⁵⁷⁷ HUGUENIN, N 574 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 10 : En effet, « *le contrat est valablement conclu, malgré le vice de volonté. Ce n'est qu'après l'invalidation que s'ouvre la voie de l'action en enrichissement illégitime* » ; ATF 114 II 131, consid. 3b ; Au sujet de la prescription en cas d'invalidation rétroactive, certains font valoir que le délai de prescription absolu de l'art. 67 al. 1 CO commence avec la prestation, mais la plupart soutiennent que le moment de l'invalidation est décisif, BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 31 N 9.

⁵⁷⁸ HUGUENIN, N 562 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 21 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 925 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 83 ss ; ATF 129 III 320, consid. 7.1.1.

⁵⁷⁹ VON TUHR/PETER, p. 335 s. ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 39.27 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 836 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 22 ss ; ATF 129 III 320, consid. 7.1.1.

⁵⁸⁰ BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 87 et 96 ; VON TUHR/PETER, p. 339 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 894 ss.

⁵⁸¹ BK OR-SCHMIDLIN, art. N 90 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 24.

Zug») des prestations, sans possibilité d'invoquer l'exception de ne plus être enrichi (art. 64 CO)⁵⁸². Certains auteurs de doctrine revendiquent néanmoins l'application de l'invalidation comme une transformation en un rapport de liquidation contractuel, permettant alors une unification du régime général et spécial ainsi que l'application d'une solution proche de celle prévue lors d'une action réhibitoire (*supra* III/B/1/b/i)⁵⁸³. Il s'agit toutefois de soulever quelques différences. La réduction du prix par le juge n'est pas possible en cas d'invalidation pour vice du consentement, l'invalidation partielle restant cependant envisageable si elle résulte de la manifestation de volonté et si la situation de fait le permet⁵⁸⁴. Bien que les délais d'action soient de dix ans pour les deux, le *dies a quo* du délai de prescription de l'action en garantie (régime aggravé) se situe à la livraison de la chose, alors que celui de l'invalidation se situe au moment du paiement⁵⁸⁵. La question du paiement d'un loyer pour l'utilisation de la chose entre la conclusion du contrat et sa remise en cause se pose également en cas d'invalidation. Cependant, comme pour l'action réhibitoire, il convient d'admettre qu'aucune indemnité n'est due par le consommateur de bonne foi⁵⁸⁶.

e. Action en dommage-intérêts en cas d'invalidation ou de ratification

L'action en dommage-intérêts a pour but de permettre aux parties d'obtenir une indemnisation pour les dommages découlant du contrat vicié. Nous traiterons ainsi de l'indemnisation due par le consommateur (i), puis de celle due par le vendeur (ii), en évoquant également leur prescription (iii).

(i) Indemnisation de la part du consommateur

Un consommateur, invoquant l'invalidation du contrat sur la base d'une erreur, peut être tenu à indemnisation du dommage qui en découle. En effet, l'art. 26 CO prévoit que la partie se trouvant dans l'erreur par sa faute lors de la conclusion du contrat, respectivement par négligence précontractuelle, doit indemniser le cocontractant pour le dommage subi du fait de l'invalidation du contrat, pour autant que ce dernier n'ait pas eu connaissance de l'erreur et n'ait pas dû en avoir connaissance⁵⁸⁷. Cette norme est une concrétisation de l'application de la responsabilité de la *culpa in contrahendo*. Le fait de ne pas prendre suffisamment de précautions précontractuelles, soit de ne pas s'informer soi-même, constitue

⁵⁸² VON TUHR/PETER, p. 339 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 894 ss ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 96 ; ATF 83 II 18 [25], consid. 7.

⁵⁸³ HUGUENIN, N 583 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 26 ss ; GEISSBÜHLER, p. 146 ; BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 94 et 97 ss ; ATF 126 III 119, consid. 3c ; 129 III 320, consid. 7.1.1 ; cf. cep. ATF 137 III 243, consid. 4.4.3 ; 133 III 356, consid. 3.2.1.

⁵⁸⁴ GEISSBÜHLER, p. 146 ; ATF 123 III 292, consid. 2f ; 130 III 49, consid. 3.2, JdT 2005 I 517 (trad.) : « *L'invalidation partielle d'un contrat pour erreur essentielle suppose que son contenu soit divisible tant subjectivement qu'objectivement, de sorte que la partie restante constitue une unité contractuelle sensée qui peut subsister en tant que telle. Le contrat est divisible subjectivement si le point sur lequel porte l'erreur ne constitue qu'un élément du contrat parmi d'autres conditions sine qua non de la conclusion du contrat. Il est divisible objectivement si ces éléments peuvent également être considérés comme autonomes selon les règles de la bonne foi en affaires* ».

⁵⁸⁵ GEISSBÜHLER, p. 146.

⁵⁸⁶ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 7 *in fine* ; GEISSBÜHLER, p. 143 ; cf. *supra* III/B/1/b/i.

⁵⁸⁷ HUGUENIN, N 450 et 593 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 39.30 ss.

une faute⁵⁸⁸. Généralement seuls des intérêts négatifs sont dus, soit le dommage résultant de l'invalidité du contrat⁵⁸⁹, mais le juge peut également accorder des dommages-intérêts à hauteur de l'intérêt positif, c'est-à-dire l'intérêt à ce que le contrat soit exécuté (art. 26 al. 2 CO)⁵⁹⁰. Cependant, l'art. 26 CO n'est applicable qu'aux cas d'erreur, mais non aux cas de dol⁵⁹¹, et donc si la partie contractante a elle-même agi par négligence ou a causé l'erreur, l'obligation de la partie fautive de payer des dommages-intérêts ne s'applique pas⁵⁹².

Par ailleurs, l'art. 26 CO ne règle pas spécifiquement la situation de la preuve, il appartient alors au contractant non fautif de prouver son dommage ainsi que la négligence de la partie dans l'erreur⁵⁹³. Cette preuve lui étant toutefois facilitée par le fait que le comportement de la partie fautive doit être jugé avec une certaine sévérité⁵⁹⁴. Il serait néanmoins plus équitable de considérer qu'il appartient à la partie dans l'erreur par sa faute, de prouver que son erreur n'était pas fondée sur la négligence, ou que la partie lésée a elle-même agi de manière négligente ou qu'elle aurait pu ou dû reconnaître l'erreur⁵⁹⁵.

Selon nous, dans l'hypothèse d'un cas d'obsolescence programmée, il ne sera généralement pas possible de retenir cette responsabilité d'indemnisation de la part du consommateur, car cette pratique est constitutive d'un dol. Et même si ce dernier n'arrive pas à prouver la tromperie intentionnelle, ce qui ne lui permettrait d'agir qu'en invalidation pour erreur, nous ne pourrions lui reprocher d'avoir été dans l'erreur par négligence, soit par sa faute, la diminution de la durée de vie ne pouvant être décelée au moment de conclure le contrat, bien que ce phénomène soit de plus en plus connu par sa médiatisation⁵⁹⁶.

(ii) Indemnisation de la part du vendeur

Du point de vue du consommateur, il est également possible pour lui d'agir en dommages-intérêts. L'art. 31 al. 3 CO contient deux règles, dont l'une est expressément énoncée et l'autre présumée. Il va de soi que la partie, qui a été lésée contractuellement en raison d'un dol, peut demander une réparation à l'auteur du dol du dommage survenu lors de l'invalidation⁵⁹⁷. Ce qui ne va pas de soi, et qui doit donc être expressément énoncé, c'est que même la ratification du contrat n'éteint pas ce droit à

⁵⁸⁸ TERCIER/PICHONNAZ, N 878 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 851.

⁵⁸⁹ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 26 N 6 : « le cocontractant doit être mis dans l'état où il se trouvait avant la conclusion du contrat incluant frais, dépenses, mais aussi gains manqués dus à l'invalidation du contrat ».

⁵⁹⁰ HUGUENIN, N 593 et 1554 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 26 N 6 ss.

⁵⁹¹ HUGUENIN, N 594 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 39.35.

⁵⁹² BK OR-SCHMIDLIN, art. 26 N 36 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 26 N 4 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 39.34 ; En cas d'information erronée sur la taille du bien loué, le Tribunal fédéral n'exige pas que le locataire se méfie d'emblée des informations du bailleur. Lorsque les circonstances ne le justifient pas, il peut s'y fier et s'abstenir de les vérifier, ATF 113 II 25, consid. 1, 1a, 2 et 2a.

⁵⁹³ BK OR-SCHMIDLIN, art. 26 N 35 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 26 N 11.

⁵⁹⁴ ATF 105 II 23, consid. 3 ; 69 II 234, consid. 2.

⁵⁹⁵ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 26 N 11 ; Cela serait plus équitable du fait que la partie dans l'erreur par sa faute ne fait que causer un dommage au cocontractant en invalidant le contrat et donc on peut attendre de lui qu'il prouve que ce dommage n'est pas dû à sa négligence, BK OR-SCHMIDLIN, art. 26 N 36 s.

⁵⁹⁶ Dans ce sens, GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10 ; ég. EBER, N 171.

⁵⁹⁷ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 39.37 ; HUGUENIN, N 597 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 26 N 41.

l'indemnisation du dommage⁵⁹⁸, le dommage correspondant ici à la différence entre la situation patrimoniale effective de la victime et celle qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été vicié⁵⁹⁹. Le consommateur pourra ainsi agir sur la base de l'art. 41 CO ou en application des règles de la *culpa in contrahendo*⁶⁰⁰, mais seulement en cas de dol, ce dernier étant considéré comme un acte illicite, et dans la mesure où il en découle un dommage, ce qui peut être le cas lors d'obsolescence programmée (*supra* III/A/3)⁶⁰¹. La doctrine est cependant divisée sur la question de savoir si la responsabilité contractuelle ou délictuelle générale de l'art. 41 CO s'applique en cas de dol⁶⁰². L'application de la responsabilité délictuelle selon l'art. 41 CO devrait toutefois être limitée aux comportements non contractuels, soit lorsque la responsabilité d'un tiers, qui n'est pas partie au contrat mais qui a influencé sa conclusion par l'acte dolosif, est engagée⁶⁰³. C'est le cas mentionné à l'art. 28 al. 2 CO qui empêche la victime du dol, commis par un tiers, d'en faire supporter les conséquences à son partenaire contractuel si ce dernier n'a pas connu ou dû connaître le dol au moment de la conclusion du contrat, et reste par conséquent obligée envers lui⁶⁰⁴. En outre, il convient alors d'appliquer les règles de la *culpa in contrahendo*, mais pas de manière *stricto sensu*⁶⁰⁵.

L'auteur du dol est également responsable de ses auxiliaires en vertu de l'art. 101 al. 1 CO du fait que le dol, intervenant au cours des négociations contractuelles, constitue régulièrement une faute dans la conclusion du contrat⁶⁰⁶. Quoiqu'il en soit, le but est de rétablir la situation dans laquelle la victime se serait retrouvée si le contrat n'avait pas été vicié, soit tout ce qui est causalement lié au vice de volonté (*in integrum restitutio*). Cela comprend donc la réparation des dommages que la victime du dol a subis du fait de la conclusion du contrat ainsi que ceux surgissant ensuite et qu'elle peut maintenant faire valoir en l'invalidant⁶⁰⁷. L'auteur du dol doit donc indemniser la victime pour les intérêts négatifs et, dans la mesure où cela est équitable, également pour les intérêts positifs (art. 26 al. 2 CO *mutatis mutandis*)⁶⁰⁸.

⁵⁹⁸ BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 133 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 41.

⁵⁹⁹ HUGUENIN, N 450 ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 7 ; Cette différence ne s'inscrit pas dans le schéma habituel des intérêts contractuels négatifs et positifs. Il faut ainsi évaluer la situation au moment de la conclusion du contrat maintenu malgré le vice de volonté, CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 46.

⁶⁰⁰ Pour un approfondissement de la responsabilité précontractuelle. cf. HUGUENIN, N 1524 ss.

⁶⁰¹ GEISSBÜHLER, p. 145 ; HUGUENIN, N 597 ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 39.36 s. ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 4 et art. 31 N 49 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 891.

⁶⁰² Au sujet de la controverse, cf. BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 138 ss.

⁶⁰³ BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 140 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 41 ; cf. cep. ATF 108 II 419, consid. 5, le TF admet la *culpa in contrahendo* en concours avec la responsabilité délictuelle selon l'art. 41 CO.

⁶⁰⁴ CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 31 ; HUGUENIN, N 547 ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 38.12.

⁶⁰⁵ BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 141 ss ; BUCHER, p. 222 ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 39.37.

⁶⁰⁶ SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 39.36.

⁶⁰⁷ BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 134 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 47.

⁶⁰⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 870 ; VON TUHR/PETER, p. 340 ; BUCHER, p. 223 ; ATF 89 II 239 [249], consid. 6.

(iii) Prescription

En ce qui concerne les dommages-intérêts dus par le consommateur en cas d'invalidation du contrat, le délai ordinaire de dix ans s'applique et court dès la volonté d'invalider le contrat⁶⁰⁹.

Concernant la prescription de l'action en dommages-intérêts en cas d'invalidation ou de ratification du contrat conclu sous dol, même si la victime du dol n'invalide pas le contrat, ou ne le fait pas dans le délai d'une année dès sa découverte, l'art. 31 al. 3 CO s'applique. Par conséquent, l'action en dommages-intérêts reste valable si la victime a ratifié le contrat par l'écoulement du temps sans vraiment vouloir le ratifier, ou si la ratification était encore pour lui un moindre mal par rapport à l'invalidation qui lui aurait causé un préjudice insupportable⁶¹⁰. Le délai relatif de trois ans, mentionné à l'art. 60 al. 1 CO, court dès la connaissance de l'auteur du dol et du dommage causé par le dol, et le délai absolu de dix ans, prévu au même article, court dès le moment où s'est produit le fait dommageable causé par le dol⁶¹¹. Certains auteurs sont d'avis qu'il faudrait plutôt appliquer le délai prévu à l'art. 127 CO, soit un délai de dix ans⁶¹² comme c'est le cas pour la responsabilité des auxiliaires pour dol (art. 101 CO)⁶¹³.

3. Responsabilité délictuelle : alternative à la garantie pour les défauts ?

Comme nous l'avons mentionné, le consommateur peut agir contre le vendeur sur la base des actions en garantie ou sur la base de l'invalidation du contrat pour vice du consentement, ce qui lui permet également d'agir en dommages-intérêts. Il aurait par ailleurs la possibilité d'agir sur la base de la LRFP pour le dommage consécutif au défaut touchant d'autres biens dans son patrimoine⁶¹⁴. Notons que l'invalidation pour erreur reste par ailleurs envisageable contre le vendeur.

Dans notre contexte, RUSCH envisage la possibilité d'agir en responsabilité délictuelle en proposant une solution alternative à la garantie pour les défauts⁶¹⁵, c'est pourquoi nous en traitons dans ce chapitre sous l'angle contractuel. Ainsi, le développement qui suit a surtout pour but de se demander si le consommateur dispose de la possibilité d'agir directement contre le fabricant à la suite de l'achat de son bien alors que celui-ci n'est pas le vendeur. En l'occurrence, d'agir en responsabilité délictuelle (art. 41 CO) ou en responsabilité de l'employeur (art. 55 al. 1 CO)⁶¹⁶. Ces moyens d'action sont alors

⁶⁰⁹ BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, art. 26 N 9 ; Toutefois contesté, CR CO I-SCHMIDLIN, art. 26 N 9 s.

⁶¹⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 871.

⁶¹¹ *Id.*, N 971 ; ATF 101 II 266, consid. 4c, confirmé in : ATF 109 Ia 5 [10], consid. 4a et 4c.

⁶¹² BK OR-SCHMIDLIN, art. 31 N 143 et 153 ss ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 870 et 972 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 51 ss.

⁶¹³ BUCHER, p. 222 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 53 ; ATF 108 II 421.

⁶¹⁴ Nous ne développons toutefois pas plus l'aspect des dommages consécutifs au défaut touchant d'autres biens dans le patrimoine du consommateur du fait que notre étude se concentre sur les protections octroyées au consommateur face à un cas d'obsolescence programmée, et partant, c'est le bien en tant que tel qui est affecté et non les autres biens du consommateur.

⁶¹⁵ RUSCH, p. 179 ; RUSCH, *Besprechung*, p. 532.

⁶¹⁶ RUSCH, p. 179 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

susceptibles d'être intentés contre le vendeur, mais également contre le fabricant, dans le cas où celui-ci n'est pas lui-même le vendeur, car en effet, outre l'existence d'une garantie fabricant, le consommateur n'a aucun moyen d'agir au niveau contractuel contre les différents maillons de la chaîne de fabrication et de distribution, à l'exception du détaillant qui lui a vendu le produit⁶¹⁷.

Nous analyserons ainsi l'application de la responsabilité délictuelle en cas d'obsolescence programmée (a), en faisant également une analogie avec un cas similaire (b), pour conclure sur l'application en droit suisse de la solution proposée (c).

a. En cas d'obsolescence programmée

RUSCH envisage la possibilité d'agir en responsabilité délictuelle en proposant une solution alternative à la garantie pour les défauts qui ne couvre pas l'obsolescence programmée en soi, mais les « *Weiterfresserschaden* »⁶¹⁸, ce qui permettrait un certain correctif face à cette pratique. En effet, ce sont notamment les cas qui se caractérisent par le fait qu'une partie individuelle fonctionnellement séparable, qui s'insère dans une partie saine de l'objet, paralyse l'ensemble de l'appareil après l'expiration du délai de garantie dans le but de stimuler les ventes⁶¹⁹. L'indemnisation sera alors possible en agissant sur la base de la responsabilité délictuelle (art. 41 CO) ou de la responsabilité de l'employeur (art. 55 al. 1 CO). Ces actions présupposent la preuve d'une faute ou d'un manquement à la diligence⁶²⁰.

Rappelons que même si le développement qui suit s'applique à l'encontre du vendeur de manière alternative à la garantie pour les défauts, il est également possible pour le consommateur d'obtenir une indemnisation de la part du fabricant dans le cas où il ne pourrait pas actionner le vendeur sur la base des protections mentionnées précédemment⁶²¹. Ainsi, la possibilité pour le consommateur d'agir sur la base de la responsabilité délictuelle suppose de remplir les quatre conditions cumulatives prévues par l'art. 41 CO : un acte illicite, une faute de l'auteur, un dommage et un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre l'acte fautif et le dommage⁶²². Nous développerons ainsi ces conditions dans un cas d'obsolescence programmée (i) avec les effets qui en découlent (ii).

(i) Conditions

Premièrement, il faut se demander s'il existe un acte illicite. En l'occurrence, la protection de la propriété en matière délictuelle concerne également l'objet livré lui-même⁶²³. Dans notre hypothèse, l'acquisition

⁶¹⁷ MARCHAND, LRFP, p. 13 s.

⁶¹⁸ RUSCH, p. 179 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.17 avec les réf. citées ; Voir aussi BSK OR I-HONSELL, art. 208 N 5 ; GSELL, p. 1913.

⁶¹⁹ RUSCH, *Besprechung*, p. 533 s. ; RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 270 ; RUSCH, p. 176 et 179.

⁶²⁰ RUSCH, p. 179 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

⁶²¹ Notons que le consommateur pourra toutefois envisager invalider le contrat pour erreur de base, *supra* III/B/2/b.

⁶²² ATF 132 III 122, consid. 4.1.

⁶²³ Démontré notamment par la jurisprudence, son application étant toutefois contestée en Suisse, RUSCH, p. 179 ; RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 270 s.

d'un bien défectueux ne peut toutefois pas constituer une violation des droits de propriété et ne constitue donc pas un acte illicite en tant que telle⁶²⁴. Néanmoins, il est possible que la livraison d'une chose défectueuse puisse constituer un acte illicite si elle contrevient à une règle de comportement destinée à protéger les biens personnels ou patrimoniaux de l'acheteur⁶²⁵. Ainsi, selon RUSCH, la livraison de la chose défectueuse peut donner lieu à une prétention délictuelle par le biais des « *Weiterfresserschaden* ». Autrement dit, « *lorsqu'une partie défectueuse, délimitée de manière fonctionnelle, cause un dommage subséquent à une partie saine de la chose livrée, portant ainsi atteinte à la propriété de l'acquéreur en tant que bien juridique protégé de manière absolue* »⁶²⁶. À noter qu'il serait également possible de considérer qu'une atteinte à l'usage de la chose puisse constituer une violation de propriété si elle est durable⁶²⁷.

Dans ce contexte, l'absence d'égalité de substance (« *Stoffgleichheit* ») est alors déterminante. La chose ne doit pas être difficilement réparable ou sans valeur dans son ensemble *ab initio* : la survenance ultérieure du dommage ne doit pas être de même substance (« *stoffgleich* ») que la moins-value due au défaut (« *Mangelunwert* »)⁶²⁸, c'est-à-dire que le dommage invoqué ne couvre pas la moins-value que l'objet avait déjà au moment de son acquisition en raison de son caractère défectueux⁶²⁹. En effet, le défaut en lui-même ne constitue pas un dommage au sens de l'art. 41 CO⁶³⁰. Il faut donc que le défaut soit clairement définissable et qu'il puisse être réparé moyennant un effort raisonnable de l'acheteur pour que l'on admette une absence d'égalité de substance afin d'être indemnisé pour ce dommage⁶³¹. Certes, même si la partie défectueuse de la chose ne peut être fonctionnellement séparée, il peut exister une violation du droit de propriété. Cependant, la chose étant dévaluée *ab initio*, il n'est pas possible d'obtenir la réparation de ce dommage sur la base de l'art. 41 CO⁶³². En outre, cela correspond à un cas

⁶²⁴ BSK OR I-HONSELL, art. 197-210 N 7 ; RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 270 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.16 ; GAUCH, N 2344 ss ; VENTURI, N 1631 ; RUSCH, *Besprechung*, p. 532 ; Le seul fait de causer un dommage à autrui ne l'est pas non plus, WERRO, N 339 avec les réf. citées.

⁶²⁵ VENTURI, N 1631 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 19 ; ATF 90 II 86, consid. 2.

⁶²⁶ RUSCH, p. 179 (trad.) ; RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 270 s. ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

⁶²⁷ Dans ce sens, RUSCH, *Besprechung*, p. 533 qui mentionne une atteinte au chaland en raison de sa tendance à chavirer ; ég. PICHONNAZ, DC 2016, p. 150 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.16 ss.

⁶²⁸ RUSCH, *Besprechung*, p. 533 : « *L'acheteur ou l'acquéreur d'œuvres lésé est limité au droit de la garantie dans la mesure où la protection du rapport d'équivalence contractuel est concernée, c'est-à-dire l'intérêt à recevoir une contre-prestation fonctionnellement adéquate et valable pour le prix payé. L'intérêt d'intégrité de l'acheteur, en revanche, protégé par le droit de la responsabilité civile, tout comme ses autres intérêts juridiques ne sont pas privés de leur protection par le droit de la responsabilité civile du fait qu'il entre dans des relations contractuelles avec un tiers. Afin de déterminer si l'intérêt du lésé à l'équivalence ou l'intégrité est touché dans un cas particulier, il est nécessaire de déterminer la moins-value due au défaut que le produit avait déjà au moment de l'acquisition de la propriété afin de la comparer au dommage invoqué. Une violation du droit de propriété est exclue si le dommage survenu ultérieurement est « équivalent en substance » à la moins-value due au défaut, à savoir si une élimination du défaut est techniquement impossible ou ne peut être envisagée pour des raisons économiques parce que les coûts à engager pour cela sont hors de proportion avec la valeur de la chose* » (trad.).

