



Bern, 16. Juni 2023

Modernisierungsbedarf des Gewährleistungsrechts beim Kauf

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des
Postulates 18.3248 Marchand-Balet vom
15. März 2018



Zusammenfassung

Am 28. September 2018 wurde das **Postulat 18.3248 Marchand-Balet** «Geplante Obsoleszenz. Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten schützen» vom Nationalrat angenommen. Mit dem Postulat wurde der Bundesrat beauftragt, einen Bericht über die Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf geplante Obsoleszenz, das heisst die absichtliche betrügerische Verkürzung der Lebensdauer von Produkten, zu erstellen und sie mit der Rechtslage auf internationaler Ebene zu vergleichen. Als mögliche Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten wurden eine Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistung oder Hinweise zur Reparierbarkeit auf den Produkten erwähnt. Am 19. Juni 2020 hat der Bundesrat seinen **Bericht «Steuerliche und weitere Massnahmen zur Förderung der Kreislaufwirtschaft»** in Erfüllung des Postulates 17.3505 Vonlanthen «Die Chancen der Kreislaufwirtschaft nutzen. Prüfung steuerlicher Anreize und weiterer Massnahmen» verabschiedet. Darin wurde unter anderem angekündigt, verschiedene Massnahmen in Bezug auf das Gewährleistungsrecht einer vertieften Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen zu unterziehen, darunter Reparaturoptionen, eine befristete Beweislastumkehr bezüglich Mangelhaftigkeit oder auch eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

In Umsetzung dieses Auftrags und zur Erfüllung des Postulates 18.3248 Marchand-Balet wurde eine **Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zu einer Modernisierung des Gewährleistungsrechts** und ein Vergleich mit den Vorgaben der einschlägigen EU-Richtlinien und den Regeln ausgewählter Staaten durchgeführt, welche auch die Thematik der geplanten Obsoleszenz umfassten. Die RFA hat beim Schweizer Gewährleistungsrecht Modernisierungsbedarf in Bezug auf technische Entwicklungen festgestellt. Auch bei der Rechtsdurchsetzung bestehen Hindernisse. Die Konsumentinnen und Konsumenten, die in diesem Punkt ebenso wie bei der Lebensdauer der verschiedenen angebotenen Produkte ein Informationsdefizit haben, können auf dem Markt keine freien Entscheidungen treffen. Die RFA erkennt daher ein Marktversagen, das staatliches Handeln nahelegt. Dieser Befund wird der Studie zufolge durch die Externalisierung von Umweltkosten, die heute im Kaufpreis nicht berücksichtigt sind, verstärkt. Nur durch diese Externalisierung können billig produzierte Produkte, die häufiger ersetzt werden müssen, zu einem günstigen Preis verkauft werden.

Die wichtigsten Punkte im Gewährleistungsrecht, in denen **Modernisierungsbedarf** festgestellt wurde, betreffen den Begriff des Mangels und die objektiven Elemente, die ihn ausmachen, die fehlende Vermutung, dass ein innert einem Jahr aufgetretener Mangel bereits zum Zeitpunkt des Kaufs vorlag, die kurze Frist für die Mängelrüge, das fehlende Recht auf Nachbesserung (bzw. Reparatur) und den dispositiven Charakter der Gewährleistungsregeln. Auch besteht heute beim Kauf eines Gegenstands mit digitalen Elementen oder beim Erwerb von digitalen Produkten eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die gemäss RFA ein Hindernis für einen effizienten Markt darstellt und indirekt auch zu Mehrkosten für die Unternehmen führt. Eine Klärung der Rechtslage durch Übernahme der im EU/EWR-Recht bestehenden Update- oder Aktualisierungspflicht wird deshalb befürwortet.

Die RFA hat die **Auswirkungen** der Übernahme dieser EU-Regeln in der Schweiz eingehend untersucht. Sie kommt zunächst zu dem Schluss, dass die Position der Konsumentinnen und Konsumenten gestärkt würde, da sie ihre Rechte effektiver durchsetzen könnten. Auf die Wirtschaft hätte eine Angleichung der Schweizer Regeln an das EU-Mindestniveau nur geringe Auswirkungen, da viele Verkäufer sich bereits heute daran orientieren. Betroffen wären diejenigen Verkäuferinnen und Verkäufer, die sich nicht heute schon kulant zeigen.

*Aus Sicht des Bundesrates besteht deshalb heute in verschiedenen spezifischen Punkten **Handlungsbedarf** in Bezug auf eine Angleichung des insofern veralteten Gewährleistungsrechts beim Kauf an das EU-Mindestniveau. Angesichts ihrer Tragweite bedarf eine Reform des Gewährleistungsrechts im Sinne des erkannten Handlungsbedarfs nunmehr einer politischen Grundsatzentscheidung durch das Parlament.*

*In Bezug auf ein **Verbot der sogenannten geplanten Obsoleszenz** erkennt der Bundesrat derzeit dagegen angesichts der bestehenden allgemeinen Regeln keinen spezifischen Gesetzgebungsbedarf. Die allgemeinen Regeln des Straf- und Wettbewerbsrechts bieten grundsätzlich bereits heute Mittel, um gegen eine betrügerische Verkürzung der Produktlebensdauer vorzugehen. Die Rechtspraxis und die Entwicklungen in der EU sind jedoch weiterhin zu beobachten.*

1	Ausgangslage	6
1.1	Auftrag	6
1.1.1	Postulat 18.3248 Marchand-Balet	6
1.1.2	Weitere Vorstösse und Arbeiten mit Bezug zum Gewährleistungsrecht.....	7
1.2	Gegenstand des Berichts	7
1.3	Weitere Arbeiten mit Bezug zur Kreislaufwirtschaft	7
2	Übersicht über das geltende Recht	8
2.1	Übersicht über die Regelung des Gewährleistungsrechts im Schweizer Recht ..	8
2.2	Entwicklung des Rechts in der EU	9
2.2.1	Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie von 1999	9
2.2.2	Warenkauf- und Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinien von 2019	10
2.2.3	Öko-Design-Richtlinie und ihr autonomer Nachvollzug in der Schweiz	11
3	Gewährleistungsrecht	12
3.1	Überblick über die Ergebnisse der Regulierungsfolgenabschätzung (RFA)	12
3.2	Sachmangelbegriff	13
3.2.1	Rechtslage in der Schweiz	13
3.2.2	Rechtsvergleich.....	14
3.2.3	Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit.....	15
3.3	Vermutung des Mangels.....	16
3.3.1	Rechtslage in der Schweiz	16
3.3.2	Rechtsvergleich.....	16
3.3.3	Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit.....	17
3.4	Prüfungs- und Rügeobliegenheiten	17
3.4.1	Rechtslage in der Schweiz	17
3.4.2	Rechtsvergleich.....	19
3.4.3	Mögliche Auswirkungen einer Änderung des schweizerischen Rechts und Fazit	19
3.5	Gewährleistungsfrist	20
3.5.1	Rechtslage in der Schweiz	20
3.5.2	Rechtsvergleich.....	21
3.5.3	Mögliche Auswirkungen einer Änderung des schweizerischen Rechts und Fazit	22
3.6	Nachbesserungsrecht (Recht auf Reparatur)	24
3.6.1	Rechtslage in der Schweiz	24
3.6.2	Rechtsvergleich.....	25
3.6.3	Exkurs: «Recht auf Reparatur» und Kreislaufwirtschaft.....	26
3.6.4	Übernahme in das schweizerische Recht und Fazit	27
3.7	Schadenersatzansprüche.....	28
3.7.1	Rechtslage in der Schweiz	28
3.7.2	Rechtsvergleich.....	29
3.7.3	Fazit	29
3.8	Rückgriffsmöglichkeit (Regress) und direkte Ansprüche gegen den Hersteller ..	29
3.8.1	Rückgriffsrecht in der EU.....	29
3.8.2	Regress im schweizerischen Recht.....	30

3.8.3	Übernahme in das schweizerische Recht und Fazit	31
3.8.4	Direktes Klagerecht gegen den Hersteller	31
3.9	Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts und allfälliger neuer Regeln ..	32
4	Digitale Produkte und Produkte mit digitalen Elementen	33
4.1	Rechtslage in der Schweiz	33
4.2	Rechtsvergleich.....	35
4.3	Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit.....	35
5	Geplante Obsoleszenz.....	36
5.1	Auftrag	36
5.2	Begriff und Problematik	37
5.2.1	Begriff.....	37
5.2.2	Problematik	37
5.3	Rechtliche Grundlagen	39
5.3.1	Rechtslage in der Schweiz	39
5.3.1.1	Gewährleistung, Produkthaftpflicht	39
5.3.1.2	Strafrecht.....	40
5.3.1.3	Unlauterer Wettbewerb.....	42
5.3.1.4	Allgemeine Würdigung des geltenden schweizerischen Rechts.....	43
5.3.2	Rechtslage im Ausland.....	45
5.4	Würdigung.....	48
6	Schlussfolgerungen	49
7	Literaturverzeichnis.....	52

1 Ausgangslage

1.1 Auftrag

1.1.1 Postulat 18.3248 Marchand-Balet

Am 28. September 2018 wurde das *Postulat 18.3248 Marchand-Balet* «Geplante Obsoleszenz. Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten schützen» vom Nationalrat angenommen. Der Wortlaut des Postulates lautet:

Geplante Obsoleszenz ist eine Strategie der Industrie, bei der die Konsumentinnen und Konsumenten getäuscht werden, um die Ersatzrate eines Produktes zu steigern. Die rasanten technologischen Fortschritte der letzten Jahre haben die Zahl der Fälle von geplanter Obsoleszenz erhöht.

Daher wird der Bundesrat beauftragt, einen Bericht über die Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf geplante Obsoleszenz zu erstellen und sie mit der Rechtslage auf internationaler Ebene zu vergleichen.

Zur Begründung wurde Folgendes angeführt:

Geplante Obsoleszenz wird definiert als Strategie, die darauf abzielt, die Lebensdauer eines Produktes absichtlich zu verkürzen, um dessen Ersatzrate zu steigern, indem die Konsumentinnen und Konsumenten zu einem frühzeitigen Neukauf animiert werden. Diese Praxis wirft grosse moralische wie auch gesellschaftliche Fragen auf. Erstens erzeugt geplante Obsoleszenz Umweltprobleme im Zusammenhang mit der Entsorgung von elektrischen und elektronischen Geräten. Die Überproduktion, die durch geplante Obsoleszenz angeregt wird, verstärkt dieses Problem noch. Zweitens verursacht diese Praxis aus wirtschaftlicher Sicht unlauteren Wettbewerb. Drittens, und das möchte ich besonders hervorheben, betrügt geplante Obsoleszenz die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten, die die Verlierer dieser industriellen Manipulation sind. Daher müssen die rechtlichen Möglichkeiten untersucht werden, mit denen man die Konsumentinnen und Konsumenten schützen kann.

Zwei markante Beispiele haben kürzlich für allgemeines Aufsehen gesorgt. So räumte Apple ein, seine i-Phones absichtlich verlangsamt zu haben, ohne die Kundinnen und Kunden darüber in Kenntnis zu setzen. Später wurde Epson in Frankreich beschuldigt, die Konsumentinnen und Konsumenten über den Füllstand von Druckerpatronen zu täuschen. Diese beiden Fälle sind in die Schlagzeilen geraten, aber die Technologie-Riesen sind noch weiteren Verdächtigungen ausgesetzt.

Um Transparenz zu garantieren und die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten zu schützen, wird der Bundesrat beauftragt, einen Bericht über die Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf geplante Obsoleszenz zu erstellen und sie mit der Rechtslage auf internationaler Ebene zu vergleichen. Dieser Bericht soll namentlich:

- 1. einen Vergleich über die gesetzlichen Massnahmen auf internationaler Ebene anstellen;*
- 2. untersuchen, ob die Konsumentinnen und Konsumenten ausreichend gesetzlich geschützt sind;*
- 3. feststellen, ob es notwendig ist, ein spezifisches Gesetz über geplante Obsoleszenz zu schaffen; und*

4. Massnahmen erwägen, mit denen die Konsumentinnen und Konsumenten besser vor solchen Methoden geschützt werden können (Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistung, Hinweise zur Reparierbarkeit auf den Produkten).

1.1.2 Weitere Vorstösse und Arbeiten mit Bezug zum Gewährleistungsrecht

Am 30. September 2021 hat der Nationalrat die *Motion 19.4594 Streiff-Feller* «Kreislaufwirtschaft. Längere Gerätelebensdauer durch längere Garantiefrieten» vom 20. Dezember 2019 angenommen. Die Motion verlangt im Namen der Kreislaufwirtschaft eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist für alle Produkte ausser für jene mit einem Verfallsdatum von fünf Jahren. Die Beratung der Motion ist im Ständerat hängig.

Unabhängig von den erwähnten Vorstössen hat der Bundesrat am 19. Juni 2020 seinen Bericht «Steuerliche und weitere Massnahmen zur Förderung der Kreislaufwirtschaft» in Erfüllung des *Postulates 17.3505 Vorlanthen* «Die Chancen der Kreislaufwirtschaft nutzen. Prüfung steuerlicher Anreize und weiterer Massnahmen» verabschiedet.¹ Darin wurde unter anderem angekündigt, verschiedene Massnahmen in Bezug auf das Gewährleistungsrecht einer *vertieften Analyse der volkswirtschaftlichen Auswirkungen* zu unterziehen, darunter Reparationsoptionen, eine befristete Beweislastumkehr bezüglich Mangelhaftigkeit oder auch eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist. Das Bundesamt für Justiz (BJ), das Bundesamt für Umwelt (BAFU) und das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) haben in der Folge eine Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts durchführen lassen. Die Resultate der RFA wurden im Mai 2022 publiziert.²

1.2 Gegenstand des Berichts

Die verschiedenen Aufträge und Fragestellungen können *zusammengeführt* und in einem einzigen Bericht behandelt werden. Eine getrennte Betrachtung dieser Themen und Massnahmen wäre nicht sinnvoll, da sie den gleichen Rechtsbereich betreffen und sich auch hinsichtlich der Zielsetzungen der Nachhaltigkeit und der Kreislaufwirtschaft überschneiden. Dieser umfassende Ansatz wurde bereits bei der Durchführung der Regulierungsfolgenabschätzung gewählt. Diese befasste sich allgemein mit der Modernisierung des Gewährleistungsrechts, orientierte sich an den jüngsten Entwicklungen in der Europäischen Union und deckte auch die Thematik der geplanten Obsoleszenz ab. Der vorliegende Bericht folgt vom Aufbau her diesem Ansatz; er behandelt daher das *Gewährleistungsrecht beim Kauf*. Der Bericht umfasst grundsätzlich den Kaufvertrag und geht nur insoweit darüber hinaus, als den *Besonderheiten von Verträgen über digitale Produkte und Dienstleistungen* Rechnung zu tragen ist (unten Ziff. 4). Die *geplante Obsoleszenz* wird in einem separaten Kapitel (unten Ziff. 5) behandelt, um den im Postulat 18.3248 Marchand-Balet formulierten Auftrag zu erfüllen.

1.3 Weitere Arbeiten mit Bezug zur Kreislaufwirtschaft

Parallel zur Überprüfung des Gewährleistungsrechts im Hinblick auf die Ziele der Nachhaltigkeit und Kreislaufwirtschaft sind auf Bundesebene verschiedene Arbeiten zur Förderung der Kreislaufwirtschaft im Gange. Mit der *parlamentarischen Initiative 20.433* der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates (UREK-N) «Schweizer Kreislaufwirtschaft stärken» ist geplant, verschiedene Neuerungen in das Umweltschutzgesetz (USG)³ einzufügen, die zur Förderung der Kreislaufwirtschaft beitragen sollen.⁴ Unter anderem

¹ Abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > 17.3505 > Bericht in Erfüllung des parlamentarischen Vorstosses.

² Abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022).

³ SR 814.01

⁴ www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > Geschäft Nr. 20.433.

soll eine breitere gesetzliche Grundlage für die Verankerung von Ökodesign-Vorschriften im Verordnungsrecht geschaffen werden. Darüber hinaus sollen die Verwertung und Wiederverwendung gestärkt und der Bundesrat ermächtigt werden, Anforderungen in Bezug auf das ressourcenschonende Bauen zu stellen. Schliesslich bezwecken die vorgeschlagenen Bestimmungen die Förderung und Finanzierung von Massnahmen, die zur Ressourcenschonung beitragen. Das Gewährleistungsrecht bleibt von diesen Arbeiten unberührt.

Mit Verabschiedung des *Berichts «Steuerliche und weitere Massnahmen zur Förderung der Kreislaufwirtschaft»* in Erfüllung des Postulates 17.3505 Vonlanthen vom 19. Juni 2020 hat der Bundesrat – neben der vertieften RFA zum Gewährleistungsrecht (oben Ziff. 1.1.2 und unten Ziff. 3.1) – verschiedene andere Analysen von Massnahmen, welche aus Umweltsicht als erfolgsversprechend eingestuft wurden, in Auftrag gegeben, unter anderem zu Deklarationspflichten über die ökologischen Eigenschaften (Lebensdauer, Reparierfähigkeit, Recyclingfähigkeit, etc.) von Produkten. Die Resultate dieser Analysen sollen in den Bundesauftrag für ein *Massnahmenpaket zur Ressourcenschonung und Kreislaufwirtschaft (MARK)* einfließen. Ein Vorschlag in Erfüllung des Auftrags soll nach dem Entscheid des Parlaments zum Entwurf zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative 20.433 vorgelegt werden – voraussichtlich Ende 2024.

Mit dem *Postulat 21.4224 Brenzikofer «Rechtliche Konsequenzen bei absichtlicher Verkürzung der Lebensdauer von Produkten»*⁵ wurde der Bundesrat schliesslich auch beauftragt, Bericht darüber zu erstatten, wie die Rechtsordnung dahingehend anzupassen ist, dass die vorsätzliche und eventualvorsätzliche Verkürzung der Produktlebensdauer («geplante Obsoleszenz») rechtlich geahndet werden kann. In Ergänzung zum vorliegenden Bericht (unten Ziff. 5) prüft das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) derzeit mögliche Anpassungen und wird darüber im Rahmen der weiteren laufenden Arbeiten zur Ressourcenschonung und Kreislaufwirtschaft Bericht erstatten.

2 Übersicht über das geltende Recht

2.1 Übersicht über die Regelung des Gewährleistungsrechts im Schweizer Recht

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht (Art. 197–210 Obligationenrecht⁶) geht weitgehend noch auf römisches Marktrecht zurück.⁷ Die Gewährleistung ist im Kern eine *Garantiehaftung der Verkäuferin bzw. des Verkäufers*, die oder der *verschuldensunabhängig* dafür eintreten muss, dass die Kaufsache ohne Mängel ist.⁸ Von der Käuferin bzw. vom Käufer wird erwartet, dass sie oder er die Kaufsache umgehend prüft und der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer allfällige Mängel sofort anzeigt (Art. 201 OR). Liegt ein Gewährleistungsfall vor, kann die Käuferin oder der Käufer entweder mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig machen oder mit der Minderungsklage den Ersatz des Minderwertes der Sache fordern (Art. 205 Abs. 1 OR). Beim Kauf einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen (Gattungskauf) kann auch eine Ersatzleistung verlangt werden (Art. 206 Abs. 1 OR). Ein Anspruch auf Nachbesserung bzw. auf Reparatur besteht heute von Gesetzes wegen – im Gegensatz zum Werkvertragsrecht (Art. 368 Abs. 2 OR) – dagegen nicht. Die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an die Käuferin oder den Käufer (Art. 210 Abs. 1 OR). Die Regeln des Gewährleistungsrechts sind in grossen Teilen *dispositiver Natur*, das heisst sie können – mit Ausnahme der Gewährleistung für arglistig verschwiegene Mängel (Art. 199 OR) – vollständig wegbedungen oder auch weitgehend

⁵ www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > Geschäft Nr. 21.4224.

⁶ OR; SR 220

⁷ BSK OR I-HONSELL, Art. 205 Rz. 5.

⁸ BSK OR I-HONSELL, Vor Art. 197-210 Rz. 1.

abgeändert werden, was in der Praxis häufig gemacht wird.⁹ Sie gelten heute, wenn nichts anderes vereinbart wurde, für alle Arten von Kaufverträgen und kommen sowohl im Handelsbereich (das heisst im B2B-Bereich) als auch gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten zur Anwendung.

Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht wurde seit der Einführung des Obligationenrechts so gut wie nicht revidiert. Die *letzte Revision* betraf die Verjährung der Gewährleistungsansprüche; die *Verjährungsfrist* wurde 2010 von einem auf zwei Jahre verlängert und damit der Richtlinie 1999/44/EG¹⁰ zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) angeglichen.¹¹ Wenn die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch der Käuferin oder des Käufers bestimmt ist und die Verkäuferin oder der Verkäufer im Rahmen ihrer oder seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt (d.h. in Konsumentenverträgen), darf die Frist nicht verkürzt werden (Art. 210 Abs. 4 OR). Diese *Einschränkung auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten* war im parlamentarischen Prozess umstritten.¹² Letztlich wurde, um die Vertragsfreiheit in Unternehmensverträgen aufrecht zu erhalten, die Länge der Frist nur für Konsumentenverträge zwingend erklärt. Auch wurde entschieden, dass eine vollständige Wegbedingung der Gewährleistung – mit Ausnahme von der Gewährleistung für arglistig verschwiegene Mängel (Art. 199 OR) – weiterhin möglich sein solle.¹³

Die Regeln des Schweizer Gewährleistungsrechts gehen damit weitgehend auf längst vergangene Zeiten zurück, in denen beispielsweise der Kauf von Nutztieren oder Tongefässen auf dem Markt im Vordergrund standen. Dies führt, wie erwähnt, dazu, dass im Schweizer Kaufrecht ein *Anspruch auf Nachbesserung bzw. auf Reparatur* heute nicht vorgesehen ist. Naturgemäss bestehen auch keine speziellen Regeln zu *Kaufgegenständen mit digitalen Elementen*, die nur mit regelmässigen Updates ihre Funktionalität über einen längeren Zeitraum erhalten können. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, haben die EU und ihre Mitgliedstaaten ihr Gewährleistungsrecht in jüngerer Zeit dagegen umfassend harmonisiert und modernisiert und sich dabei auch der Förderung der Nachhaltigkeit und der Kreislaufwirtschaft verschrieben. Diese Entwicklungen gelten auch für die Mitgliedsländer des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR).¹⁴

2.2 Entwicklung des Rechts in der EU

2.2.1 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie von 1999

Die *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG* bezweckte eine *Mindestharmonisierung* der Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf bzw. die Schaffung eines gemeinsamen Mindestsockels von Gewährleistungsrechten, die unabhängig vom Ort des Kaufs der Waren in der Gemeinschaft gelten.¹⁵ Schwierigkeiten der Verbraucherinnen und Verbraucher und Konflikte mit den Verkäuferinnen und Verkäufern wurden damals vor allem bei der Vertragswidrigkeit von Waren identifiziert.¹⁶

⁹ BSK OR I-HONSELL, Vor Art. 197-210 Rz. 4.