⁶²⁹ GSELL, p. 1914 ; RUSCH, *Besprechung*, p. 533.

⁶³⁰ VENTURI, N 1636 ; RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 270 ; En effet, il n'y a aucun dommage matériel en cas de livraison d'un objet défectueux, BSK OR I-HONSELL, art. 197-210 N 7.

⁶³¹ RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 270 s. : En se basant sur la jurisprudence allemande, il est également possible d'invoquer la LRFP afin d'obtenir la réparation du dommage causé par le produit partiel (art. 2 al. 1 let. a LRFP) au produit final s'il est possible de délimiter clairement la partie défectueuse, soit de considérer la livraison de deux choses différentes ; GAUCH, N 2345.

⁶³² RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 271.

d'obsolescence programmée, lorsque le fabricant utilise un composant ou une pièce censé rendre le reste inutilisable après un certain temps⁶³³. Il est alors fautif, car il l'a fait intentionnellement, une légère négligence, beaucoup plus facile à prouver, étant néanmoins suffisante pour le recours à l'art. 41 al. 1 CO. Dans le cas de l'art. 55 al. 1 CO, il faut faire preuve d'un manquement à la diligence, ce qui suppose une organisation adéquate de l'entreprise.

Par ailleurs, il est également possible d'admettre un acte illicite en cas de violation des devoirs d'avertissement et d'instruction si l'on sait ou doit savoir que l'objet pourrait être endommagé en raison d'un défaut⁶³⁴. Toutefois, l'absence d'avertissement n'est en causalité adéquate avec le dommage de la chose elle-même que s'il peut être empêché, soit que le défaut peut être réparé⁶³⁵, ce qui n'est pas toujours le cas lors d'obsolescence programmée⁶³⁶. La séparabilité fonctionnelle de la partie saine et de la partie malade est alors toujours nécessaire dans les faits⁶³⁷. Malgré cela, l'acheteur n'aurait pas à prouver l'intention du vendeur ou du fabricant, la faute étant suffisante du fait qu'il aurait dû connaître le défaut. Il suffit également, dans un cas de responsabilité de l'employeur, que le fabricant ne puisse pas réfuter la faute organisationnelle⁶³⁸.

(ii) Effets

L'avantage d'agir sur la base de la responsabilité délictuelle, comme l'affirme RUSCH, se trouve être le délai de prescription de l'action délictuelle⁶³⁹, ainsi que la possibilité d'agir directement contre le fabricant, ce qui permettrait d'atténuer le problème lorsque le vendeur n'a pas connaissance de cette pratique ou n'avait pas à le savoir⁶⁴⁰. En outre, nous bénéficions du délai de prescription relatif de trois ans⁶⁴¹ courant à partir de la connaissance du dommage et de l'auteur de l'acte illicite, ainsi que du délai absolu de dix ans commençant à courir à compter de l'acte dommageable, et non déjà à la livraison du bien (art. 210 al. 1 CO), qui consiste dans ce cas à la mise sur le marché ou à l'absence d'avertissement (art. 60 al. 1 CO)⁶⁴². Cela devrait être suffisant pour pouvoir encore affirmer de nombreux cas d'obsolescence programmée, ces derniers ne se produisant généralement qu'après l'expiration du délai de garantie. Certes, il est possible d'obtenir l'application d'un délai de dix ans lors d'un dol (art. 210 al.

⁶³³ RUSCH, p. 179.

⁶³⁴ RUSCH, p. 179 avec les réf. citées.

⁶³⁵ GSELL, p. 1915 : « *Ce n'est pas parce qu'il y a une égalité de substance qu'il faut refuser la violation du droit de propriété, mais parce que l'avertissement ou l'instruction n'aurait pas permis à l'acheteur d'arrêter la détérioration de la substance, contrairement à ce qui s'est passé dans le litige concernant les pneus de voiture usagés* » (trad.).

⁶³⁶ RUSCH, p. 179 s.

⁶³⁷ RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 271.

⁶³⁸ RUSCH, p. 180.

⁶³⁹ RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 269 ; RUSCH, p. 180 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

⁶⁴⁰ RUSCH, p. 180 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

⁶⁴¹ Fait référence à l'ancien délai d'un an, mais avec le même raisonnement, RUSCH, p. 180 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

⁶⁴² RUSCH, p. 180 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

6 CO)⁶⁴³, celle-ci nécessitant toutefois la preuve de l'intention, qui reste extrêmement difficile à apporter⁶⁴⁴. Il convient également de mentionner que, selon un arrêt du Tribunal fédéral, l'obligation de vérification et d'avis des défauts (art. 201 CO) s'étend à l'action en responsabilité délictuelle alternative à la garantie pour les défauts⁶⁴⁵, de même que l'exonération de responsabilité selon l'art. 199 CO⁶⁴⁶.

b. Analogie avec un cas similaire : arrêt allemand BGH VIII ZR 386/02

Ce même auteur prend ensuite l'exemple d'un arrêt rendu en Allemagne concernant l'achat d'une Ferrari d'occasion avec des pneus inutilisés, mais surannés, afin de faire une analogie avec un cas d'obsolescence programmée⁶⁴⁷. Un des pneus trop vieux a éclaté alors que la voiture était en plein mouvement, ce qui a entraîné la destruction de celle-ci. Le délai de garantie contractuelle de six mois avait déjà expiré, mais la juridiction inférieure a confirmé une intention frauduleuse, ce qui a porté le délai contractuel à trente ans. Le Tribunal (« *Bundesgerichtshof* ») a ensuite nié l'intention frauduleuse, mais a accordé la demande d'indemnisation pour la Ferrari détruite sur la base de la responsabilité délictuelle selon l'art. 823 al. 1 BGB. Le vendeur, un garagiste, aurait dû remarquer que la bande de roulement du pneu ne correspondait plus à celle des modèles actuellement fabriqués. Cela aurait dû l'inciter à effectuer une inspection plus détaillée, au cours de laquelle il aurait constaté que les pneus étaient obsolètes. Cette constatation l'aurait à son tour conduit, soit à remplacer lui-même les pneus, soit à adresser un avertissement à l'acheteur, ce qui aurait permis d'éviter l'accident. Par conséquent, si nous appliquons ces réflexions à l'obsolescence programmée, nous arrivons au résultat suivant : l'acheteur n'accuse pas le vendeur d'avoir monté des pneus spécialement inadaptés sur la Ferrari afin de la détruire prématurément dans le but d'augmenter les ventes, cela étant difficile à prouver. Au lieu de cela, l'accusation consiste dans le fait que le garagiste aurait dû se rendre compte que ces pneus pouvaient détruire la Ferrari. Tout aussi coupable, il a ensuite omis de mettre en garde contre les dangers des pneus⁶⁴⁸.

⁶⁴³ GEISSBÜHLER, p. 140 ; HUGUENIN, N 2636 ; MÜLLER, *Contrats*, N 336 et 344 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 749 ; Arrêt du TF 4A_223/2015 du 17.08.2015, consid. 3.2 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835 ; Même raisonnement en application de l'art. 210 al. 3 aCO : RUSCH, p. 177 et 180 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 210 N 16 ; ATF 107 II 231, consid. 3a.

⁶⁴⁴ RUSCH, *Besprechung*, p. 532 ; RUSCH, p. 180 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

⁶⁴⁵ ATF 67 II 132 [137], consid. 1 ; 67 II 132 [132] : « *sauf s'il y a des défauts cachés (art. 201) ou une garantie spéciale (art. 210) ou une erreur provoquée intentionnellement par le vendeur (art. 210)* » ; Question laissée ouverte in : ATF 90 II 86, consid. 2 ; BSK OR I-HONSELL, art. 197-210 N 7 critique l'application des incombances prévues pour l'action en garantie.

⁶⁴⁶ ATF 107 II 161 [168], consid. 8a ; Critiqué toutefois par la doctrine dominante, VENTURI, N 1635.

⁶⁴⁷ RUSCH, p. 180 ; BGH, Urteil vom 11.02.2004 – VIII ZR 386/02 in : NJW 2004, p. 1032 ss ; Pour un approfondissement, cf. GSELL, p. 1913 ss.

⁶⁴⁸ RUSCH, p. 180.

c. En droit suisse

Cette possibilité reste toutefois controversée en Suisse⁶⁴⁹ et n'est pas appliquée par le Tribunal fédéral⁶⁵⁰. D'ailleurs, les « *Weiterfresserschaden* » ne couvrant que les biens sains, RUSCH considère que les biens touchés par l'obsolescence programmée, soit les composants ou pièces défectueux, sont considérés comme malades⁶⁵¹, et partant, ne valent précisément rien *ab initio*, n'entraînant ainsi aucune indemnisation sur la base de la responsabilité délictuelle⁶⁵². De plus, nous relevons que GEISSBÜHLER n'envisage même pas la possibilité d'agir directement en responsabilité délictuelle à l'encontre du fabricant dans le cas où ce dernier n'est pas le vendeur⁶⁵³.

Par ailleurs, il serait envisageable d'agir sur la base de la LRFP, celle-ci nous permettant d'agir directement à l'encontre du producteur, respectivement du fabricant (art. 1 LRFP). La LRFP ne couvre cependant pas à proprement parler les cas d'obsolescence programmée, car cette loi se limite à la réparation des dommages corporels et matériels (art. 1 al. 1 let. a et b LRFP) en excluant spécifiquement le dommage causé à la chose elle-même (art. 1 al. 2 LRFP)⁶⁵⁴. Partant, le dommage causé à la chose elle-même ou celui causé à l'acquéreur correspondant à la moins-value de la chose due au défaut, n'est pas un dommage réparable au sens de la LRFP⁶⁵⁵.

Nous remarquons donc que la possibilité d'agir directement en responsabilité délictuelle contre le fabricant n'est que peu envisageable pour le consommateur. Par conséquent, le but recherché étant celui de pouvoir agir directement à l'encontre du fabricant, nous développerons cette possibilité sous l'angle des pratiques commerciales déloyales et plus particulièrement de l'action en réparation prévue à cet effet (*infra* III/C/6/b).

4. Cas spécifique d'un appareil et d'un logiciel

De nos jours, les objets sont de plus en plus connectés, ce qui nous amène à nous pencher sur les cas d'obsolescence programmée touchant les objets fonctionnant ou n'étant utiles que grâce à un logiciel, respectivement un système d'exploitation, accompagné d'autres programmes ou applications exploitant ses capacités, tels que les ordinateurs, tablettes, montres connectées, etc.⁶⁵⁶. Il s'agit alors de déterminer

⁶⁴⁹ *Id.*, p. 179 ; Pour plus d'informations à ce sujet, cf. RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 270 s. ; D'ailleurs, selon SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 50.17, les dommages à l'objet lui-même doivent être indemnisés exclusivement conformément à la garantie pour les défauts du contrat de vente. Cela s'applique même si le défaut n'affecte initialement qu'une petite partie délimitable de l'objet et que, par la suite, l'objet entier est détruit à cause du défaut.

⁶⁵⁰ RUSCH, *Besprechung*, p. 533 s. ; Arrêt du TF 4A_261/2015 du 30 octobre 2015.

⁶⁵¹ P. ex. un point de rupture prédéterminé d'un composant ou une horloge de vie interne (« *Lebensuhr* »).

⁶⁵² RUSCH, p. 179 s. ; RUSCH, *Weiterfresserschaden*, p. 271.

⁶⁵³ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10 *in fine*.

⁶⁵⁴ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 22 ; HUGUENIN, N 2103 ss ; MARCHAND, p. 107 s. ; WERRO, N 578 ss ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10 s.

⁶⁵⁵ MARCHAND, p. 108.

⁶⁵⁶ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 8 ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 25 ; Au niveau européen, la Directive 2019/770 met en place le régime juridique des contenus et services numériques.

les actions envisageables pour un consommateur ayant acheté ce type d'objet touché par ce phénomène (a), puis de distinguer l'appareil du logiciel (b) ainsi que le vendeur du donneur de licence (c).

Nous précisons néanmoins qu'il n'existe aucune d'obligation de mettre à disposition une mise à jour pour tous les appareils, à l'inverse de la solution européenne qui garantit, non pas uniquement contre les défauts, mais garantit une conformité de l'objet⁶⁵⁷.

a. Actions envisageables

Les actions envisagées plus haut sont applicables dans ce contexte⁶⁵⁸. Comme nous l'avons vu, l'obsolescence programmée peut être considérée comme un défaut, du fait de l'absence d'une qualité à laquelle l'acheteur peut légitimement s'attendre (*supra* III/B/1/a/i). En outre, dans notre contexte, l'acheteur peut de bonne foi s'attendre à ce que le vendeur ne diminue pas la durée de vie de son bien à l'aide d'un logiciel. Ainsi, dans le cas particulier d'une mise à jour qui empêcherait l'objet de fonctionner, nous considérons que ce fait se heurte au transfert de la pleine propriété du bien à l'acheteur, le vendeur n'ayant alors plus le droit d'affecter la chose d'une quelconque manière⁶⁵⁹. Le défaut se veut également sciemment caché et connu, l'acheteur peut ainsi bénéficier du régime aggravé (*supra* III/B/1/a/iv), permettant à ce dernier d'agir dans un délai de dix ans (art. 210 al. 6 CO)⁶⁶⁰, quelles que soient les exclusions de garanties prévues (art. 199 CO)⁶⁶¹, et sans la nécessité de faire un avis des défauts immédiat (art. 203 CO)⁶⁶². Par conséquent, l'acheteur bénéficiera de la possibilité d'intenter les actions minutoire ou rédhibitoire et/ou de demander des dommages-intérêts, suivant les principes habituels des actions édiliciennes⁶⁶³.

D'autres actions telles que celles basées sur les vices du consentement, notamment celles fondées sur le dol ou l'erreur sont également envisageables. Elles permettent ainsi d'invalider le contrat et de demander des dommages-intérêts sur la base de l'art. 41 CO ou en application des règles sur la *culpa in contrahendo*⁶⁶⁴. La ratification du contrat, comme nous l'avons vu (*supra* III/B/2/e/ii), n'empêche pas cette prétention de naître, le dommage correspondant ainsi à la différence patrimoniale entre la situation effective de la victime et sa situation si le contrat n'avait pas été vicié. Dans notre contexte, il existe une controverse, non tranchée par le Tribunal fédéral⁶⁶⁵, au sujet du dommage lorsque celui-ci consiste en

⁶⁵⁷ Art. 7 para. 3 ss Directive 2019/771 ; Au sujet de la garantie de conformité, cf. *supra* II/A/4/a/ii.

⁶⁵⁸ Dans ce sens, selon RUSCH, p. 179 ss, l'action en responsabilité délictuelle (*supra* III/B/3) devrait également pouvoir être intentée, surtout à l'encontre du fabricant ; cf. cep. GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10, qui n'évoque pas cette possibilité.

⁶⁵⁹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 6.

⁶⁶⁰ GEISSBÜHLER, p. 140 ; HUGUENIN, N 2636 ; MÜLLER, *Contrats*, N 336 et 344 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 749 ; Arrêt du TF 4A_223/2015 du 17.08.2015, consid. 3.2 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835 ; Même raisonnement en application de l'art. 210 al. 3 aCO : RUSCH, p. 177 et 180 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 210 N 16 ; ATF 107 II 231, consid. 3a.

⁶⁶¹ GEISSBÜHLER, p. 140 ; HUGUENIN, N 2638 ; MÜLLER, *Contrats*, N 392 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 826 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 199 N 1.

⁶⁶² GEISSBÜHLER, p. 140 ; HUGUENIN, N 2620 ; MÜLLER, *Contrats*, N 336 ; TERCIER/BIERI/CARRON, N 716 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, art. 203 N 1 ; ATF 131 III 145, consid. 8.

⁶⁶³ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 6 s. ; À ce sujet, cf. *supra* III/B/1.

⁶⁶⁴ À ce sujet, cf. *supra* III/B/2

⁶⁶⁵ Dans un sens où l'atteinte à la fonction semble toutefois comprise, cf. ATF 118 II 176, consid. 4c.

une atteinte à la fonction de l'objet et non à sa substance, comme établi précédemment (*supra* III/A/3). Ce dommage doit néanmoins être considéré comme réparable selon certains auteurs⁶⁶⁶. En effet, en l'espèce, les objets disposant d'un logiciel ne sont utiles que dans la mesure où ce dernier leur permet de fonctionner. Partant, sans cela, la valeur du bien se voit réduite à celle d'un simple bout de plastique, de métal ou de verre, sans commune mesure avec ses possibilités constituant ainsi une nette diminution du patrimoine⁶⁶⁷.

Notons, comme il a déjà été évoqué, qu'aucune indemnité ne devrait être due par le consommateur ayant utilisé la chose entre la conclusion du contrat et sa remise en cause, que ce soit en cas de résolution ou d'invalidation (art. 938 al. 1 CC)⁶⁶⁸.

b. Appareil et logiciel

Ces objets ne se limitant pas à leur composante matérielle, il s'agit de s'intéresser au logiciel permettant leur fonctionnement et par conséquent leur utilisation appropriée. Alors que certaines entreprises sont à la fois responsables de la fabrication de l'objet et du logiciel, d'autres font appel à un concepteur de système d'exploitation afin de faire fonctionner l'objet fabriqué⁶⁶⁹. Dans ce cas, ces deux éléments sont dissociés, même si une entente entre ces deux parties ne paraît pas exclue, elle n'est que peu réalisable⁶⁷⁰.

Généralement, nous ne considérons pas les logiciels permettant de faire fonctionner les objets affectés comme « vendus », mais faisant plutôt l'objet d'un contrat de licence passé avec l'utilisateur final. Il est vrai que les rapports entre le matériel (« *hardware* ») et le logiciel (« *software* ») n'ont que peu été développés en droit suisse des obligations, même si le Tribunal fédéral s'est déjà penché sur la question dans un arrêt⁶⁷¹. Il rappelle de manière générale qu'un contrat portant sur du matériel informatique, ainsi que sur un logiciel, constitue un contrat innommé *sui generis*, le régime juridique applicable devant dès lors être déterminé d'après les circonstances du cas d'espèce⁶⁷². Il affirme également que les normes de la vente s'appliquent lorsque le rapport entre les parties ressemble à celui qui existe entre un vendeur et un acheteur, c'est-à-dire lorsqu'il se rapproche plus d'un rapport unique d'échange, respectivement d'un paiement unique, que d'un rapport d'obligation durable⁶⁷³. En outre, nous pouvons transposer ce raisonnement en cas de vente d'un objet électronique et de son logiciel par l'inclusion d'un élément de licence dans le contrat. En effet, lorsque la propriété du logiciel atteint le fonctionnement de l'objet, ceci correspond à de l'obsolescence programmée, la diminution de la durée de vie entraînant une réduction

⁶⁶⁶ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 7 ; FELLMANN/KOTTMAN, N 81 et 251 ; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 14.06 ; WERRO, N 94 ss.

⁶⁶⁷ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 7.

⁶⁶⁸ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 8 ; GEISSBÜHLER, p. 143.

⁶⁶⁹ P. ex. Un smartphone de marque Samsung fonctionne avec un système d'exploitation Android, à l'inverse d'un smartphone de la marque Apple (Iphone).

⁶⁷⁰ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 8.

⁶⁷¹ *Ibid.* ; ATF 124 III 456.

⁶⁷² ATF 124 III 456, consid. 4b/bb.

⁶⁷³ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 8 s. ; ATF 124 III 456, consid. 4b/bb.

de la valeur du bien. Nous pouvons alors appliquer nos développements portant sur les actions édiliciennes (*supra* III/B/1), l'invalidation pour vice du consentement (*supra* III/B/2), et également considérer à la non-application des exclusions de garantie habituellement prévues dans les contrats de licence à destination des utilisateurs individuels (art. 199 CO)⁶⁷⁴. La possibilité de reconnaître un droit à la réparation peut également être admise selon le Tribunal fédéral⁶⁷⁵, celle-ci ne nous paraît néanmoins pas envisageable dans notre situation du fait que la relation contractuelle, faisant l'objet de cet arrêt, est bien plus proche d'un contrat d'entreprise que d'un contrat de consommation de masse correspondant à ceux contractés lors de l'achat d'un objet technologique « grand public »⁶⁷⁶.

Dans l'hypothèse où les contrats sont formellement séparés, notamment en deux documents, il est également possible d'appliquer le raisonnement poursuivi jusqu'à présent, les règles étant les mêmes pour un contrat innomé unique que pour un complexe de contrat⁶⁷⁷. Le vendeur et le donneur de licence doivent toutefois être la même personne, faute de quoi un problème de relativité des contrats survient, autrement dit, qu'il existe deux relations contractuelles distinctes⁶⁷⁸.

c. Vendeur et donneur de licence

Lorsque nous avons à faire à deux personnes distinctes, soit un vendeur et un donneur de licence, ces deux cocontractants sont indépendants et fournissent des prestations séparées, qui peuvent même être exécutées à des moments différents. Par conséquent, il est toujours possible d'intenter les actions édiliciennes (cf. *supra* III/B/1) contre le vendeur, avec néanmoins une portée limitée du fait que le régime aggravé (*supra* III/B/1/a/iv) ne peut plus s'appliquer, car l'acheteur ne peut plus invoquer la tromperie du vendeur⁶⁷⁹. Même si cela constitue le fait d'un tiers, le dol peut toutefois être invoqué dès lors que l'autre partie avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la tromperie lors de la conclusion du contrat (art. 28 al. 2 CO ; *supra* III/B/2/a/ii)⁶⁸⁰. La présomption générale de bonne foi (art. 3 al. 1 CC) ne nous permet cependant pas de partir du principe que le vendeur, le fabricant et le donneur de licence sont de même, et même si cela s'avérait, il serait difficile d'en établir la preuve. Nous pourrions tout au plus considérer que le vendeur aurait dû s'en rendre compte dans l'éventualité où plusieurs acheteurs se seraient plaints du même problème. Ces plaintes ne se produiraient néanmoins que quelques mois ou années plus tard, ce qui exclurait de se prévaloir d'une tromperie pour les contrats conclus dans l'intervalle⁶⁸¹.

⁶⁷⁴ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 8.

⁶⁷⁵ En fonction des circonstances, ATF 124 III 456, consid. 4b/bb.

⁶⁷⁶ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 8 s.

⁶⁷⁷ *Id.*, p. 9 avec la réf. citée ; ATF 107 II 144 [149], consid. 3 ; Dans un contexte mêlant « *software* » et « *hardware* », cf. ATF 141 III 106, consid. 16.2.1.

⁶⁷⁸ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 9.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ HUGUENIN, N 546 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 28 N 31.

⁶⁸¹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 9.

Par ailleurs, il reste la possibilité pour le consommateur d'invalider le contrat de vente pour erreur de base⁶⁸², à condition que celle-ci soit essentielle. D'après les conditions requises et établies précédemment, nous pouvons conclure que celles-ci sont remplies. En effet, lorsqu'un utilisateur final se procure un objet, il s'attendra à ce qu'il fonctionne un certain temps, et partant, l'obsolescence programmée est de nature à faire renoncer tout acheteur raisonnable à se procurer un tel objet électronique touché par cette pratique⁶⁸³. Il peut arriver que le consommateur achète un objet sans garantie, ce qui entraîne l'impossibilité de se prévaloir d'une erreur essentielle par la suite⁶⁸⁴, sauf si le défaut de la chose vendue est totalement étranger aux attentes raisonnables que l'acheteur doit prendre en compte⁶⁸⁵. Cet allègement doit être retenu lorsqu'un consommateur se retrouve face à un cas d'obsolescence programmée, même si cette pratique est de plus en plus connue, car il serait inadéquat de considérer qu'un consommateur de bonne foi doit s'y attendre au moment de conclure le contrat⁶⁸⁶. Cette invalidation pour erreur permettra ainsi au consommateur de récupérer l'argent investi, sans toutefois obtenir des dommages-intérêts, au contraire du dol⁶⁸⁷.