¹⁰ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 vom 7.7.1999, S. 12 ff.

¹¹ Die Materialien sind abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > Geschäft Nr. 06.490 (Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer, «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten. Änderung von Artikel 210 OR»).

¹² Vgl. die Diskussion in den Räten: AB 2012 N 40 ff.; AB 2012 S 66 ff.

¹³ Vgl. die Diskussion in den Räten, Nachw. oben Fn. 12.

¹⁴ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 40.

¹⁵ Erw. 5 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG.

¹⁶ Erw. 6 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG.

Bereits die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG wies einige *entscheidende Abweichungen zum Schweizer Gewährleistungsrecht* auf, unter anderem ein Wahlrecht der Verbraucherinnen und Verbraucher zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung, sofern nicht unmöglich oder unverhältnismässig (Art. 3 Abs. 3), eine gesetzliche Vermutung, dass Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung eines Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden, (Art. 5 Abs. 3) und die generelle Unabdingbarkeit der Gewährleistungsrechte (Art. 7), womit das Gewährleistungsrecht bei Verbraucherverträgen als Ganzes zwingend ausgestaltet wurde.¹⁷

2.2.2 Warenkauf- und Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinien von 2019

Per 1. Januar 2022 wurde die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie aufgehoben durch die *Richtlinie (EU) 2019/771*¹⁸ vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG (*Warenkauf-Richtlinie [EU] 2019/771*). Da bei einer Mindestharmonisierung gewichtige Unterschiede zwischen den Regeln der einzelnen Mitgliedstaaten bestehen bleiben, strebt die Richtlinie eine *vollständige Harmonisierung* der Regeln zur Gewährleistung an.¹⁹ Die neue Richtlinie trägt der zunehmenden Bedeutung von Waren, die digitale Inhalte oder Dienstleistungen enthalten oder mit solchen vernetzt sind, Rechnung und gilt daher auch für «*Waren mit digitalen Elementen*».²⁰ Für diese Waren wird eine Aktualisierungspflicht vorgesehen.²¹ Im Übrigen wird angesichts der Wichtigkeit der «Gewährleistung einer längeren Haltbarkeit von Waren [...] für die Förderung nachhaltigerer Verbrauchergewohnheiten und einer Kreislaufwirtschaft»²² die Haltbarkeit als objektives Kriterium für die Beurteilung der Vertragsmässigkeit von Waren in die Richtlinie aufgenommen.²³ Die Mitgliedsstaaten hatten bis am 1. Juli 2021 Zeit, die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Vorschriften zu erlassen.

Gleichzeitig mit der neuen Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 wurde die *Richtlinie (EU) 2019/770*²⁴ des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (*Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie [EU] 2019/770*) eingeführt. Diese enthält Vorschriften über die Vertragsmässigkeit digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen und regelt die Rechtsfolgen im Fall ihrer Vertragswidrigkeit oder nicht erfolgten Bereitstellung.

Das EU-Parlament hatte für das dritte Quartal 2022 von der Kommission einen neuen Vorschlag zur *Änderung der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* verlangt und die Schaffung eines gesonderten Rechtsakts über das *Recht auf Reparatur* in Erwägung gezogen.²⁵ In der Folge hat die Europäische Kommission am 22. März 2023 einen *Vorschlag für eine Richtlinie über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren* verabschiedet.²⁶

¹⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 10.

¹⁸ Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. L 136 vom 22.5.2019, S. 28 ff.

¹⁹ Erw. 6 ff. der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²⁰ Vgl. Erw. 5 und 14 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²¹ Art. 7 Abs. 3 und Erw. 30 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²² Erw. 32 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²³ Art. 7 Abs. 1 Bst. d der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.

²⁴ ABl. L 136 vom 22.5.2019, S. 1 ff.

²⁵ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 7. April 2022 zu dem Recht auf Reparatur (2022/2515(RSP)); <<https://www.euro-parl.europa.eu/news/de/press-room/20220401IPR26537/recht-auf-reparatur-fur-produkte-die-langlebiger-und-reparierbar-sind>>.

²⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828, COM(2023) 155 final. S. auch die Medienmitteilung unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_1794>.

Die vorgeschlagene Richtlinie gilt für Mängel, die nach Ablauf der Gewährleistungsfrist auftreten (Art. 1 Abs. 2) und führt in Art. 5 namentlich eine Reparaturpflicht des Herstellers für bestimmte Produktkategorien ein. Artikel 12 des Vorschlags sieht eine Änderung der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 vor. Das *Wahlrecht* der Konsumentinnen und Konsumenten zwischen Reparatur und Ersatz einer mangelhaften Ware soll *eingeschränkt* werden (dazu auch unten: Ziff. 3.6.2). Der Ersatz der Ware dürfte nur dann gewählt werden, wenn die Kosten dafür geringer oder gleich hoch sind wie die Kosten für die Reparatur. Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist in Verbindung mit der Bevorzugung der Reparatur wurde dagegen nicht vorgeschlagen.²⁷ Der Vorschlag der Kommission scheint eine Verstärkung der Massnahmen nach Ablauf der Gewährleistungsfrist einer Verlängerung der Frist vorzuziehen.

2.2.3 Öko-Design-Richtlinie und ihr autonomer Nachvollzug in der Schweiz

Die Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte (sog. Ökodesign-Rahmenrichtlinie 2009/125/EG)²⁸ und ihre Durchführungsverordnungen enthalten Vorgaben insbesondere zur Reparierbarkeit von Produkten. Es handelt sich dabei um *öffentlich-rechtliche Produktvorgaben*. Unter dem Titel «Materialeffizienz» finden sich beispielsweise in den Durchführungsverordnungen zu verschiedenen Produktkategorien Vorgaben zum Bereithalten von Ersatzteilen, zur Verfügbarkeit von Software- und Firmware-Aktualisierungen, zu einer langlebigen und reparaturfreundlichen Bauweise oder zur Bereitstellung von Informationen und Anleitungen zu Nutzung, Wartung und Reparatur für Konsumentinnen und Konsumenten oder professionelle Reparaturanbieter.

Die Vorgaben werden wie die Energieeffizienzvorgaben im *autonomen Nachvollzug* für die Schweiz übernommen. So verweisen die Bestimmungen des Anhangs 1 der Energieeffizienzverordnung (EnEV)²⁹ vielfach direkt auf Vorgaben in den Durchführungsverordnungen zur Ökodesign-Rahmenrichtlinie 2009/125/EG. Zum Beispiel müssen für elektronische Displays während mindestens sieben Jahren nach dem Inverkehrbringen des letzten Exemplars eines bestimmten Produktmodells Ersatzteile (z.B. Fernbedienungen) zur Verfügung gestellt werden. Sicherheitsaktualisierungen zur letzten verfügbaren Firmware müssen noch mindestens acht Jahre kostenlos bereitgestellt werden.³⁰ Weitere Beispiele für die aus der Ökodesign-Rahmenrichtlinie 2009/125/EG fließenden Pflichten sind das Bereithalten von Lichtquellen, Türgriffen, Türscharnieren und Einlegeböden für Kühlschränke.³¹ Ähnliche Vorschriften gibt es für Waschmaschinen, Geschirrspüler, Schweissgeräte und weitere elektronische Produkte. Die Pflicht trifft diejenigen, die das Produkt in Verkehr bringen, das heisst das Produkt erstmalig auf dem schweizerischen Markt überlassen oder anbieten (Art. 2 Bst. a EnEV). Dies kann der Hersteller oder Importeur und unter Umständen auch der Verkäufer sein. Der Vollzug erfolgt über das Bundesamt für Energie (BFE), dieses überprüft mit Stichproben, ob die Vorschriften der EnEV eingehalten werden und verfolgt auch begründete Hinweise (Art. 14 Abs. 1 EnEV). Ergibt die Kontrolle, dass Vorschriften der EnEV verletzt sind, so verfügt das

²⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828, COM(2023) 155 final, S. 6-7.

²⁸ ABl. L 285 vom 31.10.2009, S. 10 ff.

²⁹ SR 730.02

³⁰ EnEV Anhang 1.12. Art. 2 mit Verweis auf Verordnung (EU) 2019/2021 der Kommission vom 1. Oktober 2019 zur Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an elektronische Displays, Anhang II Bst. E Ziff. 1 Bst. a.

³¹ EnEV Anhang 1.1. Art. 2.1. mit Verweis auf Verordnung (EU) 2019/2019 der Kommission vom 1. Oktober 2019 zur Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an Kühlgeräte, Anhang II Ziff. 3 Bst. a Abs. 1 und 2.

BFE die geeigneten Massnahmen. Es kann dabei insbesondere das Inverkehrbringen der Geräte verbieten oder darüber einen Rückruf verfügen (Art. 14 Abs 3 Bst. a und b EnEV).

Diese öffentlich-rechtlichen Produktvorgaben sind dem Gewährleistungsrecht vorgelagert beziehungsweise bestehen unabhängig von allfälligen Ansprüchen aus Gewährleistungsrecht. Produkte, die den Vorgaben der EnEV nicht genügen, dürfen von vornherein nicht auf den Schweizer Markt gelangen, was zum Beispiel Produkte betrifft, bei denen die in den entsprechenden Verordnungen aufgeführten Ersatzteile nicht auswechselbar sind. Weiter sollten Ersatzteile auch noch lange nach der Verjährung möglicher Gewährleistungsansprüche verfügbar sein. Die EnEV sieht vor, dass ihre Vorgaben auf dem verwaltungsrechtlichen Weg kontrolliert und durchgesetzt werden.

3 Gewährleistungsrecht

Im Folgenden sollen *einzelne Kernthemen des Gewährleistungsrechts* dargestellt werden. Gesetzgeberisch wären sowohl eine umfassende Revision des gesamten Gewährleistungsrechts als auch kleinere Anpassungen in einzelnen Punkten denkbar. Es soll deshalb nach Themen getrennt dargestellt werden, wie sich die heutige Regelung im Schweizer Recht darstellt, in welchen Punkten sie sich vom EU-Recht und den Regelungen ausgewählter Staaten unterscheidet und welche Erkenntnisse die RFA zu den möglichen Auswirkungen einer Gesetzesänderung ergeben hat. Die Themenfelder **Digitale Produkte** (Ziff. 4) und **geplante Obsoleszenz** (Ziff. 5) werden im Anschluss an dieses Kapitel gesondert behandelt, da sie sich nicht ausschliesslich dem Gewährleistungsrecht beim Kauf zuordnen lassen.

3.1 Überblick über die Ergebnisse der Regulierungsfolgenabschätzung (RFA)

In der von der Ecoplan AG durchgeführten RFA³² wurde namentlich eine *Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an die Warenkauf-Richtlinie [EU] 2019/771* geprüft (*Basiszenario*). Daneben wurden einzelne, über den EU-Mindeststandard *hinausgehende* Punkte gesondert geprüft (*Plusszenario*), darunter die von verschiedenen Vorstössen verlangte Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre.

Insgesamt kommt die RFA zu dem Schluss, dass *staatliches Handeln* im Sinne der beiden beschriebenen Szenarien aus mehreren Gründen *notwendig* ist. Erstens hält das geltende Gewährleistungsrecht aus den 1910er Jahren mit den *technischen Entwicklungen* nicht mehr Schritt, was zu Rechtsunsicherheit führt, die die Effizienz des Marktes beeinträchtigt. Zweitens überwiegt das Interesse an einem besseren Konsumentenschutz gegenüber der Einschränkung der Vertragsfreiheit, da der Markt *keine effizienten Lösungen* zulässt: Die Konsumentinnen und Konsumenten sind nicht in der Lage, optimale Entscheidungen zu treffen, da sie *Informationsdefizite* haben, die mit der Lebensdauer der Produkte, der Schwierigkeit, Gewährleistungsrechte durchzusetzen, und den hohen Transaktionskosten für das Wissen, das für eine informierte Entscheidung erforderlich ist, zusammenhängen. Hinzu kommen laut der Studie die *externalisierten Umweltkosten*, die es ermöglichen, Waren, die häufig ersetzt werden müssen, zu billigen Preisen zu verkaufen, ohne dass die Kosten für die Umwelt in diesen Preisen berücksichtigt sind.

Die RFA hat in Bezug auf das *Basis-Szenario* ergeben, dass mit einer Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an den geltenden EU-Mindeststandard die *Position von Konsumentinnen und Konsumenten* namentlich im Konfliktfall *gestärkt* würde. Zudem könnten *Rechtslücken im Bereich digitaler Produkte* geschlossen werden. Da ein grosser Teil der Verkäuferinnen und Verkäufer sich bereits heute konsumentenfreundlich zeige, wären die

³² S. Fn. 2.

Auswirkungen auf die Wirtschaft gering. Grobe Beispielrechnungen ergaben Mehrkosten für Unternehmen im Bereich von weniger als 0.1% der Verkaufspreise, wobei nur diejenigen Firmen betroffen wären, welche sich heute nicht schon von sich aus am EU-Standard orientieren. Für die Umwelt dürfte eine Angleichung an den EU-Mindeststandard kaum ins Gewicht fallen.

Im Plusszenario würden sowohl die Kosten wie auch der Nutzen steigen. Eine flexible, bis zu 5-jährige Gewährleistungsfrist würde demnach «*zu nennenswerten, aber moderaten Mehrkosten für Unternehmen*» führen. Dabei wäre zu erwarten, dass ein Teil dieser Mehrkosten «voraussichtlich in Form von höheren Preisen auf Kundinnen und Kunden abgewälzt» würde. Das Autorenteam der RFA kommt zum Schluss, dass trotzdem die meisten Kundinnen und Kunden und auch ein Teil der Unternehmen, speziell KMU, von den Regeln profitieren könnten, da ihre Rechte im Fall von Produktmängeln gegenüber dem Basisszenario nochmals zusätzlich gestärkt würden.³³ Im Plusszenario ergäben sich gemäss der Untersuchung zudem «*geringe positive Effekte auf die Umwelt*, da es sich mit den neuen Regeln weniger lohnt, gewisse sehr kurzlebige Produkte am Markt anzubieten». Insgesamt bringe aber eine Revision des Gewährleistungsrechts allein, selbst mit dem Plusszenario, aus Umweltsicht nur wenig. Das Autorenteam kam zum Schluss, dass man das Ziel der Langlebigkeit mit *gezielter wirkenden Stossrichtungen* besser verfolgen könne (z.B. Deklarationspflichten und/oder Ökodesign-Vorgaben mit Vorschriften zur Haltbarkeit und Reparaturfähigkeit, wie sie teilweise bereits vorgesehen sind).³⁴

3.2 Sachmangelbegriff

3.2.1 Rechtslage in der Schweiz

Die zentrale Voraussetzung dafür, dass die Ansprüche des Gewährleistungsrechts zum Tragen kommen, ist das *Vorliegen eines Sachmangels*. Der Mangel muss *zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs*, das heisst beim Abschluss des Kaufvertrags (Art. 185 Abs. 1 OR) oder bei der Aussonderung von Gattungsware beziehungsweise bei Versendung der Ware (Art. 185 Abs. 2 OR) vorhanden oder zumindest im Keim angelegt gewesen sein.³⁵ Tritt der Sachmangel erst nach Gefahrübergang ein, kommt eine verschuldensunabhängige Haftung der Verkäuferin oder des Verkäufers aus Gewährleistung nicht in Betracht.

Nach dem Gesetzeswortlaut haftet «der Verkäufer [...] dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern» (Art. 197 Abs. 1 OR). Ein Sachmangel ist eine *ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit*.³⁶ Die Kaufsache ist mangelhaft, wenn ihre Beschaffenheit vom Vertrag abweicht, das heisst, wenn ihr eine zugesicherte Eigenschaft oder eine Eigenschaft, die die Käuferin oder der Käufer nach Treu und Glauben erwarten durfte, fehlt.³⁷ Besteht eine ungünstige Abweichung von der *gewöhnlich geschuldeten Beschaffenheit*, haftet die Verkäuferin oder der Verkäufer nur dann aus Gewährleistung, wenn der Mangel erheblich ist. Abweichungen von *zugesicherten Eigenschaften* gelten auch dann als Mangel, wenn keine Erheblichkeit vorliegt.³⁸

³³ S. Zusammenfassung der Ergebnisse in ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 2 f.

³⁴ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, Ziff. 7.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.3.1.; BSK OR I-HONSELL, Art. 197 Rz. 11.

³⁶ BSK OR I-HONSELL, Art. 197 Rz. 2 ff.

³⁷ BGE 114 II 239 E. 5a/aa; Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2013 vom 20. Mai 2014 E. 4.1.

³⁸ BGE 87 II 244

Als *Zusicherung* gilt eine Erklärung, dass die Kaufsache bestimmte objektiv feststellbare Eigenschaften aufweist, auf die die Käuferin oder der Käufer nach Treu und Glauben vertrauen darf.³⁹ Die Erklärung muss den Kaufentscheid erkennbar beeinflusst haben,⁴⁰ wobei dieser Zusammenhang vermutet wird. Zusicherungen können auch *stillschweigend* abgegeben werden und sich aus den Umständen ergeben.⁴¹ Bloss *Anpreisungen* beziehungsweise reklamehafte Beschreibungen der Kaufsache gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dagegen nicht als Zusicherung.⁴² Unsicherheit besteht darüber, inwiefern in *Werbung* gemachte Aussagen als Zusicherungen gelten können. Im Einzelfall muss geklärt werden, ob in der Werbung gemachte Aussagen dem Verkäufer zugerechnet werden können und erkennbar zum Kaufentscheid beigetragen haben. Zu beachten ist dabei, dass Werbung zu Produkteigenschaften häufig nicht vom Verkäufer, sondern vom Hersteller des Produkts ausgeht,⁴³ und damit dem Verkäufer wohl meist nicht zugerechnet werden kann. Unabhängig davon können Aussagen, bei denen es sich um eigentliche Reklame handelt, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nie als Zusicherung gelten.⁴⁴

3.2.2 Rechtsvergleich

In der *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* werden in Artikel 6 und 7 subjektive und objektive Anforderungen an die Vertragsmässigkeit von Waren definiert. Dabei beziehen sich die subjektiven Anforderungen im Wesentlichen auf den Inhalt des Kaufvertrags und entsprechen damit im Grossen und Ganzen den Zusicherungen nach Schweizer Recht.⁴⁵ Die objektiven Anforderungen entsprechen in etwa der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch und damit den nach Treu und Glauben vereinbarten Eigenschaften.⁴⁶

Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe d der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 konkretisiert die objektiven Anforderungen an Waren und hält fest, dass Waren «hinsichtlich ihrer Menge, Qualität und sonstigen Merkmale – einschliesslich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit – dem entsprechen [müssen], was bei Waren der gleichen Art üblich ist und was der Verbraucher in Anbetracht der Art der Waren und unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder einer anderen Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette einschliesslich des Herstellers, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann.» Die Definition des Sachmangels in der EU weicht dahingehend vom in der Schweiz geltenden Begriff ab, als dass Äusserungen anderer Personen in der Vertragskette in *Werbung* oder andere öffentliche Erklärungen in der EU von Gesetzes wegen ausdrücklich dem Verkäufer zugerechnet werden. Weist eine Sache nicht die in der Werbung angepriesenen Eigenschaften auf, gilt sie demnach als mangelhaft. In der Schweiz wird dies heute häufig nicht der Fall sein.⁴⁷

Weiter ist nach dieser Bestimmung auch ausdrücklich die *Haltbarkeit* geschuldet, die bei Waren der gleichen Art üblich ist und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann. Dies soll sich gemäss Erwägung 32 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 auf die Fähigkeit

³⁹ BGE 109 II 24 E. 4

⁴⁰ BGE 87 II 244

⁴¹ BSK OR I-HONSELL, Art. 197 Rz. 14.

⁴² BGE 88 II 410 E. 3; zuletzt Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014, E. 4.1., weitere Nachweise bei FELLMANN, RFA Beilagenband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, Rz. 30.

⁴³ S. ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017, 762.

⁴⁴ S. die Nachweise oben in Fn. 42 und BSK OR I-HONSELL, Art. 197 Rz. 16.

⁴⁵ FELLMANN, RFA Beilagenband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, Rz. 29.

⁴⁶ FELLMANN, RFA Beilagenband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, Rz. 29.