En ce qui concerne le donneur de licence, celui-ci devrait être le responsable principal en matière de dommages-intérêts, car le fait que le logiciel qu'il fournit empêche par exemple l'utilisation du smartphone ou de l'imprimante par le biais des cartouches d'encre, constitue l'origine du problème. Le consommateur pourrait ainsi agir en invalidation du contrat de licence pour dol, tout en ayant la possibilité d'agir en dommages-intérêts, le dol étant considéré comme un acte illicite. Précisons qu'une licence sera généralement gratuite, c'est pourquoi la remettre en cause n'apporterait rien, d'autant que la ratification du contrat n'exclut pas une demande d'indemnisation⁶⁸⁸. Faute de pouvoir demander l'invalidation pour dol, il reste la possibilité d'invoquer une violation contractuelle, à tout le moins une obligation accessoire, l'utilisateur final pouvant s'attendre de bonne foi à ce que le logiciel qu'il accepte d'installer pour utiliser son objet ne le bloquera pas⁶⁸⁹. À noter toutefois que les conditions générales d'utilisation des logiciels comportent généralement des clauses d'exclusion et de limitation de garantie très restrictives⁶⁹⁰. Néanmoins, le caractère intentionnel de l'obsolescence programmée exclurait toute garantie, permettant alors au consommateur d'agir sans limitation contre le donneur de licence⁶⁹¹.

⁶⁸² À ce sujet, cf. *supra* III/B/2/b.

⁶⁸³ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 9.

⁶⁸⁴ Arrêt du TF 4A_551/2010 du 02.12.2010, consid. 2.6 ; MARCHAND, p. 202.

⁶⁸⁵ ATF 126 III 59, consid. 4a ; 107 II 161 consid. 6d ; 72 II 267 [269] consid. 3 ; MARCHAND, p. 202 ; BK OR-GIGER, art. 199 N 10.

⁶⁸⁶ EBER, N 171 ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10 : « *Ce serait à la fois une généralisation abusive et un renoncement face à ce phénomène* ».

⁶⁸⁷ HUGUENIN, N 450 ; CR CO I-SCHMIDLIN, art. 31 N 11 ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10.

⁶⁸⁸ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10 ; À ce sujet, cf. *supra* III/B/2/e/ii.

⁶⁸⁹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10.

⁶⁹⁰ Pour un exemple de contrat de licence de logiciel, cf. « iOS AND iPadOS SOFTWARE LICENSE AGREEMENT », <https://www.apple.com/legal/sla/docs/iOS14_iPadOS14.pdf> [consulté le 27.08.2021], dont les art. 7 et 8 cherchent à restreindre toute forme de garantie ou de responsabilité.

⁶⁹¹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10 : « *Il est à notre sens possible de les contourner soit par les règles générales en matière de faute intentionnelle, soit par les règles de la vente appliquées par analogie – une licence de ce type ne pouvant se concevoir* ».

Dans l'éventualité où le vendeur, ou le donneur de licence, n'est pas le producteur de l'objet, il n'existe pas de relation contractuelle avec l'utilisateur final, ne permettant par conséquent pas l'application des moyens évoqués précédemment⁶⁹². Notons que la LRFP permettrait d'agir directement contre le producteur (art. 1 LRFP). Elle se limite cependant à la réparation du dommage corporel et matériel en excluant spécifiquement tout dommage causé à la chose elle-même (art. 1 al. 2 LRFP)⁶⁹³.

5. For et droit applicable (aperçu)

Au niveau contractuel, lorsque les parties ont leur domicile, respectivement leur siège, dans des États différents, il faudra se poser la question du droit international privé. Les parties au contrat auront toutefois la possibilité d'élire le for (art. 5 LDIP et art. 23 CL)⁶⁹⁴ ainsi que le droit applicable (art. 116 LDIP)⁶⁹⁵, la liberté contractuelle primant en général⁶⁹⁶. En ce qui concerne le cas spécifique du contrat de licence, l'application du droit de l'État du donneur de licence sera généralement prévue dans les conditions générales⁶⁹⁷. Et même en l'absence de celles-ci, le droit suisse ne serait pas applicable, le contrat étant rattaché à un ordre juridique par la prestation caractéristique. En effet, le for général est au domicile du défendeur⁶⁹⁸ et le droit applicable défini par la prestation caractéristique du contrat⁶⁹⁹ (art. 117 al. 3 let. b LDIP), ce qui nous emmènera loin du droit suisse⁷⁰⁰.

Néanmoins, dans notre hypothèse, soit celle d'un consommateur confronté à un cas d'obsolescence programmée, nous avons la possibilité de conserver un for en Suisse, ainsi que l'application du droit suisse (art. 114 LDIP et art. 120 LDIP, art. 15 CL)⁷⁰¹. Certaines conditions propres à la qualité de consommateur doivent cependant être remplies (cf. *supra* II/B)⁷⁰². Le critère de l'activité dirigée⁷⁰³, permettant d'agir à l'encontre de son cocontractant professionnel devant les tribunaux de l'État du consommateur, devrait être admis du fait que les entreprises choisissent les pays dans lesquels elles distribueront leurs produits⁷⁰⁴. Dans l'éventualité où les deux parties au contrat se trouvent en Suisse, le

que par rapport à un objet, nous pourrions envisager une telle application, même s'il est vrai que l'on s'écarte beaucoup de la situation classique d'une vente ».

⁶⁹² *Ibid.* ; Sous réserve toutefois d'une éventuelle possibilité d'agir en responsabilité délictuelle selon RUSCH (*supra* III/B/3), qui nous le rappelons reste néanmoins controversée et non-appliquée par le Tribunal fédéral.

⁶⁹³ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Intro. aux art. 197-210 N 22 ; HUGUENIN, N 2103 ss ; MARCHAND, p. 107 s. ; WERRO, N 578 ss ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 10 s.

⁶⁹⁴ BUCHER/BONOMI, N 98 ss.

⁶⁹⁵ *Id.*, N 1020 ss.

⁶⁹⁶ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 11.

⁶⁹⁷ MARCHAND, p. 300 ; À titre d'exemple, cf. art. 12 « iOS AND iPadOS SOFTWARE LICENSE AGREEMENT », <https://www.apple.com/legal/sla/docs/iOS14_iPadOS14.pdf> [consulté le 27.08.2021].

⁶⁹⁸ Au domicile du donneur de licence dans notre cas, GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 11.

⁶⁹⁹ La prestation caractéristique du contrat de licence étant celle du donneur de licence dans notre cas, GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 11.

⁷⁰⁰ BUCHER/BONOMI, N 1055 ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 11.

⁷⁰¹ BUCHER/BONOMI, N 988 ss ; MARCHAND, p. 300 ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 11.

⁷⁰² MARCHAND, p. 300 ; En ce qui concerne la compétence en raison de la matière, cf. HUG, RJN 2018, p. 23 ss ; CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 40 ss.

⁷⁰³ Sous l'angle de la LDIP ou de la CL, MARCHAND, p. 304 et 308 ss.

⁷⁰⁴ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 11 ; Sur la notion d'activité dirigée, cf. MARCHAND, p. 308 s. ; GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 11.

consommateur bénéficiera d'exceptions similaires (art. 32 CPC)⁷⁰⁵, autrement dit il pourra agir, soit au for de son domicile, soit au for du domicile ou du siège du fournisseur contractant⁷⁰⁶. L'attraction de for en cas d'actions conjointes, fondées sur des prétentions présentant un lien de connexité et à l'encontre d'un même fournisseur (cumul objectif ; art. 90 CPC), permet aux consommateurs d'agir au même for (art. 15 al. 2 CPC)⁷⁰⁷.

Partant, tout ceci pourra autant nous pousser à agir à l'étranger qu'en Suisse suivant les circonstances. Et même en bénéficiant de fors spéciaux permettant d'agir en Suisse, il restera nécessaire de faire exécuter le jugement à l'étranger⁷⁰⁸. En outre, une action intentée ou une créance recouvrée à l'étranger supposera les conseils d'acteurs locaux, ne serait-ce que pour des questions de langue, ce qui par conséquent fera douter de la rationalité économique de ces procédures⁷⁰⁹ poussant ainsi à l'apathie rationnelle⁷¹⁰.

C. Sous l'angle des pratiques commerciales déloyales

À côté des protections octroyées au niveau contractuel (*supra* III/B), nous envisageons la possibilité d'agir au niveau des pratiques commerciales déloyales⁷¹¹, ce qui permettrait par conséquent d'introduire également action à l'encontre du fabricant⁷¹². Ainsi, sous l'aspect des pratiques commerciales déloyales, le droit suisse s'inspire largement du droit européen et tient compte de la jurisprudence de la CJUE dans l'interprétation du droit suisse de la LCD, c'est pourquoi nous énoncerons brièvement les relations du droit suisse avec le droit européen⁷¹³. Nous nous baserons ainsi sur la décision rendue en Italie à l'encontre d'Apple pour pratique commerciale déloyale⁷¹⁴, dénonçant des faits correspondant à de l'obsolescence programmée en droit français⁷¹⁵. Apple a néanmoins été condamnée pour pratique commerciale trompeuse par omission en France, l'affaire se soldant par une transaction pénale, et non pas pour obsolescence programmée⁷¹⁶. En outre, selon certains, et même selon la Commission européenne, l'obsolescence programmée peut être réprimée sur la base d'une telle pratique commerciale à certaines conditions, même si elle n'est pas considérée comme une pratique commerciale déloyale en

⁷⁰⁵ Sur les critères d'application de l'art. 32 CPC, cf. HUG, RJN 2018, p. 30 s.

⁷⁰⁶ MARCHAND, p. 299 s.

⁷⁰⁷ CR CPC-HALDY, art. 15 N 9 ; ATF 137 III 311, consid. 4.2 ; Les consommateurs sont toutefois tenus d'agir au domicile ou au siège du fournisseur, BOHNET, N 76.

⁷⁰⁸ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 12.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ Exercice collectif des droits en Suisse, p. 13 ; FRC, Actions collectives ; HURNI, p. 442 s.

⁷¹¹ Dans ce sens, LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.53 ; MARTIN.

⁷¹² Dans ce sens, BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 149.

⁷¹³ ATF 129 III 335 [350], consid. 6 ; 130 III 182 [190], consid. 5.5.1 ; 132 III 32 [37], consid. 4.1 et 4.2.2.1 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 4 ; BSK UWG-HILTY, art. 2 N 22 ; Cette jurisprudence doit néanmoins être adaptée au fait que la LCD vise le fonctionnement du marché et non pas uniquement la protection du consommateur et s'applique donc également entre professionnels, au contraire de la Directive 2005/29/CE, CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 148 s.

⁷¹⁴ Décision rendue par l'Autorité garante de la concurrence et du marché, Décision PS11039, p. 176 ss.

⁷¹⁵ Propos d'Émile MEUNIER, in : Sommet de la durabilité programmée.

⁷¹⁶ Cf. Ralentissement du fonctionnement de certains iPhone.

elle-même⁷¹⁷. En Suisse, un jugement a été rendu par la Chambre pénale de recours de la Cour de justice de la République et canton de Genève, qui rejeta le recours⁷¹⁸. Un recours a par la suite été intenté au Tribunal fédéral, qui le déclara irrecevable, la qualité pour recourir de l'association ayant été déniée⁷¹⁹.

Nous pouvons ainsi concevoir l'application de la LCD afin de lutter contre l'obsolescence programmée⁷²⁰, cette pratique n'étant pas réprimée en tant que telle en droit suisse, lorsque dans un cas d'espèce les considérations suivantes sont remplies, tel est notamment le cas dans la décision italienne rendue à l'encontre d'Apple. Selon nous, le développement qui suit devrait également pouvoir s'appliquer à d'autres cas d'obsolescence programmée flagrants. Néanmoins, nous précisons que les considérations qui suivent resteront rares et difficiles d'application en droit suisse.

Par conséquent, nous commencerons par déterminer la notion et les délimitations des pratiques commerciales déloyales avec le droit européen (1), pour ensuite traiter des conditions générales à l'application de la LCD (éléments constitutifs de l'art. 2 LCD ; 2). Puis, il s'agira d'analyser la potentielle constitution d'une pratique commerciale agressive (3) et trompeuse (4) lors d'obsolescence programmée, en particulier par analogie avec la décision italienne rendue. Nous aborderons ensuite la qualité pour agir des acteurs potentiels (5) pour terminer sur les sanctions civiles (6) et pénales (7), sans oublier un aperçu de la question du for et du droit applicable (8).

1. Notion et délimitations en lien avec le droit européen

La Directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales⁷²¹ considère une pratique commerciale comme déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle⁷²² et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs⁷²³. Par conséquent, une pratique est déloyale lorsqu'elle est de nature à amener le consommateur « à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »⁷²⁴. Cette appréciation doit néanmoins

⁷¹⁷ Document de travail, p. 94 ; Rapport n° 4196, p. 36 ; ég. dans ce sens, LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.53 ; MARTIN.

⁷¹⁸ Arrêt genevois, consid. 4.

⁷¹⁹ Arrêt du TF 6B_437/2019 du 08.08.2019, consid. 2.

⁷²⁰ Document de travail, p. 94 ; Rapport n° 4196, p. 36 ; ég. dans ce sens, LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.53.

⁷²¹ La Directive 2005/29/CE introduit une interdiction générale des pratiques commerciales abusives (art. 5 para. 1) entre entreprises et consommateurs (B2C ; art. 3 para. 1) qui portent atteinte aux intérêts des consommateurs (art. 1), mais ne visant pas directement la protection entre concurrents (Arrêt CJUE, *RLvS Verlagsgesellschaft mbH*, C-391/12, EU:C:2013:669, pt 35 et 42 ss).

⁷²² Art. 5 para. 2 let. a Directive 2005/29/CE ; Définition à l'art. 2 let. h Directive 2005/29/CE : « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité ».

⁷²³ Art. 5 para. 2 Directive 2005/29/CE ; Arrêt CJCE, C-340/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, pt 43 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 128.

⁷²⁴ Arrêt CJUE, *Trento Sviluppo et Centrale Adriatica*, C-281/12, EU:C:2013:859, pt 29 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 134 avec d'autres réf. à la jurisprudence européenne citées.

s'effectuer au cas par cas à la lumière des critères mentionnés aux art. 5 à 9 Directive 2005/29/CE⁷²⁵, dans le cas où la pratique ne figure pas dans la liste exhaustive de l'annexe I de cette même Directive⁷²⁶. Les pratiques commerciales déloyales incluent en particulier les pratiques commerciales trompeuses (art. 6-7 Directive 2005/29/CE) et les pratiques commerciales agressives (art. 8-9 Directive 2005/29/CE)⁷²⁷. Il faut premièrement être en présence d'une pratique commerciale pour que la Directive s'applique, celle-ci se définissant comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel et qui est en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »⁷²⁸.

Ces considérations ont été concrétisées dans les décisions italiennes à l'encontre d'Apple et Samsung dans un contexte d'obsolescence programmée⁷²⁹, c'est pourquoi nous prendrons cette décision à titre d'exemple. Il en ressort notamment que « Apple, en proposant de procéder à l'installation de nouvelles mises à jour firmware pour les iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus, a fourni des informations gravement incomplètes induisant en erreur les consommateurs sur le réel impact des mises à jour sur les prestations des propres smartphones, vu qu'Apple n'a pas correctement informé les consommateurs sur la nature et sur les caractéristiques des mises à jours (présentées pour leurs meilleurs prestations et pour des raisons de sécurité), taisant les risques d'arrêts imprévus et de réduction des prestations de leurs iPhones ainsi que sur les mesures de protections à adopter avant de procéder à l'installation, empêchant donc à ces derniers d'assumer une décision éclairée »⁷³⁰ ; « suggérer, pour les produits déjà acquis par les consommateurs, la mise à jour et l'installation de firmware qui en modifient significativement les caractéristiques fonctionnelles déjà amplement publicisées, taisant également la possibilité d'en réduire de manière sensible les prestations dans des conditions déterminées, n'apparaît pas conforme à la diligence professionnelle raisonnablement exigible sur la base des principes généraux de loyauté et de bonne foi que l'on attend d'une société comme Apple qui appartient à un groupe de leader de marché, opérant à un niveau mondial dans le secteur de la haute technologie »⁷³¹ ; « de l'ensemble de ses comportements émerge un conditionnement indu d'Apple, exercé grâce à la position de puissance commerciale dérivant de la titularité d'une marque connue et affirmée, en laquelle les consommateurs ont confiance, ainsi que de la position particulièrement asymétrique d'accès à l'information qui caractérise ses rapports avec les consommateurs. De ce fait, il résulte que le processus

⁷²⁵ Arrêt CJCE, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, C-540/08, EU:C:2010:660, pt 43 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 133.

⁷²⁶ Selon l'art. 5 para. 5 Directive 2005/29/CE, les pratiques commerciales énoncées sont en toutes circonstances déloyales et partant, ne doivent pas faire l'objet d'une évaluation pour savoir si elles sont contraires aux exigences de la diligence professionnelle ; Arrêt CJCE, C-340/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, pt 26, 45 ; Arrêt CJCE, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, C-540/08, EU:C:2010:660, pt 43 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 132.

⁷²⁷ Art. 5 para. 4 Directive 2005/29/CE ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 128.

⁷²⁸ Art. 2 let. d Directive 2005/29/CE ; ég. Arrêt CJUE, *UPC Magyarország*, C-388/13, EU:C:2015:225, pt. 34 ; Arrêt CJCE, C-340/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, pt. 17 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 129.

⁷²⁹ Décision PS11009, p. 172 ; Décision PS11039, p. 223.

⁷³⁰ Décision PS11039, consid. 140 p. 215 (trad.).

⁷³¹ *Id.*, consid. 142 p. 215 (trad.).

de substitution des modèles iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus hors garanties légales s'est accéléré, dans un contexte dans lequel la capacité de choix des consommateurs est limitée en prenant en considération les switching cost résultant du passage à un smartphone vendu par un concurrent qui se base sur un système d'exploitation différent de celui d'iOS ou caractérisée par la perception d'un niveau inférieur de qualité des produits concurrents »⁷³².

2. Conditions générales (éléments constitutifs de l'art. 2 LCD)

L'art. 2 LCD constitue une clause générale qui détermine le contenu normatif de l'ensemble du droit de la concurrence et qui concrétise l'art. 1 LCD en interdisant des comportements déloyaux en vue de mettre en place les objectifs de la LCD⁷³³, à savoir une concurrence loyale, saine et non faussée⁷³⁴. Cette disposition est en outre similaire à la clause générale de l'art. 5 para. 2 de la Directive 2005/29/CE⁷³⁵ et comprend les éléments constitutifs de la concurrence déloyale concrétisée aux art. 3 à 8 LCD (dispositions spéciales), ces derniers établissant une liste de pratiques commerciales déloyales⁷³⁶. L'art. 2 LCD permet ainsi de juger tous les cas ne remplissant pas les faits constitutifs particuliers⁷³⁷. Il faut alors voir un caractère subsidiaire à son application, et partant, nécessairement remplir les conditions générales, car tout comportement mentionné aux art. 3 à 8 LCD est déloyal et illicite au sens de l'art. 2 LCD⁷³⁸. Toutefois, la violation de cette clause générale n'entraîne aucune sanction pénale (art. 23 LCD), à l'inverse de la violation d'un comportement se trouvant aux art. 3 à 6 LCD⁷³⁹, et par conséquent ne s'applique qu'en matière de droit civil⁷⁴⁰. En outre, nous pouvons établir trois éléments constitutifs : un comportement ou une pratique commerciale (a), une influence sur le bon fonctionnement du marché (b) et une tromperie ou une contravention aux règles de la bonne foi (c)⁷⁴¹. Notons que le caractère subjectif n'est pas pris en compte, sauf notamment en ce qui concerne l'action en dommages-intérêts, l'art. 9 al. 3 LCD renvoyant au Code des obligations, et qui partant, exige une faute (art. 41 CO)⁷⁴².

⁷³² *Id.*, consid. 151 p. 217 (trad.).

⁷³³ CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 1-2 N 4 ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 1 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 4.

⁷³⁴ Message LCD 1983, p. 1092 ; Pour plus d'informations sur le but de la LCD, cf. BSK UWG-HILTY, art. 1 N 1 ss.

⁷³⁵ CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 8.

⁷³⁶ SHK UWG-JUNG, art. 2 N 5 s. ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 4.04 ss ; UWG-FERRARI HOFER, N 16 ss ; ATF 133 III 431, consid. 4.1 ; 132 III 414 consid. 3.1 ; 131 III 384, consid. 3 ; 122 III 469, consid. 8.

⁷³⁷ Message LCD 1983, p. 1092 et 1073 : « cette clause devra constituer la base légale permettant de trancher les cas où la concurrence paraît déloyale, mais qui ne tombent pas sous le coup de faits constitutifs spéciaux ».

⁷³⁸ BSK UWG-HILTY, art. 2 N 50 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 12 s. ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 6 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 4.01 ss ; CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 1-2 N 5 ; UWG-FERRARI HOFER, N 16 ss ; ATF 133 III 431, consid. 4.1.

⁷³⁹ UWG-FERRARI HOFER, N 148 ; L'art. 23 LCD suppose néanmoins un élément subjectif, CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 11.

⁷⁴⁰ SHK UWG-JUNG, art. 2 N 3 ; Message LCD 1983, p. 1073.

⁷⁴¹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 35 ss ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 9 ss.

⁷⁴² SHK UWG-JUNG, art. 2 N 23 ; CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 1-2 N 7 ; BSK UWG-HILTY, art. 2 N 50 ; Concernant les hypothèses dans lesquelles l'aspect subjectif est pris en compte, cf. CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 68 ss.

a. Comportement ou pratique commerciale

En droit suisse, il n'existe aucune définition propre à la pratique commerciale, l'art. 2 LCD évoque toutefois la notion de pratique commerciale en parlant de comportements contraires aux règles de la bonne foi, et partant, déloyaux⁷⁴³. Le terme « *comportements* » comprend ainsi toute action ou omission intervenant de manière déloyale dans la concurrence et qui la fausse⁷⁴⁴. L'important est donc que ce comportement ait eu un effet sur le marché, respectivement qu'il soit propre à influencer une ou plusieurs relations commerciales sans nécessairement constituer en lui-même un comportement commercial⁷⁴⁵. En ce qui concerne l'auteur de ce comportement, à l'inverse de ce qui est prévu dans la Directive 2005/29/CE⁷⁴⁶, il peut s'agir de n'importe quel participant au marché au sens de l'art. 1 LCD⁷⁴⁷. Dans notre hypothèse, il s'agira de la situation où un consommateur final se retrouve face à un professionnel.

b. Influence sur le fonctionnement du marché

L'application de la LCD nécessite également que la pratique commerciale exerce une influence objective sur le fonctionnement du marché suisse⁷⁴⁸. Le comportement doit alors être dirigé contre le jeu normal de la concurrence⁷⁴⁹ et propre à influencer le marché suisse⁷⁵⁰ de manière objective pour être qualifié de déloyal, sans nécessité d'un rapport de concurrence entre les protagonistes⁷⁵¹. Un comportement tombe alors dans le champ d'application de la LCD lorsqu'il a un impact sur l'économie ainsi qu'un impact sur la concurrence⁷⁵², ce qui est le cas dans notre hypothèse du fait que l'auteur de l'obsolescence programmée diminue la durée de vie d'un bien, respectivement d'une catégorie de biens, pour en augmenter son taux de renouvellement et influence le processus de décision du consommateur. Pour qu'un impact économique soit retenu, le comportement doit se rapporter à une activité économique et être propre à avantager ou désavantager un acteur économique⁷⁵³. Un but économique doit également être poursuivi, la simple volonté de réduire ses propres coûts étant déjà suffisante⁷⁵⁴, ce qui exclut

⁷⁴³ UWG-FERRARI HOFER, N 22 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 1.32 et 4.06.