⁴⁷ FELLMANN, RFA Beilagenband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, Rz. 30.

der Waren beziehen, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten. Bei der Beurteilung sollen alle massgeblichen Umstände berücksichtigt werden, wie beispielsweise der Preis der Ware. Durch Verweis auf Branchenstandards wird jedoch eine gewisse Objektivierung erreicht.⁴⁸ In der Erwägung 32 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 wird weiter ausgeführt, dass *produktspezifische Rechtsvorschriften* der Union (wie sie in der Ökodesign-Rahmenrichtlinie 2009/125/EG enthalten sind)⁴⁹ als das am besten geeignete Instrument erachtet werden, um für bestimmte Arten oder Gruppen von Produkten Anforderungen an die Haltbarkeit und andere Produkteigenschaften einzuführen. Dem Gewährleistungsrecht kommt nur eine ergänzende Rolle zu. Diese produktspezifischen Rechtsvorschriften gelten auch im Gewährleistungsrecht als Mindeststandard.⁵⁰ Durch vertragliche Vereinbarung kann zwar von den in Artikel 7 Absatz 1 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 festgelegten objektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit von Waren abgewichen werden. Solche Abweichungen müssen der Verbraucherin oder dem Verbraucher aber speziell mitgeteilt werden, und sie oder er muss ihnen ausdrücklich und gesondert zustimmen (Art. 7 Abs. 5).

3.2.3 Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit

Eine Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an den EU-Mindeststandard (Basiszenario) hätte gemäss der RFA im Allgemeinen nur geringe Auswirkungen auf die Wirtschaft, würde aber die Position von Konsumentinnen und Konsumenten stärken (oben Ziff. 3.1). Gemäss den Autoren der RFA würde eine Anpassung des Sachmangelbegriffs namentlich dem sogenannten «*Greenwashing*» vorbeugen, indem Aussagen zur Haltbarkeit oder Nachhaltigkeit eines Produkts für Verkäufer verbindlich würden.⁵¹ Mögliche zusätzliche Effekte könnten durch die Einführung einer Deklarationspflicht für Hersteller oder Verkäufer zur Lebensdauer oder Reparierbarkeit eines Produkts erzielt werden.⁵² Abweichungen von deklarierten Eigenschaften wären als Abweichungen von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit zu qualifizieren und würden während der Gewährleistungsfrist damit automatisch zu Ansprüchen der Käuferinnen und Käufer führen. Ein Sachmangel liegt jedoch nur dann vor, wenn das Produkt punkto Funktionalität oder Haltbarkeit von den berechtigten Erwartungen der Käuferin oder des Käufers abweicht. Das ist bei *Wegwerf- und Billigware*, die erwartungsgemäss schnell defekt wird, nicht der Fall.⁵³ Auf das Produktdesign dürfte eine Anpassung des Sachmangelbegriffs in jedem Fall nur einen bedingten Einfluss haben.⁵⁴ Die Produktion von billigen Waren, die erwartungsgemäss schnell defekt werden, würde durch die Erweiterung des Sachmangelbegriffs auf die gewöhnlich geschuldete Haltbarkeit nicht verhindert. Der entscheidende Faktor bliebe das Konsumverhalten der Käuferinnen und Käufer. Durch eine Erweiterung des Sachmangelbegriffs würden Käuferinnen und Käufer jedoch in ihrem Vertrauen auf direkt oder implizit angepriesene Produkteigenschaften geschützt.⁵⁵

Nach Ansicht des Bundesrates erscheint daher eine Anpassung des Sachmangelbegriffs angezeigt, damit dieser die gewöhnlich geschuldete Haltbarkeit und die in der Werbung angepriesenen Eigenschaften eindeutig umfasst.

⁴⁸ Vgl. ATAMER, ZSR 2022 I, 291.

⁴⁹ S. oben Ziff. 2.2.3.

⁵⁰ Vgl. dazu ATAMER, ZSR 2022 I, 291.

⁵¹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 15.

⁵² ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 45; zu den laufenden Arbeiten diesbezüglich oben Ziff. 1.3.

⁵³ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 21 f.; ATAMER, ZSR 2022 I, 289 ff.

⁵⁴ S. allgemein zu den erwarteten Auswirkungen auf Produktdesign und Sortimentsänderung nach den zwei Szenarien ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, Tabelle auf S. 30.

⁵⁵ Vgl. ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017, 762.

3.3 Vermutung des Mangels

3.3.1 Rechtslage in der Schweiz

Nach Artikel 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB)⁵⁶ muss nach Schweizer Recht derjenige, der aus einer Tatsache Rechte ableitet, das Vorhandensein dieser Tatsache beweisen, gesetzliche Ausnahmen vorbehalten. Im Gewährleistungsrecht muss der *Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs* bestanden haben, um einen Gewährleistungsanspruch zu begründen (siehe oben Ziff. 3.2.1). Dies ist nach Artikel 185 OR der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der Aussonderung einer Gattungware oder der Übergabe zur Versendung im Falle eines Versendungskaufs. Somit muss die Käuferin bzw. der Käufer einer mangelhaften Sache beweisen, dass der Mangel zu diesem Zeitpunkt vorlag.⁵⁷

Die vom Bundesgericht beurteilten Fälle zeigen, dass diese Voraussetzung für die Käuferin bzw. den Käufer eine *grosse Hürde* darstellen kann, insbesondere bei komplexeren, aber dennoch alltäglichen Gütern wie Autos.⁵⁸ Mängel treten bei dieser Art von Waren in der Regel erst später, beim Gebrauch, auf, und die Käuferin oder der Käufer hat kaum Möglichkeiten zu zeigen, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestand. Mit der Nutzung des Gutes und dem Verstreichen einer gewissen Zeit können weitere Ursachen für die Fehlfunktion nicht ausgeschlossen werden, so dass das Vorhandensein des Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrenübergangs kaum beweisbar ist. Dies kann dazu führen, dass Gewährleistungsansprüche nicht durchgesetzt werden können, obwohl das Vorliegen eines Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs wahrscheinlich ist.⁵⁹

Die *technische Entwicklung* verschärft dieses Problem. Bei elektronischen Produkten ist es schwierig bis unmöglich, diesen Nachweis zu erbringen oder für den Nachweis wird ein unverhältnismässiger Aufwand erforderlich sein. Immer mehr Güter enthalten elektronische Komponenten oder Software. Die systematische Ablehnung von Garantieleistungen, insbesondere wegen angeblichen Selbstverschuldens, scheint in der Praxis verbreitet zu sein und findet sich seit Jahren auf Platz 1 der gesamtschweizerischen *Ärgerliste der Konsumentenverbände*.⁶⁰ Die Motion 19.4598 Masshardt «Kreislaufwirtschaft. Einführung der Beweislastumkehr auch in der Schweiz», welche eine Angleichung an das EU/EWR-Niveau forderte, wurde vom Nationalrat aber mit 90 zu 87 Stimmen abgelehnt.⁶¹

3.3.2 Rechtsvergleich

Anders stellt sich die Rechtslage in der EU und dem EWR dar: Wenn ein Produkt bereits kurze Zeit nach dem Kauf einen Mangel aufweist, wird vermutet, dass das Produkt schon beim Kauf mangelhaft war, Beweis des Gegenteils vorbehalten. Die Käuferinnen und Käufer können damit ihre Sachgewährleistungsansprüche einfacher geltend machen. Es handelt sich um eine *einfache widerlegbare Vermutung, die sich nur auf den Zeitpunkt bezieht, zu dem der Mangel bestand*, und nicht eine generelle Umkehr der Beweislast, obwohl diese Bezeichnung für die im EU-Recht vorgesehene Regel häufig verwendet wird. Die Käuferin bzw. der Käufer bleibt verpflichtet, den eigentlichen Mangel nachzuweisen.

⁵⁶ SR 210

⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_435/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 5.

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_435/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 5.

⁵⁹ In diesem Sinne Urteil des Bundesgerichts 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.3.2.

⁶⁰ Vgl. für 2022: <https://www.konsumentenschutz.ch/wp-content/uploads/2022/12/Aergerliste_2022_Allianz_definitiv.pdf>.

⁶¹ AB 2020 N 1759 ff.

Schon die *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG*⁶² enthielt in Artikel 5 Absatz 3 eine solche gesetzliche Vermutung: Bis zum Beweis des Gegenteils wurde vermutet, dass Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung eines Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar. Durch die *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* wurde diese Frist auf ein Jahr erweitert (Art. 11 Abs. 1). Es steht den Mitgliedstaaten frei, eine Frist von bis zu zwei Jahren vorzusehen (Art. 11 Abs. 2). *Frankreich* kennt eine solche zweijährige Frist bereits seit 2014.⁶³

3.3.3 Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit

Laut den Autoren der RFA hätte eine Angleichung an das EU-Niveau (*Basisszenario*) wenig Auswirkungen auf Unternehmen, da viele Verkäuferinnen und Verkäufer sich bereits heute kulant zeigen.⁶⁴ Entsprechend blieben auch die *Auswirkungen* bei einer isolierten Übernahme der Vermutung des Sachmangels *gering*. Geringe Mehrkosten wären bei Verkäuferinnen und Verkäufern, die sich heute wenig kulant zeigen und Verkäuferinnen und Verkäufern von qualitativ minderwertigen Waren eigentlich langlebiger Produkte (Billiglinien), zu erwarten. Die gesetzliche Vermutung des Sachmangels stellt aber gemäss RFA zusammen mit einer längeren Prüfungs- und Rügefrist einen *entscheidenden Faktor* dar, um Käuferinnen und Käufern die Ausübung ihrer Rechte zu erleichtern.⁶⁵

Bei der im *Plusszenario* angenommenen zweijährigen Vermutung des Sachmangels würden die Kosten sowohl für die Unternehmen als auch die Konsumentinnen und Konsumenten steigen. Das Autorenteam rechnet zudem *mit geringen Sortimentsveränderungen*, da sich der Verkauf gewisser Billiglinien nicht mehr lohnen dürfte.⁶⁶ Für die Konsumentinnen und Konsumenten wäre die Durchsetzung ihrer Rechte nach beiden Szenarien wesentlich vereinfacht, da sie nicht mehr auf die Kulanz von Verkäuferinnen und Verkäufern angewiesen wären.

In Anbetracht der heute schwierigen bis *faktisch unmöglichen Durchsetzung* bestehender Gewährleistungsansprüche in der Schweiz und des Vergleichs mit dem Recht der Europäischen Union sollte die einjährige gesetzliche Vermutung nach Ansicht des Bundesrates im Schweizer Recht übernommen werden.⁶⁷ Die RFA hat gezeigt, dass die negativen Auswirkungen dieser Regel auf die Wirtschaft und die Unternehmen sehr begrenzt oder sogar vernachlässigbar sind und sie die *Durchsetzung der bereits bestehenden Rechte effektiv erleichtern* könnte.

3.4 Prüfungs- und Rügeobliegenheiten

3.4.1 Rechtslage in der Schweiz

Gemäss Artikel 201 Absatz 1 OR soll die Käuferin bzw. der Käufer die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer Anzeige machen. Wird dies versäumt, so gilt die Kaufsache selbst mit diesen Mängeln als stillschweigend genehmigt (Art. 201 Abs. 2 und 3 OR). Es handelt sich um eine *Genehmigungsfiktion*, die unwiderlegbar ist und zur *Verwirkung* aller Gewährleistungsansprüche

⁶² S. oben Ziff. 2.2.1.

⁶³ HESELHAUS/ FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 35.

⁶⁴ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 29 und oben Ziff. 3.1.

⁶⁵ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 20 et 35.

⁶⁶ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 32.

⁶⁷ S. auch schon Antrag des Bundesrates vom 26. Februar 2020 zur Mo. 19.4598 Masshardt «Kreislaufwirtschaft. Einführung der Beweislastumkehr auch in der Schweiz», abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista > 19.4598.

führt.⁶⁸ Die Verkäuferin bzw. der Verkäufer kann sich auf diese Obliegenheiten jedoch nicht berufen, wenn sie oder er die Käuferin bzw. den Käufer absichtlich getäuscht hat (Art. 203 OR). Diese Bestimmung erfasst sowohl falsche Angaben durch die Verkäuferin oder den Verkäufer als auch den fehlenden Hinweis auf Mängel, die der Verkäuferin oder dem Verkäufer bekannt waren, die sie oder er nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hätte erwähnen müssen und die auf erkennbare Weise von Bedeutung für die Käuferin oder den Käufer waren.⁶⁹

Die Käuferin oder der Käufer soll die Beschaffenheit der empfangenen Sache *prüfen*, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist» und falls sich Mängel ergeben, «sofort» *Anzeige* machen (Art. 201 Abs. 1 OR). Bei *versteckten Mängeln*, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren und sich erst später ergeben, muss die Anzeige «*sofort nach der Entdeckung*» erfolgen (Art. 201 Abs. 3 OR). Entscheidend für den Beginn der Rügefrist ist die Entdeckung des Mangels. Ein Mangel gilt als entdeckt, wenn die Käuferin oder der Käufer zweifelsfrei feststellen kann, dass ein Mangel vorliegt und sie oder er daher eine hinreichend begründete Rüge einreichen kann.⁷⁰ In der Anzeige muss der Mangel genau benannt werden, es muss erklärt werden, warum die Kaufsache nicht die versprochenen oder erwarteten Eigenschaften aufweist, und es muss deutlich gemacht werden, dass die Käuferin oder der Käufer die Sache für nicht vertragsgemäss hält und die Verkäuferin oder den Verkäufer dafür haftbar macht.⁷¹ Nach der Rechtsprechung hat die Anzeige *sofort nach der Entdeckung* zu erfolgen.⁷² Was darunter zu verstehen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Natur des Mangels.⁷³ Auch wenn das Gesetz eine sofortige Anzeige verlangt, gesteht die Rechtsprechung der Käuferin bzw. dem Käufer eine *kurze Überlegungsfrist* zu, die es erlaubt, einen Entscheid zu treffen und ihn der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer mitzuteilen. So erfüllt eine Mängelrüge, die zwei oder drei Werktagen nach der Entdeckung des Mangels erfolgt, die gesetzlich vorgeschriebene Voraussetzung der Unmittelbarkeit, nicht aber eine Anzeige nach drei Wochen.⁷⁴ Das Bundesgericht tendierte anfänglich dazu, eine siebentägige Frist als festen Wert anzuerkennen, erklärte jedoch später, dass es keinen Anlass für die Annahme einer solchen allgemeinen Beschränkung gebe.⁷⁵ Dennoch wird in mehreren Entscheiden die Frist von drei Wochen als verspätet bezeichnet und in konkreten Fällen wurden Mängelrügen, die nach 14, 18 oder 20 Tagen, einem Monat oder fünf Wochen erfolgten, als verspätet beurteilt.⁷⁶

Die Gründe für diese Regeln sind der *Schutz der Verkäuferin oder des Verkäufers* gegen die Folgen einer Vertragsauflösung, die Bewahrung der Möglichkeit, rechtzeitig gegen die Lieferanten vorzugehen⁷⁷ und schliesslich die allgemeine *Verkehrssicherheit* durch schnelle Klärung der rechtlichen Verhältnisse, was auch Beweisprobleme verringert.⁷⁸

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_535/2021 vom 6. Mai 2022, E. 6.1

⁶⁹ BGE 131 III 145 E. 8.1

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_261/2020 vom 10. Dezember 2020, E. 7.2.1

⁷¹ Urteil des Bundesgerichts, 4A_261/2020 vom 10. Dezember 2020, E. 7.2.1

⁷² BGE 107 II 172 E. 1a

⁷³ Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2

⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_467/2009 vom 2. November 2009, E. 1.2

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2 mit zitierten Beispielen.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2 m.w.H.

⁷⁷ BGE 88 II 364 E. 2, BGE 81 II 56 E. 2b

⁷⁸ BGE 88 II 364 E. 2

Wie das Bundesgericht selber feststellt,⁷⁹ *kritisiert die Lehre diese* strenge und für die Käuferin oder den Käufer sehr nachteilige *Regelung* und schlägt wahlweise eine Lockerung für private Käuferinnen und Käufer⁸⁰ oder eine Beschränkung auf Handelsgeschäfte vor.⁸¹ Das Bundesgericht stellte wie erwähnt auch fest, dass es «keine ratio legis gibt, welche zum Schutz des Verkäufers oder Unternehmers eine starre Beschränkung auf eine Woche rechtfertigt».⁸² Diese fehlende Rechtfertigung veranlasst einen Teil der Lehre zu einer grundsätzlicheren Kritik an der Regel der sofortigen Anzeige; diese sei für einen Grossteil der Kaufverträge und im Bereich der Werkverträge unangemessen.⁸³ Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht, dass die angemessene Frist von Artikel 39 Absatz 1 des Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG⁸⁴), welche einen Bestandteil des Schweizer Rechts bildet und nur für Handelsgeschäfte gilt, weniger restriktiv ist. Auch wenn sich diese Frist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls richtet, kann eine Frist von einem Monat in Fällen, in denen nicht besondere Umstände (z. B. verderbliche Waren, starke Preisschwankungen) eine besonders kurze Frist erfordern, als zulässig erachtet werden.⁸⁵

3.4.2 Rechtsvergleich

Diese Kritik am schweizerischen Recht wird durch einen Blick auf ausländische Regelungen bestätigt. So sieht die *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* keine Anzeigepflicht vor. Artikel 12 erlaubt es den Mitgliedstaaten, Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, nach denen die Verbraucherin oder der Verbraucher zur Inanspruchnahme ihrer bzw. seiner Rechte die Verkäuferin oder den Verkäufer innerhalb eines *Zeitraums von mindestens zwei Monaten* ab dem Zeitpunkt, in dem sie oder er die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, über diese Vertragswidrigkeit unterrichten muss. Diese Regel war bereits in der *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG* enthalten, so dass die Mindestfrist von zwei Monaten seit über 20 Jahren in allen EU- und EWR-Staaten gilt. Die Richtlinie sieht auch keine Prüfpflicht vor, was namentlich seit dem Inkrafttreten der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 – die eine vollständige Harmonisierung vorsieht und strengere oder weniger strenge nationale Vorschriften verbietet, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vorgesehen ist (Art. 4) – so ausgelegt wird, dass die Mitgliedstaaten keine solche Pflicht einführen dürfen.⁸⁶ Anzumerken ist schliesslich, dass im *deutschen Recht*, das mit dem Schweizer Recht einen strengen Ansatz in Bezug auf Prüfung und Anzeige teilt, einzig in Artikel 377 Handelsgesetzbuch (HGB) eine mit Artikel 201 OR vergleichbare Regel enthalten ist und somit nur für Kaufverträge im Handelsbereich gilt.

3.4.3 Mögliche Auswirkungen einer Änderung des schweizerischen Rechts und Fazit

Vor diesem Hintergrund sprechen *eindeutige Argumente für eine Anpassung des schweizerischen Rechts* zumindest in Bezug auf Konsumentenverträge. Eine Frist von zwei Monaten, wie sie in der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 vorgesehen ist, stellt eine klare Regel dar, die der Käuferin oder dem Käufer eine Bedenkzeit einräumt, ohne den Schutz der Verkäufe-

⁷⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_261/2020 vom 10. Dezember 2020, E. 7.2.1

⁸⁰ CHK-MÜLLER-CHEN, Art. 201 OR N 3, 13 und 18; TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, N 705; BSK-HONSELL, Art. 201 OR N 1.

⁸¹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 83; ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 64; ATAMER/EGGEN, ZBJV 2017, 764; BSK-HONSELL, Art. 201 OR N 1; BK-Giger, Art. 201 OR N 7 und 14-17.

⁸² Urteil des Bundesgerichts 4A_399/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2

⁸³ So z.B. STÖCKLI, BR/DC 2019, 128.

⁸⁴ SR 0.221.221.1

⁸⁵ SKH-BRUNNER/MARTI-SCHREIER, Art. 39 CISG N 13.

⁸⁶ S. für die Richtlinie 1999/44/EG, Entscheidung des EuGH vom 4. Juni 2015, C-497/13, N 60-61; s. auch ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 58 und 64.

rin oder des Verkäufers zu beeinträchtigen. Diese verlängerte Rügefrist wäre namentlich angesichts der strengen Folgen bei Nichteinhaltung gerechtfertigt. Wie von der Lehre angeführt,⁸⁷ sind nichtkaufmännischen Käuferinnen und Käufern in der Regel weder die Notwendigkeit der sofortigen Prüfung und Anzeige noch die Verwirkungsfolgen in Bezug auf die Gewährleistungsansprüche bekannt. Erschwerend kommt hinzu, dass der Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels für die Bemessung der Rügefrist entscheidend ist. Dieser Zeitpunkt kann je nach Fall aber schwierig zu bestimmen sein, was zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt. So ist im Einzelfall nicht einfach zu bestimmen, welche Mängel bei einer übungsgemässen Untersuchung und somit bereits beim Zeitpunkt der Lieferung entdeckt werden müssten und welche Mängel erst beim Gebrauch sichtbar werden und somit als versteckte Mängel auch später noch geltend gemacht werden können. Auch bei versteckten Mängeln kann der Zeitpunkt der Entdeckung in Fällen, wo der Mangel erst allmählich auftritt und zunächst nur wenige Anzeichen einer Fehlfunktion vorliegen, schwierig zu bestimmen sein. Eine längere, aber dennoch begrenzte Frist beeinträchtigt auch die Interessen der Verkäuferin oder des Verkäufers nicht. Eine Anzeige des Mangels innert zwei Monaten wäre immer noch früh, auch muss innerhalb der zweijährigen Frist ohnehin mit Gewährleistungsfällen gerechnet werden. Beweissschwierigkeiten gehen zudem zu Lasten der Käuferseite, die den Mangel nachweisen muss. Die Käuferin oder der Käufer sollte auch das Risiko von Folgeschäden tragen, was sich aus der Pflicht zur Schadensminderung ableiten lässt und keine sehr kurze Rügefrist erfordert.⁸⁸ Im Übrigen sind mehrere Zielsetzungen, die der aktuellen Regelung in der Schweiz zugrunde liegen, wie der Schutz der Verkäuferin oder des Verkäufers vor Preisschwankungen, eher auf Handelsbeziehungen zugeschnitten als auf Verkäufe an Private.