⁷⁴⁴ Message LCD 1983, p. 1092 ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 10 ; BSK UWG-HILTY, art. 2 N 24 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 37.

⁷⁴⁵ Message LCD 1983, p. 1093 ; CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 1-2 N 6 ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 17.

⁷⁴⁶ Ne vise que les comportements des entreprises vis-à-vis des consommateurs (art. 3 para. 1 Directive 2005/29/CE) ; L'art. 2 let. b Directive 2005/29/CE définit le terme « *entreprises* » par « *toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel* ».

⁷⁴⁷ BSK UWG-HILTY, art. 2 N 28 *in fine* ; Pour des exemples, cf. CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 42 ss.

⁷⁴⁸ CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 1-2 N 6 ; UWG-FERRARI HOFER, N 24 ; BAUDENBACHER, art. 2 N 24.

⁷⁴⁹ ATF 126 III 198, consid. 2c ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 11.

⁷⁵⁰ CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 1-2 N 9 ; Arrêt du TF 4A_616/2009 du 11.05.2011, consid. 7.1.

⁷⁵¹ UWG-FERRARI HOFER, N 44 s. ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 17 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 56.

⁷⁵² SHK UWG-JUNG, art. 2 N 12 ; BAUDENBACHER, art. 2 N 24 s. ; BSK UWG-HILTY, art. 2 N 24 ss.

⁷⁵³ CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 49 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 1.18 ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 13 ; Arrêt du TF 4P.73/2002 du 26.06.2002 ; ATF 124 III 297 [302], consid. 5d ; 120 II 76 [78], consid. 3a.

⁷⁵⁴ ATF 75 IV 21, consid. 2 ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 14 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 49.

nécessairement tous les comportements purement privés⁷⁵⁵. Par ailleurs, ce but économique est présumé dans le cas où l'auteur est un professionnel ou une entreprise⁷⁵⁶.

L'autre impact exigé doit se faire au niveau de la concurrence, soit lorsque le comportement est objectivement apte à influencer la concurrence, sans pour autant l'avoir concrètement influencée⁷⁵⁷. L'interprétation doit donc être établie en fonction des circonstances du cas d'espèce, un acte suffisamment significatif (« *effet tangible* ») sur le marché en question étant suffisant⁷⁵⁸. Ce comportement doit alors influencer sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients⁷⁵⁹. Nous concernant, l'obsolescence programmée s'appliquera généralement à une relation entre fournisseur et consommateur, cette pratique entravant la libre et loyale concurrence en influençant le processus de décision du consommateur⁷⁶⁰. Notons que les concurrents, ou d'autres participants, pourraient également agir en cas d'obsolescence programmée, ce phénomène influant sur la concurrence⁷⁶¹ et touchant à leurs relations⁷⁶². Nous ne traiterons toutefois que de l'aspect du point de vue du consommateur.

c. Tromperie ou contravention aux règles de la bonne foi

Même s'il est fait mention de tromperie à l'art. 2 LCD, il s'agit en réalité de la contrariété à la bonne foi⁷⁶³, ce qui constitue le caractère illicite au sens de l'art. 41 CO⁷⁶⁴. La notion de bonne foi au sens de la LCD ne correspond pas exactement à celle prévue à l'art. 2 al. 1 CC⁷⁶⁵, car « *la LCD ne protège pas la bonne foi de manière générale, mais tend seulement à garantir une concurrence loyale* »⁷⁶⁶. Elle est alors définie en fonction du but de la LCD, englobant la morale dans les affaires (« *Geschäftsmoral* »), celle-ci exigeant notamment le respect des principes de transparence, de clarté et de vérité⁷⁶⁷, ainsi que le bon fonctionnement de la concurrence⁷⁶⁸. En outre, dans un cas d'obsolescence programmée, un des

⁷⁵⁵ SHK UWG-JUNG, art. 2 N 16 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 53 ; BSK UWG-HILTY, art. 2 N 26 ; UWG-FERRARI HOFER, N 24.

⁷⁵⁶ SHK UWG-JUNG, art. 2 N 15 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 52.

⁷⁵⁷ UWG-FERRARI HOFER, N 24 ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 17 ; ATF 132 III 414 consid. 3.1 ; 126 III 198, consid. 2c/aa ; L'aptitude potentielle à influencer la concurrence suffit, CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 55.

⁷⁵⁸ BSK UWG-HILTY, art. 2 N 49 ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 17 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 55 ; Arrêt du TF 6S.244/2003 du 06.10.2003, consid. 3.3.

⁷⁵⁹ Sur les autres relations touchées, cf. CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 57 ss.

⁷⁶⁰ BSK UWG-HILTY, art. 2 N 48 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 59 et 79 s.

⁷⁶¹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 54 ss.

⁷⁶² *Id.*, art. 2 N 57 ss.

⁷⁶³ BSK UWG-HILTY, art. 2 N 32 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 62 ; Message LCD 1983, p. 1092 : « *La mention de la tromperie a uniquement un caractère d'exemple et ne signifie pas qu'une intention de tromper ou une tromperie achevée appartienne à la définition de la concurrence déloyale* ».

⁷⁶⁴ SHK UWG-JUNG, art. 2 N 20 ; BSK UWG-HILTY, art. 2 N 57 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 66, 72 et 75.

⁷⁶⁵ BSK UWG-HILTY, art. 2 N 33 ; UWG-FERRARI HOFER, N 36 ss ; BAUDENBACHER, art. 2 N 16 ss.

⁷⁶⁶ ATF 126 III 198, consid. 2c/aa ; 124 III 297, consid. 5d ; 124 IV 262, consid. 2b.

⁷⁶⁷ CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 67 ; CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 1-2 N 12 ; SHK UWG-JUNG, art. 2 N 26.

⁷⁶⁸ CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 67 ; Message LCD 1983, p. 1074 : « *La notion juridique de la bonne foi couvre donc aussi bien les violations de la morale des affaires que celles des règles qui assurent le bon fonctionnement de la concurrence et cette notion permet donc de consolider la nouvelle orientation de la clause générale. Pour le juge, cela signifie qu'il pourra s'appuyer aussi bien sur des critères relevant de la morale des affaires que sur des critères découlant de notre système politico-économique, afin de rendre son jugement au sujet d'un comportement en rapport avec la concurrence déloyale* ».

éléments spécifiques à cette pratique est la tromperie⁷⁶⁹, ce qui par conséquent conduit à admettre cette condition comme remplie, à noter que l'aptitude potentielle du comportement trompeur à influencer la concurrence suffit déjà⁷⁷⁰.

3. Pratique commerciale agressive

Les pratiques commerciales agressives visent toutes les pratiques commerciales qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer de manière significative la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amènent ou sont susceptibles de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, du fait du harcèlement, de la contrainte ou d'une influence injustifiée⁷⁷¹. Dans un contexte d'obsolescence programmée, Apple a été condamnée par l'Autorité garante de la concurrence et du marché en Italie (AGCM). Selon elle, « *les preuves instruites démontrent que, même dans le cas où les consommateurs désirent refuser l'offre proposée par Apple d'effectuer l'installation des mises à jour des systèmes d'exploitation iOS, aucune autre alternative ne leur est proposée, si ce n'est que de reporter ladite mise à jour* »⁷⁷², et donc, « *à la lumière de ce qui précède, la pratique en question peut être qualifiée d'agressive, attendu qu'elle est propre à causer une pression indue sur la liberté de choix du consommateur, restreignant ainsi sa capacité à adopter un choix délibéré en rapport à l'utilisation et aux fonctionnalités du propre appareil et le contraignant à un choix de nature commercial qu'il n'aurait sinon pas pris* »⁷⁷³. Par conséquent, « *pour les motifs susmentionnés, la pratique commerciale examinée résulte être déloyale au sens des art. 20, 21, 22 et 24 du Code de la Consommation, en tant qu'Apple a développé et suggéré des mises à jours firmware iOS 10 et 10.1.2 pour les iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus déjà acquis par les consommateurs qui en modifient les caractéristiques fonctionnelles déjà amplement publicisées et en réduisent de manière sensible les prestations, mais également a induit en erreur les consommateurs dans leurs décisions de procéder à l'installation de telles mises à jour. Enfin, sous un autre profil, Apple a induit conditionné les consommateurs, d'une part, en les conduisant à mettre à jour le firmware au moyen de requêtes insistantes visant à ce qu'ils procèdent au téléchargement et à l'installation des mises à jours et, d'autre part, en ne prêtant pas une assistance adéquate aux consommateurs pour rétablir les fonctionnalités préexistantes de leurs appareils, de manière à accélérer le processus de substitution de tels appareils avec des nouveaux modèles d'iPhone* »⁷⁷⁴.

⁷⁶⁹ Ce cas est déjà traité par diverses dispositions spécifiques que nous développerons plus loin, cf. *infra* III/C/4.

⁷⁷⁰ BAUDENBACHER, art. 2 N 43 s. ; BSK UWG-HILTY, art. 2 N 90 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 80.

⁷⁷¹ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 142 ; Art. 8 et 9 Directive 2005/29/CE ; Sur l'ensemble, cf. HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON, p. 167 ss.

⁷⁷² Décision PS11039, consid. 153 p. 217 (trad.).

⁷⁷³ *Id.*, consid. 160 p. 218 (trad.).

⁷⁷⁴ *Id.*, consid. 162 p. 219 (trad.).

Bien que ces considérations soient intéressantes dans ce cas précis, elles ne concernent pas en tant que telle l'obsolescence programmée, c'est pourquoi nous ne développerons pas cet aspect sous l'angle de l'art. 3 al. 1 let. h LCD, celui-ci réprimant ce type de comportement déloyal en droit suisse⁷⁷⁵. Néanmoins, cela apporte un moyen d'action supplémentaire qui serait potentiellement envisageable lors d'obsolescence programmée constituant également une pratique commerciale agressive. Notons qu'une méthode de vente peut être particulièrement agressive et induire en erreur simultanément, ce qui constitue une violation de l'art. 3 al. 1 let. b et h LCD⁷⁷⁶.

4. Pratique commerciale trompeuse

En ce qui concerne les pratiques commerciales trompeuses, le droit européen distingue les actions trompeuses (art. 6 Directive 2005/29/CE) des omissions trompeuses (art. 7 Directive 2005/29/CE)⁷⁷⁷. Selon l'art. 6 para. 1 de la Directive 2005/29/CE, une pratique commerciale est trompeuse si elle contient des informations fausses, ou qu'elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, et qu'elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement⁷⁷⁸. S'il s'agit d'une omission trompeuse, l'art. 7 de la Directive 2005/29/CE parle d'information substantielle⁷⁷⁹ omise dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en toute connaissance de cause, et qui partant, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement (al. 1). La dissimulation ou la divulgation peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps d'une information substantielle par l'entrepreneur, ou lorsque ce dernier n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors qu'elle ne ressort pas déjà du contexte (al. 2)⁷⁸⁰.

En droit suisse, l'hypothèse avancée sous l'angle de l'art. 2 LCD, soit celle d'un comportement trompeur propre à induire le consommateur en erreur, est également traitée spécifiquement à l'art. 3 al. 1 let. b et i LCD⁷⁸¹. Par conséquent, dans l'éventualité où il nous serait inenvisageable d'appliquer une de ces dispositions spécifiques, l'art. 2 LCD permettrait alors, théoriquement, d'octroyer une protection au consommateur⁷⁸², celle-ci ne permettant toutefois pas d'agir au niveau pénal (art. 23 LCD)⁷⁸³.

⁷⁷⁵ Pour un développement sur ce type de pratique, cf. BSK UWG-WICKIHALDER, art. 3 al. 1 let. h N 1 ss.

⁷⁷⁶ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. h N 4.

⁷⁷⁷ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 136.

⁷⁷⁸ *Id.*, N 137 ; Arrêt CJUE, *UPC Magyarország*, C-388/13, EU:C:2015:225, pt. 39 ; Pour un approfondissement, cf. HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON, p. 123 ss.

⁷⁷⁹ Notamment les caractéristiques essentielles du produit, le prix, les modalités de paiement, l'adresse et l'identité du professionnel, CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 140.

⁷⁸⁰ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 140 ; Pour un approfondissement, cf. HOWELLS/MICKLITZ/WILHELMSSON, p. 150 ss.

⁷⁸¹ SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 5 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 138 s.

⁷⁸² CR LCD-PICHONNAZ, art. 2 N 81 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 13 ; CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 1-2 N 17 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 137 s.

⁷⁸³ UWG-FERRARI HOFER, N 148 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 26.03.

Une question se pose par ailleurs quant au rapport entre l'art. 3 al. 1 let. b et i LCD, celle-ci étant quelque peu controversée⁷⁸⁴. Cette controverse ne présente néanmoins qu'un intérêt dogmatique et partant, il paraît plus important de considérer que ces deux articles ne sont pas des catégories étanches l'une avec l'autre et doivent au plus être considérées comme « *complémentaires* », la distinction étant délicate⁷⁸⁵. En effet, même si un cas d'obsolescence programmée tombait sous la lettre i, selon la forme, un emballage trompeur ou une omission d'information pourraient également être compris comme une allégation implicite et trompeuse selon la lettre b, notamment sur les caractéristiques d'un produit⁷⁸⁶. Toutefois, BAUDENBACHER, GLÖCKNER et probablement aussi OETIKER, estiment que les emballages dits trompeurs, ainsi que les omissions d'informations obligatoires sur le produit, constituent un groupe indépendant de cas couverts par l'art. 3 al. 1 let. i LCD⁷⁸⁷.

En outre, nous concrétiserons ce type de pratique par quelques énoncés de la décision italienne rendue à l'encontre d'Apple (a), celle-ci dénonçant des faits constitutifs d'obsolescence programmée⁷⁸⁸. Sur la base de cette décision, nous analyserons ensuite la potentielle application du droit suisse à des cas d'obsolescence programmée similaires, notamment les dispositions concernant les pratiques commerciales trompeuses, et plus particulièrement pour indication inexacte ou fallacieuse (art. 3 al. 1 let. b LCD ; b) ainsi que pour tromperie sur la marchandise (art. 3 al. 1 let. i LCD ; c)⁷⁸⁹.

a. Exemple : décision italienne PS11039 – Apple-Aggiornamento Software

Dans cette affaire⁷⁹⁰, l'AGCM constate que « *la seconde pratique commerciale consiste en l'absence et l'insuffisance d'information sur certaines des caractéristiques essentielles des batteries, tel que la vie moyenne et la détériorabilité des batteries et leur corrélation avec les prestations des iPhones, spécifiquement en référence aux batteries des iPhone 6/6Plus/6s/6sPlus. Cette pratique concerne également le manque d'indications sur les procédures idoines à vérifier et/ou maintenir un niveau adéquat de prestation de la batterie et donc des propres dispositifs téléphoniques, de la nécessité de procéder à la substitution des batteries en relation aux modalités d'utilisation et aux éventuels demandes majeures des mises à jour iOS. De telles informations ont été fournies par Apple seulement à partir des derniers jours du mois de décembre 2017* »⁷⁹¹.

Elle démontre qu'« *en réalité, les caractéristiques de la batterie constituent des éléments informatifs essentiels, en tant que la batterie est l'une des principales composantes du produit et qu'elle influe*

⁷⁸⁴ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 27 avec les réf. citées ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 2.

⁷⁸⁵ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 13 et art. 3 al. 1 let. i N 2 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 6.80 s.

⁷⁸⁶ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 27.

⁷⁸⁷ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 27 ; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 3 al. 1 let. i N 13 ; SHK UWG-OETIKER, N 6.

⁷⁸⁸ De cet avis, Émile MEUNIER, in : Sommet de la durabilité programmée.

⁷⁸⁹ Bien que le Tribunal cantonal genevois n'ait pas admis une pratique commerciale déloyale sur la base de ces deux dispositions (cf. arrêt genevois, consid. 3.3), il a omis de prendre en compte les considérations établies dans la décision italienne.

⁷⁹⁰ « *Batterygate* » d'Apple, cf. *supra* II/A/2/c.

⁷⁹¹ Décision PS11039, consid. 163 p. 219 (trad.).

directement et spécifiquement sur la durée et l'utilisation du téléphone, éléments informatifs qui doivent nécessairement être connus pour effectuer un choix d'achat en toute conscience du smartphone, lequel est un produit vanté et acheté par les consommateurs pour ses hautes et spécifiques caractéristiques technologiques.

De telles informations sont utiles, de surcroît, également suite à l'achat du produit, après que le consommateur ait utilisé le dispositif pendant une certaine période, du moment que le produit se révèle moins performant ou présente des problèmes, comme par exemple les arrêts imprévus, pour comprendre réellement les causes de tels dysfonctionnements et décider quel type d'intervention effectuer »⁷⁹².

Elle conclue que « *les informations en questions se rapportent donc à des aspects essentiels du produit et auraient dues être disponibles aux consommateurs conformément à la diligence professionnelle que l'on attend d'une société d'un groupe leader du marché opérant au niveau mondial dans le secteur de la haute technologie* »⁷⁹³ ; et « *ainsi, les omissions et les carences d'informations sur les batteries des iPhones de la part d'Apple jusqu'à la fin décembre 2017 résultent d'une pratique commerciale déloyale au sens de l'art. 22 du Code de la Consommation pour avoir induit en erreur les consommateurs tant relativement à leur décision d'achat que, surtout, sur la correcte utilisation et substitution des appareils iPhone, omettant de communiquer des informations essentielles relatives à une des caractéristiques principales du produit qui en conditionnait les prestations et la longévité* »⁷⁹⁴.

D'après ces considérations, il nous paraît alors envisageable d'agir au niveau du droit suisse. En effet, lors d'un cas d'obsolescence programmée, une pratique commerciale trompeuse pourrait être retenue, ce que nous allons dès à présent développer.

b. Indications inexactes ou fallacieuses

D'après l'art. 3 al. 1 let. b LCD, agit de façon déloyale celui qui notamment « *donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise, sa raison de commerce, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix, ses stocks, ses méthodes de vente ou ses affaires ou qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents* ».

Cet article vise ainsi l'induction en erreur par la sur-appréciation de la personne ou des prestations (au sens large) d'un concurrent⁷⁹⁵. Il exige par conséquent une communication véritable et claire, car elle est essentielle au bon fonctionnement de la concurrence économique et constitue une condition préalable essentielle pour garantir une concurrence non faussée⁷⁹⁶.

⁷⁹² *Id.*, consid. 169 p. 220 (trad.).

⁷⁹³ *Id.*, consid. 171 p. 220 (trad.).

⁷⁹⁴ *Id.*, consid. 172 p. 220 (trad.).

⁷⁹⁵ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 1.

⁷⁹⁶ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 1.

Dans ce contexte, et particulièrement en cas d'obsolescence programmée, Apple a été jugée par l'Autorité italienne pour avoir donné des informations inexactes sur une mise à jour⁷⁹⁷. En droit suisse, ce comportement pourrait à notre avis tomber sous le coup de cet article, bien que le Tribunal cantonal n'ait pas retenu ce comportement⁷⁹⁸. Nous considérons toutefois qu'il serait envisageable d'agir en faisant une analogie avec les considérations retenues par l'Autorité italienne, respectivement d'agir en cas d'obsolescence programmée dans des cas similaires. Il s'agit alors de se pencher sur les éléments constitutifs du comportement déloyal (i), puis de leur applicabilité à un cas d'obsolescence programmée (ii).

(i) *Éléments constitutifs*

Tout d'abord, concernant les allégations, la loi mentionne le terme « *indications* », qu'il faut comprendre comme toutes affirmations de contenu vérifiable que leurs destinataires peuvent raisonnablement prendre au sérieux⁷⁹⁹. Elles doivent ainsi se rapporter à des faits, au moins en partie, et non pas uniquement à un jugement de valeur⁸⁰⁰, sauf s'il renvoie à l'affirmation, même sous-entendue, d'un fait tel qu'une qualité minimale par exemple⁸⁰¹, ce qui est le cas dans l'affaire Apple. Ces affirmations doivent également se rapporter à la concurrence⁸⁰², à noter qu'il suffit que l'affirmation soit susceptible d'influencer la décision d'achat⁸⁰³ et peut même être faite au consommateur après la prise de décision⁸⁰⁴. Par ailleurs, aucune forme de communication n'est exigée, celle-ci pouvant résulter d'une omission, dont le public moyen tire raisonnablement des conclusions⁸⁰⁵. En outre, les omissions sous forme d'information incomplète peuvent également être déloyales⁸⁰⁶. Cependant, toute information incomplète n'étant pas déjà trompeuse, le consommateur moyen doit plutôt supposer, dans le cadre de l'examen global de toutes les circonstances du cas d'espèce, que des informations auraient effectivement dû être

⁷⁹⁷ La description de la mise à jour contenait les informations suivantes : « *iOS 11.2 propose désormais Apple Pay Cash, qui vous permet d'utiliser Apple Pay pour échanger de l'argent avec vos amis et votre famille et leur en demander. Cette mise à jour apporte également des correctifs et des améliorations* », <<https://support.apple.com/fr-ch/HT208067#112>> [consulté, le 27.08.2021].

⁷⁹⁸ Arrêt genevois, consid. 3.3 : « *Il ne ressort pas du dossier que le groupe APPLE aurait donné des indications inexactes ou fallacieuses sur les performances de ses batteries de téléphone au moment de lancer le logiciel décrié par la recourante* ».

⁷⁹⁹ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 15 ; SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 17 et 26 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 22 ss ; Pour plus de précisions au sujet du caractère sérieux, cf. BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 24 ss.

⁸⁰⁰ Pour plus de précisions, cf. BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 23.

⁸⁰¹ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 15 ; SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 17 et 26 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 22 ss.

⁸⁰² La question du rapport avec la concurrence est toutefois moins souvent abordée dans le cadre d'indications trompeuses. Cela est dû au fait qu'elles sont principalement faites par un concurrent sur lui-même ou sur ses offres et concernent donc généralement des circonstances qui, selon la perception du marché, sont essentielles pour la décision d'achat des clients potentiels. Le rapport à la concurrence résulte alors directement de l'indication elle-même, BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 33 ; é.g. SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 29 et 84.

⁸⁰³ SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 84 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 35 et 52.

⁸⁰⁴ Arrêt du TF 4C.361/2005 du 22.02.2006, consid. 3.9 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 35 ; SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 84.

⁸⁰⁵ SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 17 et 19 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 16 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 26 ; BAUDENBACHER/GLÖCKNER art. 3 al. 1 let. b N 57 ss.