Schliesslich hat der Gesetzgeber das Problem beim *Grundstückkauf* bereits anerkannt. Das Parlament behandelt gegenwärtig die Vorschläge, die der Bundesrat in seiner Botschaft vom 19. Oktober 2022 zur Änderung des Obligationenrechts (Baumängel) verabschiedet hat.⁸⁹ Der Bundesrat schlägt beim Grundstückkauf (Art. 219a Abs. 1 E-OR) oder bei der Errichtung eines unbeweglichen Werks (Art. 367 Abs. 1 E-OR) eine Rügefrist von 60 Tagen vor.

Aus all diesen Gründen befürwortet der Bundesrat die Einführung einer Rügefrist von 60 Tagen, zumindest für Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten.

3.5 Gewährleistungsfrist

3.5.1 Rechtslage in der Schweiz

Die allgemeine Gewährleistungsfrist beträgt nach schweizerischem Recht *zwei Jahre* (Art. 210 Abs. 1 OR). Die Frist beginnt «mit der Ablieferung an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdeckt hat.» Es handelt sich um eine Verjährungsfrist.⁹⁰ Die Käuferin oder der Käufer muss also innerhalb dieser Frist handeln, um ihr oder sein Recht auszuüben, oder eine andere, in Artikel 135 Ziffer 2 OR vorgesehene, die Verjährung unterbrechende Handlung vornehmen. Eine Mängelrüge (Art. 201 Abs. 1 OR), die innerhalb der Frist von zwei Jahren erfolgt, erlaubt die Einhaltung dieser Verjährungsfrist nicht. Für bestimmte Kategorien von beweglichen Waren gelten besondere Gewährleistungsfristen: fünf Jahre für Sachen, die bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert worden ist (Art. 210

⁸⁷ ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 64.

⁸⁸ In diesem Sinn BIEGER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, N 268.

⁸⁹ BBl 2022 2743.

⁹⁰ BGE 94 II 26; 104 II 357

Abs. 2 OR); für Kulturgüter verjährt die Klage ein Jahr, nachdem der Käufer den Mangel entdeckt hat, in jedem Fall jedoch dreissig Jahre nach dem Vertragsabschluss (Art. 210 Abs. 3 OR).

Die Verjährungsfrist kann durch Vereinbarung nicht auf weniger als zwei Jahre, oder bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt werden, wenn die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch der Käuferin oder des Käufers bestimmt ist und die Verkäuferin oder der Verkäufer im Rahmen ihrer oder seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt (Art. 210 Abs. 4 OR). Die Gewährleistung kann in einem Kaufvertrag jedoch vollständig oder teilweise *ausgeschlossen* werden, es sei denn, die Verkäuferin bzw. der Verkäufer habe der Käuferin bzw. dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen (Art. 199 OR).

3.5.2 Rechtsvergleich

Gemäss Artikel 10 Absatz 1 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 haftet die Verkäuferin oder der Verkäufer für die Mängel, die zum Zeitpunkt der Lieferung der Waren bestehen und innerhalb von *zwei Jahren* nach diesem Zeitpunkt offenbar werden. Artikel 10 Absatz 2 enthält *zwei Sonderregeln für Waren mit digitalen Elementen*. So haftet die Verkäuferin oder der Verkäufer für Mängel an digitalen Inhalten oder Dienstleistungen, die zum Zeitpunkt der Lieferung nicht vorhanden waren aber innerhalb von zwei Jahren auftreten, wenn eine fortlaufende Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistung über einen bestimmten Zeitraum hinweg vorgesehen ist. Wenn die Dauer der fortlaufenden Bereitstellung für mehr als zwei Jahre vorgesehen ist, erstreckt sich die Haftung der Verkäuferin oder des Verkäufers auf diese längere Dauer (s. dazu auch unten Ziff. 4).

Fristen von weniger als zwei Jahren dürfen nicht vereinbart werden (Art. 21 Abs. 1). Für *gebrauchte Waren* ist eine Sonderregel vorgesehen. Hier können die Parteien eine Frist von weniger als zwei Jahren vereinbaren, die jedoch mindestens ein Jahr betragen muss (Art. 10 Abs. 6). Anders als im schweizerischen Recht sind bei Verbraucherverträgen Ausschlüsse oder Einschränkungen der Gewährleistungsrechte nicht möglich (Art. 21). Dagegen können die *Mitgliedstaaten* der EU oder des EWR *längere Gewährleistungsfristen* vorsehen (Art. 10 Abs. 3). Dies ist eine Ausnahme von dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel der vollständigen Harmonisierung. Allerdings haben nur wenige Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. So gilt in *Irland* eine allgemeine Gewährleistungsfrist von sechs Jahren⁹¹ und in *Portugal*⁹² ebenso wie *Spanien* eine Frist von drei Jahren.⁹³ Die Frist von sechs Jahren ist übrigens auch im *Vereinigten Königreich*⁹⁴ vorgesehen. Im Übrigen gibt es ausserhalb der Europäischen Union Lösungen, mit denen die Lebensdauer der Waren berücksichtigt wird. So sieht *Norwegen* eine Frist von fünf Jahren ab Lieferung für Waren vor, die eine «lange Lebensdauer» aufweisen, d. h. bei denen bei gewöhnlicher Verwendung der Ware eine Lebensdauer von mehr als zwei Jahren zu erwarten ist.⁹⁵ Eine ähnliche Regel besteht in *Island*, wo für Waren mit einer Lebensdauer von mehr als zwei Jahren eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren gilt.⁹⁶ Diese Dauer bestimmt sich nach den Erwartungen der Verbraucherinnen

⁹¹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 52.

⁹² HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 94.

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

⁹⁴ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 54.

⁹⁵ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 41.

⁹⁶ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 48.

und Verbraucher oder den Plänen der Herstellerinnen und Hersteller.⁹⁷ Es wurde eine Kommission eingesetzt, die angerufen werden kann, um die Lebensdauer eines Gutes zu bestimmen. Schliesslich kennt das Recht von *Québec* eine Haltbarkeitsgarantie, die besagt, dass eine Kaufsache für einen angemessenen Zeitraum, der sich nach dem Preis, den Vertragsbedingungen und den Nutzungsbedingungen richtet, für eine normale Nutzung geeignet sein muss.⁹⁸

Die in der EU-Richtlinie vorgesehenen Fristen sind keine Verjährungsfristen.⁹⁹ So kann eine Käuferin oder ein Käufer auch nach Ablauf dieser Fristen klagen, wenn der Mangel innerhalb von zwei Jahren nach der Lieferung oder gegebenenfalls innerhalb der für digitale Inhalte oder Dienstleistungen vorgesehenen längeren Frist aufgetreten ist. Artikel 10 Absatz 4 und 5 verlangen, dass die im nationalen Recht vorgesehenen Verjährungsfristen die Inanspruchnahme der in der Richtlinie vorgesehenen Rechte bei Mängeln, die unter die Gewährleistungsfristen fallen, nicht verhindern dürfen. Schliesslich können Mitgliedstaaten eine Mängelrüge zwar einführen, doch muss diese Frist ab dem Zeitpunkt der Feststellung des Mangels durch den Verbraucher mindestens zwei Monate betragen (Art. 12).

Die im schweizerischen Recht vorgesehene Verjährungsfrist entspricht den in der Europäischen Union vorgesehenen Mindestregeln. Weil fast alle Mitgliedstaaten von der Möglichkeit, längere Fristen vorzusehen, keinen Gebrauch gemacht haben, *entspricht die in der Schweiz vorgesehene Frist* somit derjenigen der Nachbarstaaten. Dennoch gibt es zwei Unterschiede: Erstens kennt das schweizerische Recht keine Sonderregeln für *Waren mit digitalen Elementen*, und zweitens kann *die Frist von zwei Jahren ausgeschlossen werden*, wenn der Vertrag einen vollständigen Ausschluss der Gewährleistung vorsieht. Einige Staaten wie Island, Irland, Vereinigtes Königreich oder Norwegen kennen längere Fristen. Diese Fristen hängen in Island und Norwegen von der Lebensdauer der Waren ab.

3.5.3 Mögliche Auswirkungen einer Änderung des schweizerischen Rechts und Fazit

Im in der Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) analysierten *Basisszenario* wird die zweijährige Gewährleistungsfrist beibehalten, aber die Vorschriften über die Mängelgewährleistung werden für Verträge zwischen Unternehmerinnen bzw. Unternehmern und Konsumentinnen bzw. Konsumenten zwingend. Im Vergleich zum geltenden schweizerischen Recht bedeutet dies, dass eine Klausel, mit der die Gewährleistung vollständig ausgeschlossen wird und somit die Gewährleistungsfrist trotz zwingendem Charakter wirkungslos ist, nicht mehr möglich wäre. Das zweite Szenario, das *Plusszenario*, sieht je nach Lebensdauer eines Produkts eine variable *Gewährleistungsfrist von zwei bis fünf Jahren* vor. Die Vorschriften über die Gewährleistung würden für alle Arten von Verträgen zwingend, auch für Verträge zwischen Unternehmerinnen und Unternehmern.

In der RFA wurden mit Bezug auf die Gewährleistungsfrist verschiedene Auswirkungen diskutiert. Eine Anpassung des schweizerischen Rechts an die Regelungen der EU-Richtlinie hätte nur geringe Auswirkungen, weil die *Frist von zwei Jahren* in der Schweiz bereits *sehr verbreitet* ist und die Verkäufer sich im Falle einer Rüge kulant zeigen.¹⁰⁰ Die *Rechtsstellung* der Konsumentinnen und Konsumenten würde durch den zwingenden Charakter der Gewährleistungsfrist dennoch gestärkt. Eine Zunahme der Rügen hinge allerdings von anderen Faktoren

⁹⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 49.

⁹⁸ Art. 38 Loi sur la protection des consommateurs

⁹⁹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 12.

¹⁰⁰ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 35.

ab, nämlich von der Regel über die Vermutung des Mangels (oben Ziff. 3.3) und der Rügefrist (oben Ziff. 3.4), von den Rechtskenntnissen, den Hindernissen bei der Durchsetzung oder auch von der psychologischen Obsoleszenz, die zum Kauf eines neuen Modells verleitet. Auch wären nicht alle Produkte gleichermassen betroffen, denn nur bei Produkten von schlechter Qualität besteht die Gefahr, dass sie innerhalb von zwei Jahren einen Mangel aufweisen.