⁸⁰⁶ SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 70 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 16.

fournies sur l'information omise⁸⁰⁷. Par conséquent, le simple silence (p. ex. la dissimulation d'un défaut du produit), peut également être considéré comme une indication implicite si la confiance légitime du consommateur moyen, dans la compréhension globale de l'information, est déçue dans une mesure non négligeable (p. ex. qu'il a considéré à l'absence de défaut)⁸⁰⁸.

Ainsi, conformément au droit pénal (art. 23 LCD), au droit de la responsabilité civile et au droit des contrats (cf. art. 28 CO), une omission, respectivement le silence, ne peut être sanctionnée que s'il existe un devoir d'information⁸⁰⁹, qui peut découler du contrat, de la loi et même du contexte général⁸¹⁰, ce que nous avons établi dans le cadre du dol (*supra* III/B/2)⁸¹¹. Notons que des obligations légales spéciales d'information existent, notamment en vertu de l'art. 3 al. 1 let. i LCD, dont nous traiterons plus loin (*infra* III/C/4/c)⁸¹². Par ailleurs, une obligation de clarification existe si les circonstances cachées sont subjectivement ou objectivement importantes et que le public auquel on s'adresse ne comprend pas correctement l'allégation de cette manière. L'obligation de fournir des informations sur la base d'un contrat (subjectivement importantes) survient lorsqu'une relation contractuelle basée sur la confiance existe déjà entre le silencieux et le destinataire et qu'il s'agit de la poursuite ou de la modification de cette relation contractuelle. Dans la mesure où l'auteur des allégations dissimule une information pertinente pour la concurrence (objectivement importante, p. ex. un défaut du produit) et dans le cas de circonstances pertinentes pour la concurrence relatives au rapport prix/performance (p. ex. des défauts non négligeables du produit ou une suspicion d'un défaut important du produit), un devoir d'information doit être assumé en principe même sans demande du client⁸¹³.

Par conséquent, il faut interpréter ces allégations au moment de leur communication en tenant compte du contexte et selon la compréhension d'un destinataire moyen de la prestation, d'après les circonstances du cas d'espèce, soit selon la perception du marché⁸¹⁴. La compréhension étant normative⁸¹⁵, cela suppose de déterminer le cercle des destinataires potentiels, de déterminer le destinataire moyen d'après les caractéristiques concrètes du cercle de destinataires⁸¹⁶ et finalement d'interpréter l'allégation en tenant compte de l'attention portée à l'allégation par le destinataire moyen⁸¹⁷. Ainsi, le consommateur moyen devra plutôt être compris comme le destinataire moyen du cas individuel concret avec ses

⁸⁰⁷ BAUDENBACHER/GLÖCKNER art. 3 al. 1 let. b N 60 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 16.

⁸⁰⁸ SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 24 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 16.

⁸⁰⁹ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 26 : « L'art. 3 al. 1 let. b LCD peut ainsi imposer un devoir d'information, qui rend le silence déloyal » ; BAUDENBACHER/GLÖCKNER art. 3 al. 1 let. b N 57 ss ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 16.

⁸¹⁰ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 53 ; SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 70 s.

⁸¹¹ Pour répondre à la question de savoir s'il existe un devoir d'information, il est également aisé de prendre en compte l'ensemble des considérations et des circonstances ainsi que la jurisprudence relative à l'art. 28 CO, SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 70.

⁸¹² SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 24 et 71.

⁸¹³ SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 72.

⁸¹⁴ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 36 ; BAUDENBACHER/GLÖCKNER art. 3 al. 1 let. b N 48 s. ; SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 59 ss ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 17 ss.

⁸¹⁵ BAUDENBACHER/GLÖCKNER art. 3 al. 1 let. b N 67 avec les réf. citées ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 37.

⁸¹⁶ P. ex. l'âge, la position sociale, les connaissances ou capacités particulières des destinataires potentiels, CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 19.

⁸¹⁷ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 17 ss ; Pour plus de précisions, cf. BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 39 ss.

caractéristiques, et partant, déterminé en fonction des circonstances du cas d'espèce, et moins selon sa notion générale⁸¹⁸.

Ces allégations doivent alors induire en erreur et être de nature à affecter la décision du client⁸¹⁹ par leur caractère inexact⁸²⁰ ou fallacieux⁸²¹. Notons qu'il suffit d'un risque abstrait d'induire en erreur le destinataire moyen⁸²². Le comportement déloyal peut ainsi être commis par omission lorsque les circonstances imposent un devoir d'information, ce qui peut alors être le cas lorsqu'il répond à une attente raisonnable du destinataire moyen compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce⁸²³.

Par ailleurs, les indications d'un concurrent peuvent porter sur ses propres prestations⁸²⁴ et même s'il s'agit d'un tiers qui les propose, tel qu'un distributeur, ce dernier réalisera le comportement de l'art. 3 al. 1 let. b LCD s'il reprend ces allégations trompeuses⁸²⁵. Ces indications portent en l'occurrence sur les propriétés des marchandises, celles-ci pouvant être expresses ou résulter d'une indication laissant conclure à l'existence d'une certaine qualité⁸²⁶. L'induction en erreur porte ainsi, dans notre hypothèse, sur les prestations quant à leur qualité du fait que, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, le destinataire moyen est amené à croire à des caractéristiques qui ne correspondent pas à la réalité⁸²⁷.

(ii) Applicabilité à un cas d'obsolescence programmée

En l'espèce, nous pourrions ainsi admettre l'existence d'une indication inexacte ou fallacieuse pour un cas d'obsolescence programmée similaire à celui d'Apple, en se basant sur les considérations retenues par l'AGCM. En effet, l'AGCM a considéré qu'Apple avait fourni des informations gravement incomplètes induisant en erreur les consommateurs sur le réel impact des mises à jour sur les prestations des propres smartphones, vu qu'Apple n'a pas correctement informé les consommateurs sur la nature et sur les caractéristiques des mises à jours (présentées pour leurs meilleures prestations et pour des raisons de sécurité), taisant les risques d'arrêts imprévus et de réduction des prestations de leurs iPhones ainsi que sur les mesures de protections à adopter avant de procéder à l'installation, empêchant donc à ces

⁸¹⁸ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 46.

⁸¹⁹ ATF 132 III 414, consid. 4.1.2.

⁸²⁰ C'est-à-dire non conforme à la réalité, qui s'apprécie en fonction des circonstances dans lesquelles s'inscrit l'allégation, BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 50 ; SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 59 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. a N 33 : L'inexactitude résulte donc « d'un écart entre le sens de l'allégation tel qu'il est perçu par le destinataire moyen et la réalité, à savoir la vérité sur laquelle s'accorde une majorité au moment où les allégations sont faites ».

⁸²¹ Allégations, quoiqu'exactes, qui sont propres à induire en erreur, le destinataire n'ayant alors pas ou plus une conception claire de la réalité, CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. a N 37 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 51.

⁸²² BAUDENBACHER/GLÖCKNER art. 3 al. 1 let. b N 64 ; SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 65 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 52 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 32.

⁸²³ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 27 qui renvoie à l'art. 3 al. 1 let. a N 42 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 53.

⁸²⁴ SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 32 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 29 et 81.

⁸²⁵ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 81 ; SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 25 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 41.

⁸²⁶ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. b N 45 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 84 ss.

⁸²⁷ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. b N 82 ; SHK UWG-JUNG, art. 3 al. 1 let. b N 32 s.

derniers d'assumer une décision éclairée⁸²⁸. Ainsi, les omissions et les carences d'informations résultent d'une pratique commerciale déloyale pour avoir induit en erreur les consommateurs tant relativement à leur décision d'achat que, surtout, sur la correcte utilisation et substitution des appareils iPhone, omettant de communiquer des informations essentielles relatives à une des caractéristiques principales du produit qui en conditionnait les prestations et la longévité⁸²⁹. Ce raisonnement pouvant ainsi, selon nous, être suivi dans certains cas d'obsolescence programmée et permettre d'admettre une pratique commerciale trompeuse sur la base de l'art. 3 al. 1 let. b LCD.

c. Tromperie sur la marchandise

Selon l'art. 3 al. 1 let. i LCD, agit de façon déloyale celui qui notamment « *trompe la clientèle en faisant illusion sur la qualité, la quantité, les possibilités d'utilisation, l'utilité de marchandises, d'œuvres ou de prestations ou en taisant les dangers qu'elles présentent* ».

Nous précisons que cette disposition n'a donné lieu qu'à très peu de jurisprudence depuis son introduction dans la LCD. Cela peut s'expliquer par le fait que l'élément central du comportement déloyal n'est pas très clair, ou par le fait que la distinction avec l'art. 3 al. 1 let. b LCD ne l'est pas non plus⁸³⁰. Néanmoins, sur la base des considérations établies dans la décision rendue par l'Autorité italienne à l'encontre d'Apple, nous pouvons penser que certains cas flagrants d'obsolescence programmée puissent tomber sous le coup de cet article lorsque la durée de vie du produit a été sciemment diminuée. Notons que le Tribunal cantonal n'a toutefois pas retenu ce comportement à l'encontre d'Apple⁸³¹. En outre, nous traiterons des éléments constitutifs du comportement déloyal (i) ainsi que de l'applicabilité de cet article à un cas d'obsolescence programmée (ii).

(i) Éléments constitutifs

Premièrement, l'illusion. Cette disposition vise à réprimer tout comportement générant, dans l'esprit du client moyen, une illusion sur les prestations⁸³², qui peut également consister en une omission, car il en découle un devoir d'information spontané⁸³³. Par conséquent, la notion d'illusion, respectivement de dissimulation (« *Verschleierung* »), doit être comprise de manière large dans toutes les constellations, à savoir dans le sens de créer ou de laisser exister des circonstances qui induisent en erreur le client moyen⁸³⁴. Il y a ainsi tromperie lorsqu'une différence est créée entre la qualité réelle de la prestation et

⁸²⁸ Décision PS11009, p. 140 ; Décision PS11039, p. 215.

⁸²⁹ Décision PS11039, consid. 172 p. 220.

⁸³⁰ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 1 ; SHK UWG-OETIKER, N 2.

⁸³¹ Arrêt genevois, consid. 3.3 : « *Inversement, il n'avait aucun devoir d'information spontanée (cf. op. cit., n. 5 ad art. 3 al. 1 let. i) sur les prestations amoindries qui résulteraient de la mise à jour informatique proposée au printemps 2017* ».

⁸³² Comprises au sens large, soit regroupant les termes « *marchandises* », « *œuvres* » et « *prestations* », CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 8.

⁸³³ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 5 ; UWG-FURRER/AEPLI, N 9 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 5.

⁸³⁴ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 3 ; UWG-FURRER/AEPLI, N 6 s.

l'impression créée dans l'esprit du client moyen, ou lorsqu'une telle différence est maintenue ou même dissimulée au moyen de mesures appropriées, y compris par omission⁸³⁵.

L'objectif initial de cette disposition étant celui d'augmenter la transparence des offres⁸³⁶, celle-ci est tout à fait appropriée pour établir un devoir d'information indépendant⁸³⁷. L'existence d'un devoir d'information doit alors s'apprécier en fonction de la perception du marché, c'est-à-dire en fonction de ce que le client moyen peut raisonnablement attendre de bonne foi en termes d'information sur la base de toutes les circonstances du cas d'espèce⁸³⁸. Certains auteurs exigent même que soit divulgué tout ce qui, selon la perception du public, est susceptible d'influencer d'une manière ou d'une autre l'intention d'achat du public⁸³⁹. Il semble toutefois plus approprié de n'exiger un devoir d'information que dans la mesure où le public s'attend, sur la base de toutes les circonstances du cas d'espèce, et peut s'attendre de bonne foi, à ce que l'information soit fournie⁸⁴⁰, ce qui serait envisageable d'admettre en cas d'obsolescence programmée⁸⁴¹.

Deuxièmement, l'objet de l'illusion. La liste des caractéristiques d'une prestation, qui peuvent être affectées par l'illusion prévue à cet article, ne doit pas être comprise de manière exhaustive⁸⁴². En outre, la qualité d'un produit peut être dissimulée, par exemple en revendiquant une qualité superficiellement meilleure, mais le produit ne répond pas aux attentes de qualité ainsi créées, par exemple si l'avant du produit ou les premières parties visibles sont de meilleure qualité que le reste du produit. Partant, le consommateur juge le produit sur la base des premières parties visibles et conclut sur cette base que le reste du produit a le même niveau de qualité⁸⁴³.

Les possibilités d'utilisation d'un produit peuvent également faire l'objet d'une illusion, celle-ci s'appréciant en tenant compte de toutes les possibilités d'utilisation raisonnablement envisageables par un client moyen, qui peuvent autant se rapporter au fonctionnement du produit lui-même qu'au droit de l'utiliser, soit à des caractéristiques non techniques ou non matérielles⁸⁴⁴. On admet donc une illusion, sous réserve d'une indication explicite et appropriée quant aux restrictions d'utilisation, si aucune information n'est donnée sur les possibilités d'utilisation, mais que le client moyen peut supposer, sur la base des circonstances, qu'une certaine utilisation est possible⁸⁴⁵. À noter que si les attentes du consommateur moyen coïncident avec les possibilités d'utilisation vantées, il n'y a aucune possibilité

⁸³⁵ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 4 ; UWG-FURRER/AEPLI, N 7 ; SHK UWG-OETIKER, N 5 s. ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 6.82.

⁸³⁶ Message LCD 1983, p. 1101 ; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 3 al. 1 let. i N 2 s.

⁸³⁷ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 3 al. 1 let. i N 8 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 5.

⁸³⁸ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 5 ; UWG-FURRER/AEPLI, N 9.

⁸³⁹ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 3 al. 1 let. i N 9 avec une autre réf. citée.

⁸⁴⁰ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 5 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 5 ; Dans ce sens, SHK UWG-OETIKER, N 6.

⁸⁴¹ Voir notamment *supra* III/C/4/b/ii.

⁸⁴² BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 8 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 8.

⁸⁴³ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 8 et 11 ; SHK UWG-OETIKER, N 9.

⁸⁴⁴ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 12 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 14.

⁸⁴⁵ SHK UWG-OETIKER, N 12 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 12.

d'illusion. En revanche, si l'acheteur moyen se trouve déçu, soit qu'il a une attente différente de l'utilisation prévue par la vanterie ou qu'il n'est plus en mesure de se faire une idée claire de l'utilisation prévue, il sera possible d'admettre un comportement déloyal au sens de l'art. 3 al. 1 let. i LCD ou plus généralement au sens de l'art. 3 al. 1 let. b LCD⁸⁴⁶. Nous remarquons que dans la décision italienne, Apple a justement une position de puissance commerciale dérivant de la titularité d'une marque connue et affirmée avec des produits vantés et achetés par les consommateurs pour ses hautes et spécifiques caractéristiques technologiques⁸⁴⁷. Par ailleurs, l'absence d'une possibilité d'utilisation peut également constituer un défaut au sens du droit des obligations⁸⁴⁸ et permet ainsi d'agir sur cette base lorsqu'un contrat est déjà conclu. Cependant, le comportement déloyal ne nécessite pas la conclusion d'un contrat, mais s'attache à la possibilité abstraite qu'un consommateur non individualisé soit déçu⁸⁴⁹.

Lorsque la prestation ou l'utilisation d'un produit constitue un danger potentiel, une illusion peut porter sur la sécurité de la prestation, et partant, constituer un comportement déloyal sous l'angle de la LCD ainsi que tomber sous le coup de dispositions légales spéciales en ce qui concerne la santé des consommateurs⁸⁵⁰. La dangerosité suppose un risque d'une certaine importance⁸⁵¹ pouvant entraîner des dommages aux personnes, aux biens ou aux actifs, les dommages insignifiants étant alors exclus⁸⁵². Cette situation n'est cependant pas propre à l'obsolescence programmée. De plus, il sera difficile de considérer un devoir d'information sur la base d'un danger en cas d'obsolescence programmée, le dommage causé à la chose elle-même étant généralement insignifiant.

Finalement, l'induction en erreur. L'illusion est déloyale indépendamment du fait que le client moyen, qui peut également être un client potentiel⁸⁵³, soit effectivement trompé ou induit en erreur, le risque abstrait d'une erreur suffit, car ce comportement est déjà susceptible de créer une distorsion de la concurrence⁸⁵⁴. Par conséquent, ce comportement déloyal n'exige aucun résultat à proprement parler. C'est le risque d'une erreur, respectivement d'une tromperie, qui décrit le résultat inhérent au comportement déloyal, et partant, la réalisation de ce risque n'est ni une condition préalable à l'application, ni un élément constitutif du comportement déloyal⁸⁵⁵.

⁸⁴⁶ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 15 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 14.

⁸⁴⁷ Décision PS11039, consid. 169 et 171 p. 220.

⁸⁴⁸ Sur le défaut que constitue l'obsolescence programmée, cf. *supra* III/B/1.

⁸⁴⁹ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 13 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 16 ; SHK UWG-OETIKER, N 13 s.

⁸⁵⁰ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 18 ; Telles que la LDAL, la LChim ainsi que la LSPr.

⁸⁵¹ Doit être apprécié en fonction de la perception du marché, autrement dit de la conception commerciale générale, soit d'après les attentes du public moyen, BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 20 s. ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 17 et 21.

⁸⁵² BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 20 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 17.

⁸⁵³ SHK UWG-OETIKER, N 19 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 25.

⁸⁵⁴ BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 24 ss ; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 3 al. 1 let. i N 16 ; CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 22 s.

⁸⁵⁵ CR LCD-KUONEN, art. 3 al. 1 let. i N 23 ; BSK UWG-BERGER, art. 3 al. 1 let. i N 26.

(ii) *Applicabilité à un cas d'obsolescence programmée*

Tout d'abord, dans l'affaire concernant Apple, le Tribunal cantonal n'a pas admis de devoir d'information, car selon lui, « *en termes de concurrence économique, on conçoit mal qu'un fabricant doive spontanément déclarer les imperfections de ses produits, i.e. les dévaloriser par rapport à un autre compétiteur, lorsqu'il les offre sur le marché. Enfin, les possibilités concrètes d'utilisations des appareils téléphoniques concernés (les prestations offertes) subsistent même si la durée d'utilisation de la batterie avant la prochaine recharge a raccourci. Pour le surplus, la recourante reconnaît que le droit suisse n'a pas de disposition légale pour lutter contre l'obsolescence programmée* »⁸⁵⁶.

Selon nous, en ce qui concerne ce cas précis, il nous paraît plus juste d'admettre une pratique commerciale trompeuse sur la base de l'art. 3 al. 1 let. b LCD, soit pour indications inexacte ou fallacieuse. Par ailleurs, nous ne suivons pas l'avis du Tribunal cantonal en ce qui concerne d'autres cas flagrants d'obsolescence programmée, car comme l'a retenu l'AGCM, les informations relatives à une des caractéristiques principales du produit, qui en conditionnent les prestations et la longévité, se rapportent à des aspects essentiels du produit et doivent être disponibles aux consommateurs conformément à la diligence professionnelle d'Apple⁸⁵⁷. De ce fait, nous pouvons en déduire un devoir d'information, qui nous permettrait alors d'agir sur la base de l'art. 3 al. 1 let. b LCD, et particulièrement sur la base de la lettre i, lors d'un cas d'obsolescence programmée dans lequel une illusion résulterait des circonstances de l'emballage principalement. En effet, lors d'obsolescence programmée, les informations quant à la durée de vie et à l'utilisation d'un produit constituent des éléments informatifs essentiels qui doivent par conséquent être connus par le consommateur afin d'effectuer un choix d'achat en toute connaissance de cause.

Toutefois, nous ne pouvons pas considérer une obligation générale d'indiquer la durée de vie ou d'utilisation d'un produit par le fabricant. Selon nous il faut l'apprécier au cas par cas, comme avec le cas d'Apple dans lequel ce dernier donne des informations en omettant d'avertir le consommateur des conséquences engendrées par la mise à jour sur l'utilisation et la durée de vie du smartphone.

5. Qualité pour agir

A présent, il s'agit de savoir qui bénéficie de la qualité pour agir pour lutter contre l'obsolescence programmée sous l'angle d'une pratique commerciale déloyale. Cette qualité est donnée aux participants au marché (art. 9 al. 1 LCD)⁸⁵⁸, aux clients (art. 10 al. 1 LCD), aux associations professionnelles ou économiques (art. 10 al. 2 let. a LCD), aux organisations de défense des consommateurs (art. 10 al. 1

⁸⁵⁶ Arrêt genevois, consid. 3.3.

⁸⁵⁷ Décision PS11039, consid. 172 p. 220.

⁸⁵⁸ Pour un approfondissement au sujet de la qualité pour agir des participants au marché, cf. CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 3 ss.

let. b LCD), et à la Confédération (art. 10 al. 3 LCD). Toute personne ayant qualité pour agir peut également déposer une plainte pénale (art. 23 al. 2 LCD)⁸⁵⁹. Nous nous focaliserons ainsi sur les clients (a), sur les organisations de défense des consommateurs (b), ainsi que sur la Confédération (c), du fait que dans notre hypothèse nous nous plaçons dans la situation d'un consommateur se retrouvant face à son objet touché par de l'obsolescence programmée⁸⁶⁰.

a. Clients

Dans notre hypothèse, les clients sont les consommateurs finaux⁸⁶¹ et étant donné que le droit d'agir en justice existe indépendamment de la conclusion effective d'un contrat, la notion de client de l'art. 10 al. 1 LCD couvre également les clients potentiels⁸⁶². Par conséquent, il est uniquement requis que le client potentiel appartienne au groupe de destinataires du comportement déloyal pertinent⁸⁶³. En outre, il suffit de démontrer et, si nécessaire, prouver qu'il existe une relation concrète et directe entre le comportement à qualifier de déloyal et les intérêts économiques du consommateur⁸⁶⁴, actuels ou potentiels, qui sont directement menacés. En particulier, il n'est pas nécessaire qu'un consommateur ait déjà conclu le contrat d'achat ou que la conclusion du contrat soit fondée sur le comportement déloyal. Ce n'est que lorsqu'il fait valoir ses droits à la réparation que le demandeur doit montrer et, si nécessaire, prouver que le comportement déloyal en question lui a causé un préjudice financièrement mesurable⁸⁶⁵.

Les consommateurs peuvent donc autant introduire une action défensive (*infra* III/C/6/a) que compensatoire (*infra* III/C/6/b). Néanmoins, il n'en est que rarement fait usage. D'une part, parce que les consommateurs ne subissent généralement aucun dommage ou seulement un dommage mineur à la suite d'un comportement déloyal, qui ne justifiera pratiquement jamais les coûts engendrés par l'ouverture d'une procédure judiciaire. D'autre part, rien ne pousse le consommateur à prendre des mesures à l'encontre d'un comportement déloyal futur en intentant une action en cessation ou en constatation, car il ne voudra pratiquement jamais assumer le risque du litige qui y est associé simplement pour protéger les tiers de dommages futurs. Il préférera alors ne pas conclure le contrat ou, s'il est déjà conclu, invoquer ses prétentions contractuelles (*supra* III/B)⁸⁶⁶.

⁸⁵⁹ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 1 et 9 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 1.

⁸⁶⁰ Les consommateurs finaux ne participent pas au marché au sens de l'art. 9 LCD, BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 5.

⁸⁶¹ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 1.69 ; Personnes physiques se trouvant à la fin de la chaîne, CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 5 ; Au sujet de la qualité de consommateur, cf. *supra* II/B.

⁸⁶² Arrêt du TF 6S.329/2003 du 24.11.2003, consid. 2.3 : « le client étant celui qui peut s'intéresser potentiellement à la prestation en cause » ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 16.25 ; BAUDENBACHER/BANKE, N 12 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 8.

⁸⁶³ SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 17 ; Sur cette notion, cf. SHK UWG-JUNG, art. 1 N 30 ss.

⁸⁶⁴ Le consommateur ne peut donc se défendre contre un comportement déloyal que dans la mesure où le caractère déloyal qu'il invoque vise effectivement à protéger ses intérêts, BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 9.

⁸⁶⁵ SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 18 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 8 s. ; Au sujet de l'action en réparation du dommage, cf. *infra* III/C/6/b.

⁸⁶⁶ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 6 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 19 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 6.

b. Organisations de défense des consommateurs

Selon l'art. 10 al. 2 let. b LCD, la qualité pour agir est reconnue aux « *organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs* », celles-ci n'ayant pas nécessairement besoin de membres⁸⁶⁷. Le terme « *régionale* » ne doit néanmoins pas être interprété de manière trop restrictive⁸⁶⁸, par conséquent, seules les organisations purement locales doivent être exclues⁸⁶⁹. Il en va de même pour les termes « *d'une certaine importance* »⁸⁷⁰, qui indiquent clairement que l'organisation doit avoir une certaine taille, ce qui se traduit généralement par un nombre minimum de membres ou de locaux⁸⁷¹. Toutefois, ces critères restent extrêmement vagues, partant, il faut examiner chaque cas sur le fond et affirmer le droit d'agir en justice en cas de doute⁸⁷². Notons toutefois que cette qualité n'a pas été accordée à l'association NoOPS dans l'affaire à l'encontre d'Apple⁸⁷³. La possibilité d'agir par le biais d'organisations de défense des consommateurs reste néanmoins la meilleure alternative octroyée au consommateur confronté à un cas d'obsolescence programmée afin de lutter contre celle-ci.

Concernant la défense des consommateurs⁸⁷⁴, il doit ressortir des statuts qu'il s'agit de la tâche centrale ou au moins d'une des tâches principales de l'organisation. Les organisations qui se limitent à certains groupes de consommateurs ont également le droit d'ester en justice bien qu'elles soient alors limitées à la représentation des intérêts de ce groupe spécifique de consommateurs⁸⁷⁵. L'intérêt poursuivi est ainsi un intérêt collectif visant autant les intérêts des consommateurs membres que non membres⁸⁷⁶, et partant, l'action peut poursuivre un objectif idéal lorsqu'elle veille à ce que règne un comportement loyal à l'égard des consommateurs dans une branche de l'économie⁸⁷⁷. Ainsi, dans certaines situations, lorsqu'une organisation de protection des consommateurs ne prévoit pas la défense des intérêts économiques de ses membres dans ses statuts, la défense d'un intérêt idéal devrait permettre de considérer ces actions comme non patrimoniales⁸⁷⁸, à l'instar des actions intentées par la Confédération

⁸⁶⁷ SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 28 ; P. ex. la FRC, la SKS, la kf et l'ACSI.

⁸⁶⁸ Message LCD 1983, p. 1113 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 25.

⁸⁶⁹ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 25.

⁸⁷⁰ Message LCD 1983, p. 1113 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 13 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 29 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 16.26 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 25.

⁸⁷¹ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 25.

⁸⁷² Le danger de poursuites abusives étant suffisamment limité par le risque de coût, BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 25 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 16.32.

⁸⁷³ Arrêt du TF 6B_437/2019 du 08.08.2019, consid. 1.3.

⁸⁷⁴ Compris comme un consommateur final, soit en principe une personne physique qui se procure un bien ou un service pour un usage privé, que ce bien ou ce service consiste dans une prestation courante ou non, CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 15.

⁸⁷⁵ BAUDENBACHER/BANKE, N 29 s. ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 26 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 14 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 30.

⁸⁷⁶ THÉVENOZ, p. 145 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 26 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 30 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 17.

⁸⁷⁷ CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 17.

⁸⁷⁸ Car aucun avantage patrimonial n'est retiré à l'issue de la procédure en cas de succès, BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Rem. lim. aux art. 9-13a N 79.

(*infra* III/C/5/c)⁸⁷⁹. Tel n'est cependant pas le cas à l'heure actuelle⁸⁸⁰. De ce fait, les coûts en résultant, conjugués au manque de capacité financière des organisations de protection des consommateurs, ne leur permet pas d'intervenir régulièrement contre les pratiques déloyales d'une certaine ampleur⁸⁸¹. Elles ne disposent donc véritablement que de leurs propres moyens habituels de financement (p. ex. sponsors et cotisations de membres)⁸⁸². De ce fait, il serait essentiel d'octroyer un meilleur soutien à ces organisations, notamment financier, par le biais d'un régime comparable à l'assistance judiciaire gratuite, tant qu'aucune véritable action collective ne sera pas introduite en droit suisse⁸⁸³.

Dans ce contexte, une organisation de protection des consommateurs ne peut évidemment introduire une action que lorsqu'elle représente les intérêts des consommateurs en tant que clients, c'est-à-dire lorsque leurs propres intérêts sont atteints ou menacés par un comportement déloyal⁸⁸⁴. Par conséquent, l'autorité de chose jugée du jugement prononcé reste limitée aux parties à la procédure, avec toutefois, dans les faits, la possibilité par la suite d'invoquer le précédent par le consommateur⁸⁸⁵.

En outre, une telle organisation aura la possibilité d'intervenir dans le but de faire cesser des pratiques commerciales déloyales, notamment par l'introduction d'actions à vocation défensive (*infra* III/C/6/a)⁸⁸⁶. Notons que seuls les consommateurs ont la possibilité d'agir en réparation (*infra* III/C/6/b), cela n'étant possible pour les organisations de protection des consommateurs que dans l'éventualité où elles revêtraient la qualité de client ou de participant au marché⁸⁸⁷, ce qui n'est pas le cas dans notre hypothèse. Le but de cette restriction réside plutôt dans le fait que seul le lésé effectif doit avoir droit à des dommages-intérêts et qu'un calcul de ceux-ci n'est guère possible tant que le lésé ne prouve pas concrètement son dommage (art. 42 al. 1 CO)⁸⁸⁸. Par conséquent, l'action en réparation conduirait *de facto* à une « *class action* », ce qui est à ce jour encore étranger à l'ordre juridique suisse⁸⁸⁹. En revanche, les consommateurs lésés pourraient céder leurs prétentions à l'organisation de protection des consommateurs demanderesse, ce qui correspondrait alors à une sorte d'action de groupe, lui permettant ainsi de faire valoir ensuite les droits en question⁸⁹⁰.

⁸⁷⁹ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Rem. lim. aux art. 9-13a N 79 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 17 ; CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, Rem. lim. aux art. 9-11 N 45.

⁸⁸⁰ CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 17.

⁸⁸¹ *Id.*, N 18 ; Message LCD 2009, p. 5548 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 33 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 22 ; Pour plus de détails, cf. PICHONNAZ, *L'intervention de l'État*, p. 381 ss.

⁸⁸² PICHONNAZ, *L'intervention de l'État*, p. 382.

⁸⁸³ *Id.*, p. 384.

⁸⁸⁴ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 27 ; BAUDENBACHER/BANKE, N 33.

⁸⁸⁵ BOHNET, N 45 ; HUG, RJN 2018, p. 36.

⁸⁸⁶ BOHNET, N 44 ; HUG, RJN 2018, p. 36.

⁸⁸⁷ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 14 ; BAUDENBACHER/BANKE, N 16 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 16.28 ; Message CPC 2006, p. 6902.

⁸⁸⁸ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 13.

⁸⁸⁹ HUG, RJN 2018, p. 36 s. ; THÉVENOZ, p. 150 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 82 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 13 ; BOHNET, N 4 et 48 ; Message CPC 2006, p. 6902 ; Message CPC 2020, p. 2609.

⁸⁹⁰ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 13 ; BAUDENBACHER/BANKE, N 16 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 2 et 8 ; BOHNET, N 46 s. ; THÉVENOZ, p. 149 ; À ce sujet, cf. *infra* III/C/6/b/ii.

c. Confédération

Il serait également envisageable, pour les consommateurs confrontés à un cas d'obsolescence programmée, de dénoncer le comportement déloyal⁸⁹¹ au Secrétariat d'État à l'économie (SECO)⁸⁹², cette pratique touchant un nombre important de consommateurs⁸⁹³. En effet, l'art. 10 al. 3 let. b LCD accorde à la Confédération un droit d'action à vocation défensive (art. 9 al. 1 et 2 LCD ; *infra* III/C/6/a), mais pas d'action en réparation (art. 9 al. 3 LCD ; *infra* III/C/6/b)⁸⁹⁴, notamment si les intérêts de plusieurs personnes, les intérêts d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique ou d'autres intérêts collectifs sont menacés ou subissent une atteinte par un comportement déloyal⁸⁹⁵. La condition préalable au droit d'ester en justice de la Confédération dans les affaires internes, à charge du SECO d'en apporter la preuve⁸⁹⁶, reste alors la menace ou l'atteinte des intérêts collectifs⁸⁹⁷. Autrement dit, une action de nature non patrimoniale⁸⁹⁸. Ainsi, pour que l'intérêt public soit en cause, cela suppose un acte de concurrence déloyale d'une certaine importance et un grand nombre de personnes atteintes ou menacées, à tel point qu'une branche économique entière est touchée⁸⁹⁹. Par conséquent ce n'est pas seulement le nombre de personnes concernées qui est déterminant, mais aussi la gravité de l'infraction ou de ses effets ainsi que la probabilité d'une continuation ou d'une répétition du comportement déloyal⁹⁰⁰, ce qui pourrait être admis lors d'obsolescence programmée⁹⁰¹.

En outre, face à de l'obsolescence programmée, nous sommes d'avis qu'il serait envisageable d'admettre la qualité pour agir de la Confédération, respectivement du SECO, celui-ci bénéficiant d'un grand pouvoir d'appréciation pour juger de l'existence d'un intérêt collectif dans le cas d'espèce⁹⁰². En effet, l'obsolescence programmée d'un produit va toucher de nombreux consommateurs, et même si les produits concernés ne sont pas déjà achetés ou utilisés par plusieurs personnes, ils sont en principe au

⁸⁹¹ Au moyen d'un formulaire de réclamation se trouvant sur le site internet du SECO : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Werbe_Geschaeftsmethoden/Unlauterer_Wettbewerb/Beschwerde_melden/Beschwerde_unlautere_Geschaeftspraktiken.html> [consulté le 27.08.2021].

⁸⁹² Conformément à l'art. 1 de l'Ordonnance concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale (RS 241.3), le SECO représente la Confédération dans la procédure en question.

⁸⁹³ SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 34 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 31 ; PICHONNAZ, *L'intervention de l'État*, p. 377 ss.

⁸⁹⁴ Sauf si la Confédération agit selon son propre droit sur la base des art. 9 ou 10 al. 1 LCD, à savoir lorsque ses intérêts économiques sont touchés comme ceux d'un participant au marché, BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 35 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 40.

⁸⁹⁵ SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 38a ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 44 s. ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 23.

⁸⁹⁶ PICHONNAZ, *L'intervention de l'État*, p. 377 ; Car il s'agit d'une condition de la qualité pour agir, Message LCD 2009, p. 5569.

⁸⁹⁷ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 45 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 38a ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 23 ; Message LCD 2009, p. 5550 s. : Il faut entendre par intérêts collectifs « *les intérêts qui ne concernent ni le statut juridique ni les intérêts économiques d'une personne physique ou morale menacée par une pratique commerciale déloyale. On pense essentiellement aux intérêts menacés de plusieurs personnes : il pourrait s'agir d'une certaine classe d'âge (jeunes, personnes âgées), d'une branche déterminée, voire de la collectivité. Il y a également lieu de protéger la concurrence loyale en tant qu'institution, car il en est fait peu cas au vu de l'importance accordée aux actions en justice individuelles* ».

⁸⁹⁸ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Rem. lim. aux art. 9-13a N 79 ; CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, Rem. lim. aux art. 9-11 N 45.

⁸⁹⁹ CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 23 ; Message LCD 1983, p. 1113 ; PICHONNAZ, *L'intervention de l'État*, p. 377 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 45 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 38a.

⁹⁰⁰ Arrêt du TF 4A_235/2020 du 01.12.2020, consid. 4.1 *in fine* ; PICHONNAZ, *L'intervention de l'État*, p. 380.

⁹⁰¹ Dans ce sens, GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 13 : « *on devrait plutôt voir un intérêt public dans ces questions – sans même en venir aux questions environnementales* ».

⁹⁰² BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 45 ; PICHONNAZ, *L'intervention de l'État*, p. 380 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 23.

moins prévus pour être vendus ou utilisés par un grand nombre de personnes. Ensuite, le fait que la garantie d'une concurrence loyale constitue également un intérêt collectif à protéger, l'obsolescence programmée étant constitutive d'une pratique commerciale déloyale, et partant, nuisible pour la concurrence loyale, cela renforce l'importance de lutter contre cette pratique avant même qu'elle ne touche un grand nombre de personnes⁹⁰³.

6. Sanctions civiles

Du point de vue de la LCD, nous distinguons trois moyens de mise en œuvre des sanctions civiles en cas d'acte de concurrence déloyale, à savoir, les actions défensives (art. 9 al. 1 LCD) avec la possibilité de demander la communication et la publication d'une rectification ou du jugement (art. 9 al. 2 LCD)⁹⁰⁴, ainsi que les actions réparatrices (art. 9 al. 3 LCD)⁹⁰⁵. Ces dernières se déclinent en trois types : l'action en réparation du dommage, l'action en réparation du tort moral et l'action en restitution de l'enrichissement illégitime⁹⁰⁶. Dans notre situation, nous traiterons des actions potentiellement utiles au consommateur se retrouvant face à de l'obsolescence programmée, autrement dit des actions défensives (a) et de l'action en réparation du dommage (b).

a. Actions défensives

Le demandeur, respectivement le consommateur, pourra agir sur la base de trois types d'actions défensives lors d'une atteinte à ses intérêts économiques découlant d'un comportement déloyal⁹⁰⁷. À savoir, l'action en interdiction (art. 9 al. 1 let. a LCD), l'action en cessation (art. 9 al. 1 let. b LCD) et l'action en constatation (art. 9 al. 1 let. c LCD)⁹⁰⁸, sans oublier le droit de la Confédération d'informer le public (art. 10 al. 4 LCD)⁹⁰⁹. Nous établirons ainsi les conditions requises pour intenter chacune de ces actions (i) ainsi que leur applicabilité à un cas d'obsolescence programmée (ii).

(i) Conditions

Premièrement, l'action en interdiction. Elle vise à prévenir la violation imminente des droits du demandeur⁹¹⁰. Le fardeau de la preuve incombe au demandeur, partant, il doit établir l'existence d'éléments, ceux-ci résultant des circonstances, propre à démontrer un risque sérieux d'une première

⁹⁰³ PICHONNAZ, *L'intervention de l'État*, p. 378 ; Probablement du même avis, GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 13.

⁹⁰⁴ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 63 ss ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 57 ss.

⁹⁰⁵ SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 1 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 7.

⁹⁰⁶ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 73 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 116 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 30.

⁹⁰⁷ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 10 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 1.

⁹⁰⁸ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 11 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 11.

⁹⁰⁹ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 46 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 29 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 44 ss.

⁹¹⁰ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 14 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 14 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 60.

atteinte⁹¹¹ ou d'une réitération à ses intérêts économiques⁹¹². Si une atteinte a déjà été subie, il faudra en apporter la preuve⁹¹³, ce qui permettra de présumer le risque sérieux de réitération, notamment⁹¹⁴ tant que le défendeur nie l'illicéité de son comportement⁹¹⁵. Il faut ensuite requérir le tribunal d'ordonner au défendeur de s'abstenir de commettre un comportement déterminé, ou de se comporter d'une certaine manière⁹¹⁶. Par conséquent, le comportement ainsi que les mesures visant à l'interdire, doivent être précisément décrits dans les conclusions afin de couvrir tous les comportements déloyaux futurs et pouvoir être repris tel quel dans le dispositif du jugement⁹¹⁷. Un risque sérieux et concret d'atteinte aux intérêts des consommateurs doit donc être établi et prouvé par le demandeur, ainsi qu'exister au moment du prononcé du jugement⁹¹⁸.

Deuxièmement, l'action en cessation. Elle vise à faire cesser une atteinte actuelle aux intérêts économiques du demandeur découlant du comportement déloyal⁹¹⁹. Seules des mesures nécessaires à la cessation du comportement peuvent être ordonnées par le tribunal⁹²⁰. Par ailleurs, l'atteinte doit exister au moment du prononcé du jugement, autrement dit, une violation des droits du demandeur doit être en cours, si tel n'est pas le cas, il faudra agir en interdiction ou en constatation⁹²¹.

Troisièmement, l'action en constatation. Elle vise à faire cesser le trouble qui subsiste découlant d'un comportement contraire au droit de la concurrence alors que l'atteinte a pris fin⁹²², et partant, conserve principalement une fonction réparatrice non pécuniaire⁹²³. Le trouble découlant de l'atteinte subsiste alors lorsque que l'état de fait consécutif à celle-ci demeure⁹²⁴. Notons que cette action a un caractère subsidiaire par rapport aux deux autres⁹²⁵ et que l'intérêt du demandeur à la constatation du caractère illicite doit également exister au moment du prononcé du jugement⁹²⁶. Il est par ailleurs fréquent qu'une action en constatation soit accompagnée d'une demande de publication du jugement⁹²⁷.

⁹¹¹ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 16 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 18 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 63 ; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 9 N 18 ss.

⁹¹² CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 15 et 17 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 19 ss ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 62 et 64.

⁹¹³ Autrement dit, qu'un acte similaire a déjà eu lieu dans le passé, ATF 128 III 96, consid. 2e ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 20.

⁹¹⁴ Pour d'autres exemples dans lesquels le tribunal a retenu, ou non, une présomption, cf. BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 21 avec les réf. citées.

⁹¹⁵ ATF 124 III 72, consid. 2a ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 17 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 21 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 64 ; Cette présomption peut toutefois être renversée. À ce sujet, cf. ATF 116 II 357, consid. 2b ; Arrêt du TF 4A_529/2008 du 09.03.2009, consid. 4.1 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 22 s. avec les réf. citées.

⁹¹⁶ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 18 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 65 ss ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 24 ss.

⁹¹⁷ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 18 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 25 ss ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 65 ss ; ATF 97 II 92 [93] avec d'autres réf. citées.

⁹¹⁸ ATF 124 III 72, consid. 2a ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 14 s. et 19 ; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 9 N 15 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 14.10 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 17.

⁹¹⁹ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 9 N 57 et 62 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 39 s. ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 20 ; Elle a donc un effet à la fois défensif et réparateur, SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 71.

⁹²⁰ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 44 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 22 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 78 ss.

⁹²¹ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 24 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 40.

⁹²² CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 25 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 82 ss ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 49 ss.

⁹²³ ATF 123 III 354, consid. 1c et 1d ; 122 III 449, consid. 2a ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 51.

⁹²⁴ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 54 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 27.

⁹²⁵ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 53 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 89 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 26.

⁹²⁶ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 28.

⁹²⁷ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 56 ss ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 63 ss.

Finalement, s'ajoute au droit d'agir en justice celui de la Confédération d'informer le public sur des comportements déloyaux lorsque la protection de l'intérêt public l'exige et de nommer les entreprises concernées dans ce contexte. Ce faisant, il doit tout de même, dans le cadre du principe de proportionnalité, examiner attentivement la nécessité de la publication pour la protection de l'intérêt public et mettre en balance les intérêts publics avec ceux de l'entreprise concernée⁹²⁸.

(ii) *Applicabilité à un cas d'obsolescence programmée*

Dans un cas d'obsolescence programmée, il ne serait guère concevable qu'un consommateur intente une action défensive, autrement dit préventive. En effet, comme nous l'avons vu (*supra* III/C/5/a), si le consommateur reconnaît à temps le comportement déloyal, il n'intentera pas une action en cessation ou en constatation pour des raisons de prévention générale, mais s'abstiendra simplement de conclure le contrat. Si, en revanche, il a acquis un produit ou un autre service dans l'ignorance du comportement déloyal, il disposera généralement des moyens envisageables en droit des contrats (*supra* III/B), qui lui octroient des possibilités plus étendues qu'une action défensive, par laquelle il ne peut obtenir la résolution du contrat⁹²⁹. Il serait alors plus réaliste d'envisager ces actions défensives par le biais d'autres acteurs. Il existe en particulier, comme nous l'avons vu (*supra* III/C/5/b et c), la possibilité pour une organisation de protection des consommateurs, ainsi que pour la Confédération, d'intenter des actions défensives en cas d'atteinte résultant d'un acte de concurrence déloyale⁹³⁰. Notons toutefois que, dans notre hypothèse, une telle organisation ne peut pas ouvrir action en réparation (*infra* III/C/6/b)⁹³¹.

En l'occurrence, selon l'art. 10 al. 2 et 3 LCD, les organisations de protection des consommateurs ainsi que la Confédération peuvent intenter les actions prévues à l'art. 9 al. 1 et 2 LCD, et par conséquent demander l'interdiction, la cessation ou la constatation du caractère illicite d'un comportement déloyal⁹³². Il faudra alors déterminer l'atteinte en fonction du cas d'espèce. Si nous considérons l'atteinte comme étant l'entrave à l'utilisation de l'objet⁹³³ découlant de la dissimulation d'informations essentielles quant à la durée de vie et à l'utilisation de l'objet, cela permettra au demandeur d'agir en interdiction du comportement déloyal s'il existe un risque sérieux et concret que l'atteinte se produise ou se reproduise, ce que le demandeur devra prouver. Par exemple, interdire à Nintendo de faire illusion sur la qualité de ses marchandises ou à Apple de donner des informations inexacts sur la mise à jour. Pour les consommateurs déjà atteints, il faudrait intenter une action en cessation si l'atteinte est encore actuelle. Cette possibilité ne nous paraît cependant pas envisageable dans notre hypothèse, car demander à faire cesser l'atteinte correspondrait à rendre à nouveau totalement fonctionnel l'objet, ce qui n'est

⁹²⁸ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 46 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 29 ; Pour un approfondissement, cf. SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 44 ss.

⁹²⁹ SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 19 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 6 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 6.

⁹³⁰ BOHNET, N 44 ; HUG, RJN 2018, p. 35.

⁹³¹ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 14 ; BAUDENBACHER/BANKE, N 16 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 16.28.

⁹³² CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 9 s. ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 29.

⁹³³ Lorsque l'obsolescence programmée se manifeste, ce qui peut également être la destruction de l'objet.

possible que par le biais de l'action en réparation du dommage (*infra* III/C/6/b)⁹³⁴. Le demandeur pourrait néanmoins agir, subsidiairement, en constatation du caractère illicite du comportement déloyal⁹³⁵. En l'espèce, il s'agirait alors d'invoquer un intérêt à obtenir le prononcé du jugement afin de pouvoir agir ensuite en réparation⁹³⁶. Toutefois, cet argument selon lequel les consommateurs individuels pourraient se fonder sur un jugement (constatation favorable) pour faire valoir leurs droits à des dommages-intérêts n'est pas valable, ne serait-ce que parce que les parties ne sont pas identiques et du fait qu'une action en constatation dite « modèle » est étrangère au droit suisse⁹³⁷.

À noter que s'ajoute au droit d'agir en justice celui de la Confédération d'informer le public sur des comportements déloyaux lorsque la protection de l'intérêt public l'exige, ce qui pourrait être retenue en cas d'obsolescence programmée (*supra* III/C/5/c), ainsi que de nommer les entreprises concernées dans ce contexte (art. 10 al. 4 LCD)⁹³⁸.

b. Action en réparation du dommage

Dans les faits, le consommateur détenant un objet touché par de l'obsolescence programmée désirera obtenir indemnisation. Ainsi, si aucune possibilité d'agir sous l'angle contractuel (*supra* III/B) n'est envisageable, le consommateur pourra tout de même potentiellement agir. Partant, les actions réparatrices visent à replacer la personne touchée par un comportement déloyal dans la situation, en l'occurrence patrimoniale, qui aurait été la sienne sans ce dernier, et sont dirigées contre l'auteur du comportement déloyal⁹³⁹. Ces actions permettraient alors au consommateur d'agir directement contre le fabricant⁹⁴⁰ ou également l'employeur pour le fait de ses auxiliaires⁹⁴¹. Plusieurs actions réparatrices sont ouvertes au consommateur sur la base de l'art. 9 al. 3 LCD⁹⁴², nous nous limiterons cependant à l'action en réparation du dommage⁹⁴³, celle-ci étant à notre avis envisageable face à un cas d'obsolescence programmée s'étant manifesté. Les conditions de l'action relèvent des art. 41 ss CO de

⁹³⁴ SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 71 et 76 ; Dans ce sens, Arrêt du TF 4A_483/2018 du 08.02.2019, consid. 3.2.4 ; Cependant, si nous admettons que l'atteinte correspond au fait que le consommateur ne peut dès lors plus prendre une décision libre de choix et éclairée (dans ce sens, CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 46), il sera possible pour les consommateurs potentiels d'en demander la cessation, autrement dit d'ordonner par exemple à Nintendo de ne plus faire illusion sur la marchandise.

⁹³⁵ Une action en constatation ne peut être introduite que si un trouble subsiste et qui peut être éliminé par une décision judiciaire, cf. ATF 123 III 354, consid. 1c ; ég. ATF 127 III 481, consid. 1c/aa ; voir aussi Arrêt du TF 4A_483/2018 du 08.02.2019, consid. 3.2.3.

⁹³⁶ Exercice collectif des droits en Suisse, p. 24 et 27 ; FRC, Actions collectives ; Arrêt du TF 4A_483/2018 du 08.02.2019, consid. 3.1 *in fine*.

⁹³⁷ Arrêt du TF 4A_483/2018 du 08.02.2019, consid. 3.1 *in fine* et 3.2.4.

⁹³⁸ BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 46 ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 29 ; Pour un approfondissement, cf. SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 44 ss.

⁹³⁹ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 30 et 32 s. ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 73 ss.

⁹⁴⁰ Les organes obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits (art. 55 al. 2 CO), BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 9 N 203 ; Sur la responsabilité délictuelle de la société anonyme (art. 722 CO), cf. ATF 121 III 176, consid. 4a ss.

⁹⁴¹ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 44 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 11 N 16 ss ; Au sujet de la responsabilité de l'employeur pour le dommage causé, cf. CR CO I-WERRO, art. 55 N 1 ss.

⁹⁴² À ce sujet, cf. BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 73 ss ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 29 ss.

⁹⁴³ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 78 ss ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 118 ss ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 32 ss.

par le renvoi de l'art. 9 al. 3 CO⁹⁴⁴. La fixation du dommage se détermine ainsi selon la théorie de la différence, soit en comparant la situation dans laquelle se trouverait le patrimoine du consommateur sans l'événement dommageable et la situation actuelle de ce patrimoine⁹⁴⁵. Ce dommage consiste en l'espèce principalement en une perte éprouvée (« *damnum emergens* »), c'est pourquoi nous ne développerons pas l'éventuel gain manqué⁹⁴⁶.

L'action en réparation du dommage exige de remplir certaines conditions (i) à tenter dans un certain délai⁹⁴⁷. Nous traiterons par conséquent du dommage, du rapport de causalité, de la faute, ainsi que de l'illicéité et de la prescription, en terminant par l'applicabilité à un cas d'obsolescence programmée (ii).

(i) Conditions

Premièrement, le dommage. Une perte éprouvée existe si la partie lésée a subi une diminution de ses actifs ou une augmentation de ses passifs⁹⁴⁸. Un consommateur peut ainsi subir un dommage s'il achète une prestation qu'il n'aurait pas achetée sans le comportement déloyal⁹⁴⁹. Notons que les frais de justice sont compris dans le dommage⁹⁵⁰. Dans certains cas d'obsolescence programmée, GEISSBÜHLER considère qu'il existe un dommage réparable, qui consiste notamment en une atteinte à la fonction de l'objet et/ou à sa substance (*supra* III/A/3), tel qu'il en est lorsque l'imprimante ne fonctionne plus faute d'encre alors qu'il en reste encore une bonne quantité dans les cartouches ou le logiciel qui porte atteinte à la fonction de l'objet en entravant son utilisation ou en le rendant inutilisable⁹⁵¹. Notons que seul le consommateur confronté à une atteinte à la fonction de son objet pourra agir en réparation, et non pas le consommateur pouvant encore utiliser son objet de manière normale, ces derniers bénéficiant toutefois des actions contractuelles à certaines conditions, ce que nous avons établi précédemment (*supra* III/B).

Il revient également au consommateur de prouver ce dommage (art. 42 al. 1 CO) et par conséquent d'établir son montant, sous réserve de la possibilité pour le juge de le déterminer lui-même si le consommateur ne peut l'établir (art. 42 al. 2 CO)⁹⁵². Lors du calcul du dommage matériel, il faut distinguer le dommage total du dommage partiel. En cas de dommage total, soit que le consommateur ne peut plus utiliser son objet, il correspond à la valeur de remplacement de cet objet, autrement dit au coût correspondant à l'acquisition de ce dernier sur le marché⁹⁵³. Dans l'éventualité d'un dommage

⁹⁴⁴ SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 118 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 74 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 32.

⁹⁴⁵ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 32 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 119 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 80 ; ATF 127 III 73, consid. 4a avec d'autres réf. citées.

⁹⁴⁶ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 80 ss ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 34 ss ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 119 ss.

⁹⁴⁷ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 33 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 78.

⁹⁴⁸ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 81 ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 12.

⁹⁴⁹ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 82.

⁹⁵⁰ *Id.*, N 85 avec les réf. citées ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 35.

⁹⁵¹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 7 ; GEISSBÜHLER, p. 144.

⁹⁵² CR CO I-WERRO, art. 42 N 1 et 24 ss ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 136 ss ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 37 s.

⁹⁵³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 18.02 ; CARRON/FÉROLLES, p. 74.

partielle, soit d'une entrave à l'utilisation de l'objet, les frais de réparation et la dépréciation due au fait que même réparé l'objet n'a plus la même valeur qu'un objet resté intact, constituent le dommage. Les frais de réparation sont dus dans tous les cas, que le consommateur fasse réparer ou répare lui-même l'objet⁹⁵⁴. Si ces frais se trouvent être plus élevés que la valeur marchande de l'objet, le dommage correspondra au coût de son remplacement, sous réserve d'un remplacement impossible, le responsable devant alors assumer les frais de réparation même supérieurs⁹⁵⁵.

Deuxièmement, le rapport de causalité. Le consommateur, la charge de la preuve lui incombant, devra établir la causalité naturelle et adéquate entre l'acte (ou l'omission) fautif de l'auteur et le dommage⁹⁵⁶. La causalité naturelle suppose que sans le premier événement, le second ne serait pas produit, autrement dit que la survenance du dommage soit la condition *sine qua non* du comportement déloyal⁹⁵⁷. Dans notre hypothèse il s'agira d'une causalité hypothétique en cas de dommage causé par omission, c'est-à-dire que le consommateur devra prouver un rapport de causalité entre l'omission et le résultat constaté à l'aide d'une hypothèse selon laquelle le dommage ne se serait pas produit si l'auteur du comportement déloyal avait agi conformément au droit. Il faut alors, premièrement, déterminer si un devoir d'agir était imposé par l'ordre juridique et, secondement, établir si cet acte aurait permis d'empêcher la survenance du dommage, ce que nous avons admis précédemment (*supra* III/C/4/c/ii)⁹⁵⁸. En ce qui concerne l'établissement de la causalité adéquate entre le dommage et le comportement, ce dernier doit, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, être propre à provoquer un préjudice du genre de celui subi par le lésé⁹⁵⁹. En outre, lorsque le lien de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage est établi, la causalité adéquate est donnée⁹⁶⁰.

Troisièmement, la faute. Elle peut être établie lorsque le dommage a été causé intentionnellement, soit que l'auteur du comportement déloyal a agi avec conscience et volonté de commettre un acte illicite⁹⁶¹, ou par négligence, soit que l'auteur a agi au mépris de l'attention requise par les circonstances⁹⁶². Il existe plusieurs degrés de la faute pouvant jouer un rôle dans l'étendue de la réparation, mais ne sont pas décisifs pour déterminer si la responsabilité de l'auteur est engagée⁹⁶³.

Dans notre hypothèse, il sera difficile pour le consommateur d'apporter la preuve que le fabricant a intentionnellement agi afin d'occasionner au consommateur un dommage pour le pousser à racheter un

⁹⁵⁴ WERRO, N 1093 ; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 18.06 et 18.08 ; Sur les modes et l'étendue de la réparation, cf. WERRO, N 1246 ss.

⁹⁵⁵ WERRO, N 1094 ; Pour plus de détails sur ce calcul, cf. WERRO, N 1090 ss.

⁹⁵⁶ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 9 N 194 s. ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 157 ss ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 36 ss.

⁹⁵⁷ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 39 ; ATF 133 III 462, consid. 4.4.2.

⁹⁵⁸ CR CO I-WERRO, art. 41 N 41 ; WERRO, N 235 ss.

⁹⁵⁹ CR CO I-WERRO, art. 41 N 43 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 39.

⁹⁶⁰ WERRO, N 236 ; FELLMANN/KOTTMAN, N 435.

⁹⁶¹ ATF 82 II 346, consid. 5 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 41 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 102.

⁹⁶² CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 41 ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 56 ss ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 163 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 101 s. ; À noter qu'une entreprise de fabrication sera soumise à des exigences plus strictes, CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 42 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 165.

⁹⁶³ CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 41 ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 68 ss.

produit du même genre plus rapidement. Il sera alors plus aisé d'apporter la preuve d'une négligence de la part du fabricant, qui résulte d'une part (aspect objectif) de la comparaison entre le comportement du contrevenant à la LCD et celui d'une personne raisonnable placée dans la même situation⁹⁶⁴. D'autre part (aspect subjectif), la catégorie d'une personne raisonnable s'appréciera en tenant compte des compétences personnelles de l'auteur du comportement déloyal⁹⁶⁵.

Finalement, l'illicéité et la prescription. Concernant la condition de l'illicéité, celle-ci est remplie dès la détermination du caractère déloyal du comportement, cela découlant directement du libellé de l'art. 2 LCD⁹⁶⁶. Au niveau de la prescription, le consommateur bénéficiera des délais prévus à l'art. 60 CO⁹⁶⁷. Ainsi, la demande en dommages-intérêts se prescrit dans les trois années qui suivent la connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation (délai relatif), et au plus tard après dix ans à partir du fait dommageable (délai absolu). Notons qu'en cas de violation intentionnelle de l'art. 3 LCD notamment, l'art. 23 LCD constitue une infraction pénale, de sorte que la prescription de l'action civile est régie par la prescription pénale (art. 60 al. 2 CO)⁹⁶⁸.

(ii) *Applicabilité à un cas d'obsolescence programmée*

Comme nous venons de le voir, les consommateurs touchés par un cas d'obsolescence programmée devraient pouvoir faire valoir ensemble leurs droits de façon à obtenir la réparation du dommage subi, ceux-ci ayant été touchés du même état de fait. Néanmoins, il n'existe pas d'action de groupe à proprement parler en droit suisse et les organisations de protection des consommateurs ne peuvent pas ouvrir action en dommages-intérêts⁹⁶⁹.

Dans ce contexte, nous sommes alors face à un obstacle concernant les dommages de masse, respectivement dispersés⁹⁷⁰, autrement dit les dommages qui individuellement sont de peu de valeur mais qui cumulés atteignent une certaine somme⁹⁷¹. En effet, les consommateurs confrontés à un ce genre de situation, telle que l'obsolescence programmée⁹⁷², seront découragés à l'idée d'entrer dans une procédure qui demanderait un investissement en temps et en argent trop important par rapport au gain espéré, phénomène dit d'apathie rationnelle⁹⁷³.

⁹⁶⁴ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 9 N 199 ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 57 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 101 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 41.

⁹⁶⁵ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 9 N 199 ; CR CO I-WERRO, art. 41 N 57 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 101 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 41 ; ATF 114 II 376.

⁹⁶⁶ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 9 N 191 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 156 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 78.

⁹⁶⁷ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 9 N 270 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 224 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 108 ; CR LCD-FORNAGE, art. 9 N 45.

⁹⁶⁸ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 108 ; SHK UWG-SPITZ, art. 9 N 224 s. ; À ce sujet, cf. *infra* III/C/7.

⁹⁶⁹ BOHNET, N 44 ss ; Voir aussi *supra* III/A/4.

⁹⁷⁰ Exercice collectif des droits en Suisse, p. 12 : « désigne – comme pour les dommages collectifs – les préjudices causés à un grand nombre de personnes, touchées de façon identique ou similaire par un même événement ou par une « cause centrale ». Les dommages dispersés se différencient toutefois des dommages collectifs dans la mesure où les lésés ne subissent que des dommages matériels ou patrimoniaux de faible valeur ».

⁹⁷¹ Exercice collectif des droits en Suisse, p. 12 ; FRC, Actions collectives ; HURNI, p. 442 s.

⁹⁷² LEROUX-CAMPELLO/DUBOIS, N 172.71 ; MARTIN.

⁹⁷³ Exercice collectif des droits en Suisse, p. 13 ; FRC, Actions collectives ; HURNI, p. 442 s.

Bien qu'il existe à l'heure actuelle plusieurs moyens de faire valoir ensemble des droits respectifs contre un ou plusieurs défendeurs communs⁹⁷⁴, ces alternatives à une réelle action collective ne sont pas satisfaisantes et ne permettent pas de pallier ce problème, car ils ne soulagent pas l'individu du poids tant financier que personnel inhérent à une procédure⁹⁷⁵. Notamment, en cas de dommages collectifs ou dispersés, le cumul d'actions subjectif (art. 71 CPC ; consorité simple) et objectif (art. 90 CPC) sont peu adaptés au droit de la consommation dans ce contexte, car finalement toujours basés sur un traitement individuel⁹⁷⁶. En effet, une possibilité, dans l'hypothèse où des consommateurs se verraient confrontés à un cas d'obsolescence programmée, consisterait à ce qu'ils cèdent leurs prétentions à l'organisation de protection des consommateurs⁹⁷⁷ pour qu'elle les fasse ensuite valoir par cumul d'actions objectif afin d'obtenir réparation⁹⁷⁸. Ou encore la possibilité pour ces organisations d'actionner en constatation, interdiction ou cessation de l'atteinte subie par les consommateurs, combinée ensuite à des procédures individuelles parallèles, pourrait contribuer à la mise en œuvre collective du droit⁹⁷⁹. Cependant, l'apathie rationnelle et le fait que les actions des organisations n'interrompent pas la prescription des prétentions individuelles constituent encore un obstacle⁹⁸⁰. Par conséquent, malgré un certain effet de collectivisation, elles s'inscrivent encore dans un système d'actions individuelles, les consommateurs devant finalement toujours agir individuellement⁹⁸¹. À noter que l'avant-projet du CPC, mis en consultation en mars 2018, proposait des solutions intéressantes, notamment une action en réparation des organisations (art. 89a AP-CPC), une transaction de groupe (art. 352a ss AP-CPC) ainsi que d'autres modifications⁹⁸².

Le problème réside ainsi dans le dommage subi par le consommateur individuel qui est généralement faible, autrement dit les dommages dispersés, et qui par conséquent ne justifie pas une action en dommages-intérêts. La revendication de tels dommages restera alors l'exception dans la pratique, le droit suisse ne reconnaissant toujours pas d'action de groupe *stricto sensu* qui serait comparable à la

⁹⁷⁴ À ce sujet, cf. HUG, RJN 2018, p. 35 s. avec les réf. citées ; FRC, Actions collectives.

⁹⁷⁵ FRC, Actions collectives ; Exercice collectif des droits en Suisse, p. 21 s. et 54 ; MARCHAND, p. 291 : En effet, « *que ce soit en droit suisse ou en droit européen, la qualité pour agir des organisations de consommateurs n'est en toute hypothèse pas un substitut à une action collective, en ce sens que le but des procédures n'est pas le même* ».

⁹⁷⁶ HURNI, p. 444 s. ; Exercice collectif des droits en Suisse, p. 22 et 54 ; BOHNET, N 3 précise que « *les consommateurs ne forment pas une entité dans le procès intenté au fournisseur* » ; HUG, RJN 2018, p. 37 nbp 106 en citant d'autres auteurs ajoute : « *Aussi, la consorité n'entraîne – et n'exige – pas nécessairement un jugement uniforme, celui-ci pouvant donc différer d'un consort à l'autre. Malgré l'absence d'effet erga omnes, celui-ci conserve tout de même une fonction utile de précédent. Aussi, l'un des inconvénients de la consorité active simple (art. 71 CPC) reste que les valeurs litigieuses des différentes actions sont cumulées. Il en résulte un effet prohibitif s'agissant des frais judiciaires et des dépens en cas de procédure de masse* ».

⁹⁷⁷ À noter que même « *si ce dernier profite des frais de procédure dégressifs, il doit toutefois supporter seul tous les risques liés aux coûts du procès – sauf si un financement est mis en place* », Exercice collectif des droits en Suisse, p. 21.

⁹⁷⁸ Exercice collectif des droits en Suisse, p. 20 s. ; THÉVENOZ, p. 149 s. ; FRC, Actions collectives ; HURNI, p. 446 ss.

⁹⁷⁹ Exercice collectif des droits en Suisse, p. 24 et 27 ; FRC, Actions collectives ; Les organisations sont toutefois mal prises pour pouvoir soutenir une éventuelle action individuelle future de leurs membres comme nous le démontre le TF dans un arrêt récent en rejetant la demande au motif que la constatation du trouble ne pouvait pas se faire a posteriori, cf. Arrêt du TF 4A_483/2018 du 08.02.2019, consid. 3.1 ss ; voir aussi *supra* III/C/6/a/ii.

⁹⁸⁰ Exercice collectif des droits en Suisse, p. 27 s. ; ATF 138 II 1, consid. 4.3.

⁹⁸¹ Rapport explicatif, p. 13 ; Exercice collectif des droits en Suisse, p. 25 s. ; HUG, RJN 2018, p. 34.

⁹⁸² Pour un approfondissement, cf. HUG, RJN 2018, p. 39 ss ; BÜYÜKSAGIS, p. 474 ss ; FRC, Actions collectives ; La question de l'exercice des droits collectifs a cependant été mise de côté dans le projet de modification du CPC, cf. Message CPC 2020, p. 2609.

class action prévue aux États-Unis⁹⁸³. De ce fait, l'introduction d'une action collective⁹⁸⁴ permettrait de garantir un meilleur accès à la justice, de mettre en œuvre l'économie de procédure, d'avoir un effet préventif ainsi que de garantir une meilleure concurrence⁹⁸⁵.

De plus, dans une situation d'obsolescence programmée, même si nous admettons toutes les conditions comme remplies, l'action en dommages-intérêts, qui est au premier plan parmi les demandes de réparation, n'est pas attrayante du fait que dans la plupart des cas, il ne s'agit que de dommages dispersés et que les conditions préalables à l'action en dommages-intérêts, telles que la causalité, le montant des dommages et la faute, seront souvent difficiles à apporter et à prouver⁹⁸⁶.

7. Sanctions pénales

L'art. 23 LCD prévoit une sanction pénale en cas de violation d'un comportement défini aux art. 3 à 6 LCD⁹⁸⁷. Les alinéas 2 et 3 déterminent le cercle de personnes pouvant porter plainte en renvoyant à la qualité pour agir mentionnée aux art. 9 et 10 LCD (*supra* III/C/5)⁹⁸⁸. L'adoption d'un comportement punissable par l'auteur suffit alors pour que l'infraction soit consommée, l'acte devant toutefois être propre à altérer les relations entre concurrents ou entre fournisseurs et clients⁹⁸⁹, ce qui peut être admis en cas d'obsolescence programmée (*supra* III/C/2/b). L'auteur doit avoir agi de manière intentionnelle, c'est-à-dire avec conscience et volonté, le dol éventuel suffisant à retenir l'infraction de concurrence déloyale (art. 12 al. 2 CP)⁹⁹⁰.

Par ailleurs, l'acte constitutif peut uniquement incomber à une entreprise, partant, l'infraction peut être imputée aux personnes physiques, qui ont agi ou omis d'agir au sein de cette dernière, sur la base de l'art. 6 DPA, celui-ci s'appliquant en lieu et en place de l'art. 29 CP⁹⁹¹. L'entreprise, soit la personne morale, peut également être recherchée pénalement en cas de défaut d'organisation (art. 102 al. 1 CP) ou pour des motifs d'opportunité (art. 7 DPA)⁹⁹², ce qui est envisageable dans une situation

⁹⁸³ HUG, RJN 2018, p. 36 s. ; THÉVENOZ, p. 150 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, art. 9 N 82 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 13 ; BOHNET, N 4 et 48 ; Message CPC 2006, p. 6902 ; Message CPC 2020, p. 2609.

⁹⁸⁴ Action qui permettrait à plusieurs personnes, ayant souffert du même état de fait, de faire valoir de manière unie leurs droits de façon à obtenir la réparation du dommage subi, FRC, Actions collectives ; Pour un approfondissement, cf. Exercice collectif des droits en Suisse, p. 32 ss ; Sur ses avantages et désavantages, cf. MARCHAND, p. 286 ss.

⁹⁸⁵ FRC, Actions collectives ; BÜYÜKSAGIS, p. 480.

⁹⁸⁶ SHK UWG-JUNG/SPITZ, art. 10 N 19.

⁹⁸⁷ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 26.03 ; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 23 N 2 ; BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, N 21 ; CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 1 et 14 ; SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ, N 50.

⁹⁸⁸ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, art. 23 N 15 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, N 26.08 ; CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 2 s. ; BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, N 37 ; SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ, N 69 ss.

⁹⁸⁹ CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 5 et 15 ; Message LCD 1983, p. 1094 ; Infraction de mise en danger abstraite, SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ, N 18.

⁹⁹⁰ BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, N 21 ; SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ, N 55 ss ; CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 27.

⁹⁹¹ CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 12 ; Pour plus détails à ce sujet, cf. SHK UWG-SPITZ, art. 26 N 6 ss.

⁹⁹² CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 13 ; Pour plus détails au sujet de la responsabilité pénale de l'entreprise, cf. CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Rem. lim. aux art. 23-27 N 20 ss.

d'obsolescence programmée, car il ne serait guère imaginable que cette pratique soit le fait d'une seule personne. Notons que le droit pénal n'est néanmoins pas la meilleure solution en l'espèce⁹⁹³.

Il sera par conséquent possible, pour les intéressés⁹⁹⁴, de déposer plainte dans un délai de trois mois à compter du jour de la connaissance de l'auteur⁹⁹⁵ et de l'infraction (art. 31 CP)⁹⁹⁶, ce qui est très court en pratique en cas d'obsolescence programmée. Quant à la prescription de l'action pénale, celle-ci est de dix ans (art. 97 al. 1 let. c CP) à compter du jour où l'auteur de l'infraction exerce l'activité punissable (art. 98 let. a CP). En cas d'infractions commises à des moments différents, le jour où la dernière activité punissable a eu lieu est déterminant (art. 98 let. b CP)⁹⁹⁷. Précisons que l'avantage, non négligeable, d'agir au niveau pénal, réside dans le fait que l'instruction est menée par le ministère public, ce dernier disposant de plus de ressources qu'un simple consommateur⁹⁹⁸.

L'auteur de l'infraction pourra se voir infliger une peine privative de liberté (art. 40 et 41 CP) pouvant aller jusqu'à trois ans ou une peine pécuniaire (art. 34 à 36 CP)⁹⁹⁹, à noter que seule une amende est envisageable à l'encontre d'une entreprise, son montant étant plafonné à CHF 5'000.- en cas d'application de l'art. 7 DPA et de CHF 5'000'000.- en cas d'application de l'art. 102 CP¹⁰⁰⁰. Le juge pourra même ordonner la publication du jugement de condamnation, si l'intérêt public ou celui de la personne habilitée à porter plainte le justifie (art. 68 CP), et également d'interdire d'exercer une activité pour une durée déterminée (art. 67 CP)¹⁰⁰¹.

8. For et droit applicable (aperçu)

En ce qui concerne les actions fondées sur la LCD, intentées par un consommateur final¹⁰⁰² ou une organisation de défense des consommateurs¹⁰⁰³, la compétence à raison du lieu se détermine d'après les prétentions invoquées¹⁰⁰⁴. Quatre fors alternatifs¹⁰⁰⁵ sont prévus lors de prétentions fondées exclusivement sur la LCD (art. 36 CPC), notamment au tribunal du domicile du consommateur¹⁰⁰⁶. Lorsque des prétentions se fondent tant sur la LCD que sur d'autres lois fédérales, le for d'exception prévu à l'art. 32 CPC étant semi-impératif, le consommateur devrait pouvoir se baser sur celui-ci, en

⁹⁹³ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 5 ; À ce sujet, cf. *supra* II/A/4/a/i.

⁹⁹⁴ Au sujet de la qualité pour agir, cf. *supra* III/C/5.

⁹⁹⁵ Une plainte contre inconnu reste toutefois possible, SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ, N 72.

⁹⁹⁶ SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ, N 72 ; BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, N 43.

⁹⁹⁷ CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Rem. lim. aux art. 23-27 N 32 ; BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, N 44.

⁹⁹⁸ CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 27 N 2.

⁹⁹⁹ BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, N 23 ; CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 41.

¹⁰⁰⁰ CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Rem. lim. aux art. 23-27 N 14.

¹⁰⁰¹ CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 43 ; BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, N 32 s. ; Sur les autres mesures pouvant être infligées, cf. CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, art. 23 N 43.

¹⁰⁰² Sur la qualité pour agir, cf. *supra* III/C/5/a.

¹⁰⁰³ Sur la qualité pour agir, cf. *supra* III/C/5/b.

¹⁰⁰⁴ HUG, RJN 2018, p. 27 ; CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 67 ss.

¹⁰⁰⁵ À ce sujet, cf. CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 69 ss.

¹⁰⁰⁶ CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 68 ss ; HUG, RJN 2018, p. 27 s.

tout cas lorsque le fondement contractuel des prétentions invoquées est prédominant¹⁰⁰⁷. Dans l'éventualité où le responsable du comportement déloyal, soit de l'acte illicite, est domicilié ou à son siège à l'étranger, l'art. 129 LDIP¹⁰⁰⁸, ou respectivement l'art. 5 CL¹⁰⁰⁹, octroiera plusieurs fors alternatifs¹⁰¹⁰. Il permettra notamment d'agir au for de l'établissement du défendeur, soit au lieu où une personne morale a son siège ou une succursale¹⁰¹¹, ou au lieu de l'acte (illicite), autrement dit du comportement déloyal¹⁰¹² ou du résultat de celui-ci¹⁰¹³. Cela étant, il serait envisageable d'agir en Suisse dans ces situations avec toutefois un risque de devoir actionner le défendeur à l'étranger suivant la situation du cas d'espèce. Cependant, lorsque la prétention principale porte sur un contrat passé avec un consommateur, l'art. 114 LDIP ou 15 CL peut s'appliquer et ainsi octroyer un for en Suisse¹⁰¹⁴.

Concernant le droit applicable, il s'agit de celui de l'État sur le marché duquel le résultat s'est produit lorsque les prétentions sont fondées sur un acte de concurrence déloyale (art. 136 LDIP)¹⁰¹⁵. À noter que lorsque la Confédération agit¹⁰¹⁶ et qu'il existe un élément d'extranéité, la LCD s'applique de manière impérative (art. 10 al. 5 LCD)¹⁰¹⁷. Au niveau pénal, en application du principe de territorialité (art. 3 al. 1 CP), l'infraction à la LCD pourra être poursuivie devant les autorités pénales de l'État sur le territoire duquel le comportement répréhensible a été commis, soit au lieu où l'auteur a agi ou au lieu du résultat (art. 8 al. 1 CP)¹⁰¹⁸.

D. Propositions de solutions alternatives

Les protections juridiques évoquées plus haut (*supra* III) sont envisageables pour lutter contre l'obsolescence programmée, mais ne sont pas adaptées à ce phénomène¹⁰¹⁹ et sont difficilement praticables, c'est pourquoi nous évoquerons quelques pistes de solutions que le législateur suisse pourrait être amené à concrétiser, tant au niveau répressif (1) qu'au niveau préventif (2)¹⁰²⁰. Sans oublier

¹⁰⁰⁷ HUG, RJN 2018, p. 28 ; En rapport avec le droit du travail (art. 34 CPC), cf. CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 75 s.

¹⁰⁰⁸ Si le défendeur est domicilié dans un État non partie à la CL, CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 78.

¹⁰⁰⁹ Si le défendeur est domicilié dans un État partie à la CL, CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 78.

¹⁰¹⁰ CR LDIP-BONOMI, art. 129 N 8 ss ; CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 79 ss et 82 ss ; En application du droit suisse, cf. art. 36 CPC.

¹⁰¹¹ CR LDIP-BONOMI, art. 129 N 13 ss.

¹⁰¹² ATF 117 II 204, consid. 2a ; BSK IPRG-RODRIGUEZ/KRÜSI/UMBRICHT, N 5 ; CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 79 et 82.

¹⁰¹³ CR LCD-FORNAGE/CHABLOZ, N 80 et 83 ; CR LDIP-BONOMI, art. 129 N 17 ss.

¹⁰¹⁴ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 118 ; Pour un approfondissement à ce sujet, cf. CR LDIP-BONOMI, art. 114 N 1 ss.

¹⁰¹⁵ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, N 109 ; CR LDIP-BONOMI, art. 136 N 7 ss.

¹⁰¹⁶ Sur la qualité pour agir, cf. *supra* III/C/5/c.

¹⁰¹⁷ Il s'agit d'une loi d'application immédiate selon l'art. 18 LDIP, CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 28 ; ATF 136 III 23, consid. 6 ; BSK UWG-RÜETSCHI, art. 10 N 40 ss.

¹⁰¹⁸ CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Rem. lim. aux art. 23-27 N 9 ; Notons qu'il sera également tenu compte du lieu de commission effectif où les agents de l'entreprise ont agi dans le cadre de la gestion d'une entreprise active au niveau international. Il s'agira aussi, en cas de défaut d'organisation de l'entreprise fondant sa responsabilité pénale (art. 102 CP), de définir le lieu où l'entreprise aurait dû prendre des mesures raisonnables et nécessaires, qui correspondra généralement au siège de la personne morale, CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Rem. lim. aux art. 23-27 N 10 s. ; SHK UWG-SPITZ, art. 27 N 11.

¹⁰¹⁹ Ce qui a déjà été constaté en France, ce qui poussa à légiférer sur l'obsolescence programmée, MEUNIER avec la réf. citée.

¹⁰²⁰ Proposition de 50 mesures pour la durabilité, cf. Pour une consommation plus durable, p. 53 ss ; cf. ég. HOP, White Paper ; HOP, Livre blanc ; Pour des pistes d'actions sur l'allongement de la durée de vie des produits, cf. Rapport ADEME, p. 37 ss.

qu'une part de responsabilité reste propre au consommateur avec, en sus, la nécessité de promouvoir des formes de simplicité volontaire et de solidarité afin que la société se libère de l'emprise de cette pratique pour une économie plus juste et tournée davantage vers le bien-être personnel et collectif¹⁰²¹.

1. Législation « répressive »

Le consommateur n'étant certes pas démuné au niveau juridique, cela pousse à l'immobilisme et ainsi à laisser ce dernier tenter d'agir sur la base des principes existants, le lançant alors dans une « *course d'obstacle* » qui n'est pas encourageante¹⁰²². Par conséquent, il serait préférable de commencer par définir et interdire l'obsolescence programmée au niveau juridique¹⁰²³, à l'image du droit français, même si cette disposition n'aurait en elle-même que peu d'impact¹⁰²⁴. Il s'agirait d'introduire une définition objective et commune dans la LCD, par analogie avec la proposition prévue en droit européen¹⁰²⁵. Cela permettrait de dissuader l'utilisation de ces éventuelles pratiques et de créer une base afin d'instaurer une jurisprudence sur ce sujet complexe¹⁰²⁶. Des critères pourraient ainsi être déterminés, permettant alors l'identification de cette pratique, ce qui amènerait potentiellement à un allègement du fardeau de la preuve¹⁰²⁷. Cela permettrait également de débattre de l'implication et de la responsabilité des acteurs du marché, tels que le fabricant, l'importateur, la filiale, le vendeur, le donneur de licence, etc.¹⁰²⁸. Nous sommes toutefois d'avis qu'il faudrait tout d'abord admettre un allègement du fardeau de la preuve ou une suspicion comme défaut, comme nous l'avons supposé plus haut (*supra* II/A/2). Notons qu'une inversion du fardeau de la preuve serait également la bienvenue¹⁰²⁹, comme celle qui existe déjà en Europe en cas de défaut de conformité se manifestant peu de temps après la livraison du bien¹⁰³⁰. Une véritable action collective devrait également être instaurée¹⁰³¹ afin de faciliter l'accès à la justice du consommateur, ce qui n'est toutefois pas prévu à l'heure actuelle¹⁰³². L'établissement d'une autorité publique chargée de traiter de questions en lien avec l'obsolescence programmée et au-delà se justifierait au vu de l'augmentation de la production de masse, notamment d'objets électroniques. Il s'agirait d'une autorité, à l'image de la FINMA ou de la COMCO, dotée de véritables pouvoirs d'enquête et de sanction, ce qui créerait également un effet dissuasif¹⁰³³. La preuve du caractère intentionnel étant difficile à

¹⁰²¹ VASSEUR/SAUVAGE, p. 114.

¹⁰²² GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 12 ; Au sujet de la problématique, cf. *supra* III/A

¹⁰²³ Et même pourquoi pas en s'inspirant de la LRFP, cf. RUSCH, *Besprechung*, p. 534.

¹⁰²⁴ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 12.

¹⁰²⁵ Résolution du Parlement européen, para. 6 let. g.

¹⁰²⁶ Rapport du Gouvernement, p. 12.

¹⁰²⁷ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 12 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835 ; RUSCH, p. 182 ; Ce que nous prônons, cf. *supra* III/A/2.

¹⁰²⁸ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 12 ; En France il s'agit du metteur sur le marché, MEUNIER ; Nous pourrions également imaginer une systématique analogue à celle prévue dans la LRFP.

¹⁰²⁹ RUSCH, p. 182 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

¹⁰³⁰ Art. 11 Directive 2019/771 ; En ce qui concerne la France, cf. art. L. 217-7 du Code de la consommation français ; À ce sujet, cf. *supra* III/A/5/b ; L'Europe a également l'intention d'établir, par la suite, un partage de responsabilité conjointe entre fabricant et vendeur, cf. Résolution du Parlement européen, para. 6 let. f.

¹⁰³¹ Selon RUSCH, AJP 2015, p. 835, il faudrait même ajouter des dommages-intérêts punitifs à l'indemnisation.

¹⁰³² RUSCH, p. 182 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835 ; À ce sujet, cf. *supra* III/A/4.

¹⁰³³ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 12 ; En France, la DGCCRF peut être saisie en cas d'obsolescence programmée, MEUNIER.

apporter, nous pourrions imaginer prévoir une protection précise pour les « lanceurs d'alerte »¹⁰³⁴ lors d'une dénonciation, afin d'éviter une potentielle sanction pénale et civile en cas de violation d'un secret (art. 162 CP et 321a al. 4 CO)¹⁰³⁵. Accessoirement à la répression et dans le but de faciliter l'indemnisation, GEISSBÜHLER propose même d'instaurer une garantie pour les défauts doublée d'une assurance comparable au modèle de la LCR (art. 63 ss LCR)¹⁰³⁶. Cela fait en quelques sortes écho au fonds de réparation envisagé en France, qui a pour but de rembourser une partie des coûts de réparation d'un bien effectuée par un réparateur labellisé¹⁰³⁷. La publicité devrait également faire l'objet d'une véritable réglementation avec des sanctions réelles, celle-ci jouant un rôle non négligeable dans le phénomène d'obsolescence psychologique¹⁰³⁸. En effet, nous ne pouvons pas réfléchir à un marché économe sobre de matière première avec la logique d'une société de « *consumation* », qui est dopée par l'imaginaire de la publicité et de notre rapport en tant que personne à la consommation¹⁰³⁹.

2. Législation « préventive »

Le législateur ne doit évidemment pas uniquement se focaliser sur les aspects répressifs, mais également préventifs. Le point central reste ainsi l'information donnée au consommateur sur le produit qu'il compte acheter¹⁰⁴⁰. Il s'agirait d'établir des normes techniques minimales pour les objets ou les logiciels ; un allongement de la durée de garantie spécifique à certains produits, car tous les produits n'ont pas une durée de vie identique¹⁰⁴¹, à l'image de ce qui existe aux Pays-Bas et en Finlande où la durée de garantie dépend de la durée de vie moyenne des produits¹⁰⁴² ; un indice de réparabilité ainsi que de durabilité ; et une garantie de conformité, par analogie à celle prévue en droit européen¹⁰⁴³. Une obligation de fournir des pièces de rechange pour certains bien serait également bénéfique pour le consommateur suisse¹⁰⁴⁴. Par ailleurs, RUSCH est d'avis d'intégrer l'obligation d'indiquer la durée de vie d'un bien à l'art. 4 al. 1 let. a LRFP, cette loi excluant toutefois les dommages causés au produit lui-même¹⁰⁴⁵. La durée de vie d'un bien reste néanmoins difficile à mesurer de manière générale, car chaque produit a des caractéristiques différentes et le consommateur un comportement et une utilisation qui lui est propre. De plus, l'utilisation du produit est faite dans certaines conditions avec différentes intensités¹⁰⁴⁶.

¹⁰³⁴ À ce sujet, cf. HÄNNI, N 821 ss avec les réf. citées.

¹⁰³⁵ RUSCH, p. 182 ; RUSCH, AJP 2015, p. 835.

¹⁰³⁶ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 13.

¹⁰³⁷ Art. L. 541-10-4 du Code de l'environnement français ; Au sujet des modalités de mise en œuvre, cf. Décret n° 2020-1455.

¹⁰³⁸ HOP, Chromebook ; Au sujet de l'obsolescence psychologique, cf. *supra* II/A/1/b.

¹⁰³⁹ Propos de David CORMAND, in : Sommet de la durabilité programmée.

¹⁰⁴⁰ GEISSBÜHLER, p. 147 ; Sur l'importance des informations fournies aux consommateurs, cf. *supra* II/A/4/a/ii.

¹⁰⁴¹ RUSCH, AJP 2015, p. 835 ; LIBAERT, p. 55 s. avec la réf. citée ; Rapport ADEME, p. 47.

¹⁰⁴² VASSEUR/SAUVAGE, p. 131 ; LIBAERT, p. 66.

¹⁰⁴³ À ce sujet, cf. *supra* II/A/4/a/ii.

¹⁰⁴⁴ À ce sujet, cf. *supra* II/A/4/a/ii ; Rappelons que, selon RUSCH, p. 177, il existe une obligation de fournir des pièces de rechange pendant la durée de vie normale du produit, qui peut être justifiée comme une obligation contractuelle accessoire implicite fondée sur la bonne foi.

¹⁰⁴⁵ RUSCH, p. 182.

¹⁰⁴⁶ Mesures fiscales, p. 13 ; VASSEUR/SAUVAGE, p. 129 ; Optimisation de la durée de vie et d'utilisation des produits, p. 21 ; Dans ce sens, RUSCH, p. 182.

Néanmoins, il apparaît plus important de permettre une réparation facile, rapide et à faible coût, plutôt que de vouloir à tout prix augmenter la durée de vie de chaque produit¹⁰⁴⁷.

Nous remarquons que la France, ainsi que l'Union européenne, se dirigent vers un changement de système économique, avec également une multitude de mesures intéressantes visant à lutter contre l'obsolescence programmée¹⁰⁴⁸, celles-ci pourraient bien inspirer la Suisse à légiférer. Nous vous renvoyons ainsi à ce qui a déjà été évoqué plus haut (*supra* II/A/4/a) en ce qui concerne les mesures envisageables. En outre, toutes ces mesures permettraient de réduire l'incitation à programmer des objets tombant rapidement en panne¹⁰⁴⁹, c'est pourquoi les États misent sur une « *durabilité programmée* » plutôt que de vouloir essayer de réprimer une « *obsolescence programmée* »¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ LIBAERT, p. 67.

¹⁰⁴⁸ Sur les mesures spécifiques visant à lutter contre l'obsolescence programmée en Europe, cf. Résolution du Parlement européen, para. 6 ss.

¹⁰⁴⁹ GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 13.

¹⁰⁵⁰ Dans ce sens, LIBAERT, p. 45 ; é.g. Sommet de la durabilité programmée.

IV. CONCLUSION

Au travers de ce travail, il a pu être démontré que le consommateur n'est pas juridiquement démuni, même si aucune loi spécifique à cette problématique n'a encore été adoptée depuis, ce qui nous pousse à une sorte de contorsion juridique. Les solutions envisageables sont théoriques, plutôt générales et surtout non adaptées à ce phénomène. Partant, il faudra apprécier chaque cas d'obsolescence programmée individuellement afin de considérer si les conditions requises pour l'application d'une protection sont admises. En outre, tous les cas d'obsolescence programmée n'aboutiront pas forcément à l'octroi d'une protection au consommateur, ces considérations devant être prises en fonction du cas d'espèce et de toutes ses circonstances.

Par ailleurs, ces solutions engendrent une multitude de difficultés par des démarches longues et la plupart du temps disproportionnées, avec en sus, le fardeau de la preuve et l'absence d'action collective au cœur du problème. Le consommateur préférera alors l'apathie rationnelle à la course d'obstacle qui l'attend s'il décidait d'agir, car il se verrait confronté, seul, à un problème dont la source est généralement impossible à localiser, lié par des conditions générales qu'il n'a probablement pas lues et avec des personnes qu'il ne connaît pas. Nous serions ainsi tentés de rester immobiles face à cette pratique et se dire que finalement, agira qui pourra. Il est toutefois temps d'agir, non pas en essayant d'atténuer les effets *a posteriori* en prônant la répression de l'obsolescence programmée, mais bien en agissant à la source, ensemble, dans un but commun, afin de prévenir l'utilisation de cette pratique. Par conséquent, le législateur se doit de fixer des bases (légales) afin que tous puissent avancer conjointement, car laisser la « *main invisible* » du marché s'en charger ne suffit pas¹⁰⁵¹.

En ce qui concerne les fabricants, force est de constater qu'ils sont naturellement pointés du doigt, mais qu'en est-il des consommateurs ? Quand bien même ils peuvent résister à la tentation engendrée par la publicité et refuser de prendre un crédit, ils sont généralement désarmés face à la défaillance technique. Ils ont tout de même une certaine part de responsabilité dans cette société construite par un consumérisme qui se veut toujours plus éphémère. Pour ce faire, il faut que chaque acteur soit sensibilisé afin que tous puissent bénéficier de pistes de solution dans le but d'agir conjointement sur les habitudes de production et de consommation, car la lutte contre l'obsolescence programmée doit inévitablement passer par une véritable sensibilisation du public. Ainsi, la notion¹⁰⁵² et le rôle du consommateur devront être revus, avec la nécessité pour le consommateur d'adopter un comportement plus actif dans un contexte d'économie circulaire, la loi pouvant et devant toutefois servir d'impulsion pour atteindre une consommation plus durable¹⁰⁵³. Il s'agira alors de savoir dans quelle mesure le développement durable

¹⁰⁵¹ Dans ce sens, GEISSBÜHLER, Jusletter, p. 12 ; ég. GEISSBÜHLER, p. 147.

¹⁰⁵² HUG, *La notion*, N 63 avec les réf. citées.

¹⁰⁵³ *Id.*, N 62 avec les réf. citées ; À ce sujet, cf. MAK/TERRYN ; Dans ce sens, VASSEUR/SAUVAGE, p. 10.

(cf. art. 73 Cst.) et la protection de l'environnement (art. 74 Cst.) devront être observés par les règles du droit de la consommation¹⁰⁵⁴.

Mais finalement, la problématique de l'obsolescence programmée dans sa connotation négative n'est-elle pas elle-même obsolète ? Car la préoccupation principale reste celle des conséquences environnementales et écologiques. Dès lors, cette problématique n'est plus traitée sous un angle conflictuel comme une pratique qu'il faut à tout prix réprimer, mais plutôt comme un problème commun, lequel dépend de la responsabilité de chaque acteur. Par conséquent, chacun doit contribuer à sa résolution. La lutte s'axe donc aujourd'hui sur tout type d'obsolescence en incitant à la durabilité des produits dans un système d'économie circulaire, ce qui en outre permet indirectement d'éviter à certaines entreprises de recourir à l'obsolescence programmée, et partant, de rendre cette pratique obsolète. Nous programmons ainsi l'obsolescence de l'obsolescence programmée, cette dernière constituant la clé de voûte d'un système économique obsolète. En effet, la conception de notre mode de consommation doit changer, car si nos objets sont conçus pour être jetés, nous devenons alors nous-mêmes jetables du fait que nous nous « *individuons* » à travers la pratique de nos objets¹⁰⁵⁵.

Pour conclure, nous dirons qu'il est indéniable que la lutte face à l'obsolescence programmée est bien plus complexe et ses enjeux beaucoup plus larges que ce que nous croyons. Le chemin à parcourir est titanesque, à l'image de David contre Goliath. Néanmoins, l'espoir ne sera jamais obsolète, car comme le dit le Dalaï-Lama :

*« si vous pensez que vous êtes trop petit pour changer le monde, passez une nuit avec un moustique et vous verrez lequel des deux empêche l'autre de dormir ! »*¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁴ HUG, *La notion*, N 64 avec des exemples et la réf. citée sur l'incidence écologique des moyens de protection traditionnels du consommateur.

¹⁰⁵⁵ SIEGLER, p. 2.

¹⁰⁵⁶ VASSEUR/SAUVAGE, p. 12 s.