Die Auswirkungen einer *Verlängerung der Frist über zwei Jahre hinaus* (was die zentrale Massnahme des in der RFA analysierten Plusszenarios darstellte) wären *für die Umwelt gering* und führten zu *leicht höheren Kosten*.¹⁰¹ Änderungen des Produktesortiments sind nicht zu erwarten, weil eine Änderung des schweizerischen Rechts unabhängig von der Europäischen Union keine Auswirkungen auf die Hersteller hätte.¹⁰² Eine längere Gewährleistungsfrist, wie sie im Plusszenario vorgesehen ist, würde die Verkäuferinnen und Verkäufer in der Schweiz im Vergleich zu den Nachbarstaaten zusätzlich belasten und könnte zu einem Preisanstieg führen. Die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland würden auch aus diesem Grund vergrössert, was einen *geringfügigen Anstieg des Einkaufstourismus* bewirken könnte.¹⁰³ Trotz der Preiserhöhungen dürfte sich gemäss den Autoren der RFA das Plusszenario für die meisten Konsumentinnen und Konsumenten positiv auswirken. Sie müssten insbesondere für Mängel bei länger haltbaren Produkten weniger oft selbst aufkommen und erhielten damit ein Schutzniveau, welches bisher oftmals nur durch den Kauf einer Garantieverlängerung und mit den damit verbundenen Zusatzkosten erreichbar war.¹⁰⁴

Die RFA bestätigt damit die *Bedenken des Bundesrates* gegenüber einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf fünf Jahre.¹⁰⁵ Die von einer solchen Massnahme erhofften Vorteile werden zunächst nicht bestätigt. Die positiven Auswirkungen auf die Umwelt blieben sehr begrenzt, und eine auf die Schweiz beschränkte Änderung würde keine Auswirkung auf die Produktion haben, die sich nicht auf länger haltbare Waren ausrichten würde. Diese Massnahme ist auch nicht an die Vielfalt der Waren angepasst, die eine sehr unterschiedliche Lebensdauer haben können. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass eine einheitliche Dauer von fünf oder sechs Jahren für alle Waren in der EU und im EWR selten vorgesehen ist. Eine *Gewährleistungsdauer, die sich nach der Lebensdauer der Waren richtet*, scheint etwas weiter verbreitet zu sein und eher der Realität zu entsprechen. Eine solche Möglichkeit wird von den Autoren der RFA favorisiert.¹⁰⁶ Diese Lösung macht das Gewährleistungssystem jedoch wesentlich *komplexer*, weil sie bedingt, dass die Lebensdauer jeder Kaufsache bestimmt wird. Die Einrichtung einer spezialisierten Schlichtungskommission und Schlichtungsbehörde, wie sie in der rechtsvergleichenden Studie und der RFA¹⁰⁷ empfohlen wird, wäre *kostspielig* und angesichts ihrer sehr begrenzten Funktion *unverhältnismässig*. Schliesslich würde eine fünfjährige Frist, auch wenn sie sich gemäss RFA für die meisten Konsumentinnen und Konsumenten positiv auswirken würde, wahrscheinlich zu höheren Preisen führen und die *Verkäufer in der Schweiz* im Vergleich zu ihren Konkurrenten in den Nachbarstaaten und den meisten europäischen Ländern *benachteiligen*. Eine andere Situation ergäbe sich,

¹⁰¹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 40.

¹⁰² ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 36-37.

¹⁰³ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 37.

¹⁰⁴ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA Beilageband C, 34.

¹⁰⁵ Antworten auf die Motionen 19.4594 Streiff-Feller und 20.4025 Hurni.

¹⁰⁶ S. ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 12: Plusszenario, zwingende Gewährleistungsfrist von 2 bis 5 Jahren, je nach der erwarteten Lebensdauer des Produkts.

¹⁰⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 94 und ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 38.

wenn die EU im Rahmen der Massnahmen zur Stärkung des Rechts auf Reparatur eine längere Gewährleistungsfrist einführen würde.¹⁰⁸ Der jüngste Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission sieht jedoch keine Verlängerung der Gewährleistungsfrist im Zusammenhang mit der Reparatur vor und konzentriert sich auf den Rechtsakt über die Reparierbarkeit von Waren über diese Frist hinaus (s. oben Ziff. 2.2.2). Selbst wenn eine solche Verlängerung eingeführt würde, wäre eine Gesamtbetrachtung der verschiedenen getroffenen Massnahmen vorzunehmen, damit das Recht auf Reparatur wirksam wird. Denn es muss immer sichergestellt werden, dass die Stärkung des Mängelgewährleistungsrechts auch der effektivste Weg im Vergleich zu anderen Massnahmen ist (Vorgaben zur Herstellung von Produkten, Verfügbarkeit von Ersatzteilen, Reparierbarkeitsangaben).

Auch wenn der Bundesrat daher keinen Handlungsbedarf in Bezug auf die Länge der Gewährleistungsfrist erkennt, ist er dennoch der Ansicht, dass eine *Angleichung an den europäischen Mindeststandard* in Bezug auf den zwingenden Charakter der Gewährleistungsregeln wünschbar wäre. Heute ist bei Konsumentenverträgen nur die Länge der Gewährleistungsfrist zwingend. Ein vollständiger oder teilweiser Ausschluss der Gewährleistung, wie er derzeit im Schweizer Recht möglich ist, schränkt die Bedeutung dieses zwingenden Charakters aber stark ein oder entzieht ihm sogar seinen Sinn. Daher würden zwingende Vorschriften, die auf Konsumentenverträge beschränkt sind, eine kohärentere und klarere Situation schaffen. Wie die RFA gezeigt hat, hätte eine zwingende Zweijahresfrist ohne Gewährleistungsausschluss nur einen vernachlässigbaren Einfluss auf die Kosten der Unternehmen und die Preise,¹⁰⁹ da der Handel in der Schweiz bereits weitgehend freiwillig eine Zweijahresfrist anbietet. Schliesslich wäre, wie in Ziffer 4 festgehalten, eine Übernahme der europäischen Regeln für digitale Waren und Dienstleistungen von Vorteil, da sie die Rechtssicherheit erhöhen würde.

Der Bundesrat ist daher der Ansicht, dass die Länge der Gewährleistungsfrist wie nach geltendem Recht bei zwei Jahren belassen werden kann, die Gewährleistungsregeln als solche aber nicht mehr ausgeschlossen werden können und damit zwingend sein sollen.

3.6 Nachbesserungsrecht (Recht auf Reparatur)

3.6.1 Rechtslage in der Schweiz

Bei Mängeln der Kaufsache gibt Artikel 205 Absatz 1 OR der Käuferin bzw. dem Käufer die *Wahl* zwischen *Wandelung* und *Preisminderung*. Das schweizerische Recht erlaubt es der Käuferin oder dem Käufer jedoch nicht, die Nachbesserung der mangelhaften Sache zu verlangen, wie es im Gegensatz dazu Artikel 368 Absatz 2 OR für den Werkvertrag vorsieht. Die Käuferin oder der Käufer kann auch den Ersatz fehlerhafter Sachen derselben Gattung fordern (Art. 206 Abs. 1 OR). Ausser bei Versendungskäufen ist der Ersatz fehlerhafter Gattungsware sogar ein Recht des Verkäufers, wenn er die Ersatzlieferung sofort vornimmt und dem Käufer den erlittenen Schaden ersetzt (Art. 206 Abs. 2 OR).

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass die Käuferin oder der Käufer *keinen Anspruch auf Nachbesserung* hat.¹¹⁰ Auch wenn einige Autorinnen und Autoren die Auffassung vertreten, dass ein Anspruch auf Nachbesserung durch eine analoge Anwendung von Artikel 368 Absatz 2 OR wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben oder des Rechts auf vertragsgemässe Erfüllung gewährt werden sollte,¹¹¹ folgt die überwiegende Lehre der Position des

¹⁰⁸ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 37.

¹⁰⁹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 29-32.

¹¹⁰ BGE 95 II 119 E. 6

¹¹¹ CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 205 OR N 29 und BSK-HONSELL, Art. 205 OR N 5 m.w.H.

Bundesgerichts.¹¹² Das Bundesgericht räumt jedoch ein, dass die Kosten der Nachbesserung als Minderung geltend gemacht werden können.¹¹³

Der Unterschied zwischen den Regeln des Kaufvertrags und des *Werkvertrags* wirft Fragen nach der *Kohärenz* zwischen diesen beiden Vertragstypen auf, die für die Praxis von grosser Bedeutung sind. Das führt aber auch zu Problemen bei *Innominatverträgen*, die ihren Schwerpunkt im Kaufvertrags- oder im Werkvertragsrecht haben können. Je nachdem, ob die Qualifikation zur Anwendung der Regeln des einen oder des anderen Vertragstyps führt, ist ein gesetzliches Nachbesserungsrecht gegeben oder nicht. Im Falle eines Vertrags über die Lieferung von Standardsoftware hat das Bundesgericht entschieden, dass dieser unter den Kaufvertrag fällt und daher im Falle eines Mangels ein Recht auf Wandelung oder Minderung besteht.¹¹⁴ Das Bundesgericht hat die Frage, ob in diesem Fall ein gesetzliches Nachbesserungsrecht wie beim Werkvertrag besteht, aber offengelassen. Das zeigt, dass unterschiedliche Regeln für diese beiden Vertragstypen die Schwierigkeiten und die Unsicherheit, die sich aus der Qualifikation ergeben, verschärfen. Dieses Problem betrifft besonders Verträge über digitale Produkte oder Dienstleistungen, die weiter unten unter Ziffer 4 behandelt werden.

In der Praxis ist die Nachbesserung in vielen Fällen für beide Parteien nützlich und vorteilhaft, insbesondere bei Waren im Hochpreissegment und mit langer Lebensdauer (Interesse des Käufers an der weiteren Nutzung der Ware und für den Verkäufer geringere Kosten für die Reparatur als für ein neues Objekt).¹¹⁵ Es erstaunt daher nicht, dass die Nachbesserung häufig zusätzlich oder anstelle von gesetzlichen Massnahmen vertraglich vereinbart wird, entweder in Verbindung mit oder ohne Anspruch auf Ersatzleistung. Die Reparatur ist auch in Artikel 46 Absatz 3 CISG vorgesehen, das Bestandteil des schweizerischen Rechts ist und den internationalen Warenkauf im Handelsbereich regelt.

3.6.2 Rechtsvergleich

Ein Recht auf Nachbesserung ist auch *in ausländischen Rechtsordnungen üblich und stark verbreitet*, beispielsweise in Artikel 3 Absatz 2 und 3 der *Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG*, was bedeutet, dass alle EU- und EWR-Staaten *seit 2002* ein solches Recht kennen. Die Ausgangslage hat sich mit der neuen Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 nicht grundlegend geändert: in Artikel 13 wurde die bisherige Regelung übernommen.

Das Recht auf Nachbesserung in Artikel 13 Absatz 2 Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 ist alternativ zum Recht auf Ersatzlieferung vorgesehen, aber vorrangig vor dem Recht auf Preisminderung oder Beendigung des Vertrags (Art. 13 Abs. 4). Die Verbraucherinnen und Verbraucher können zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung wählen (Art. 13 Abs. 2), wobei beide Rechtsbehelfe auf die Herstellung des vertragsgemässen Zustands der Waren abzielen (Art. 13 Abs. 1). Es werden jedoch Abgrenzungen vorgenommen, zunächst zwischen den beiden Rechtsbehelfen: Wenn die Nachbesserung unmöglich ist oder im Vergleich zur Ersatzlieferung unverhältnismässig hohe Kosten verursacht, kann die Verbraucherin oder der Verbraucher diese nicht verlangen. Die Unverhältnismässigkeit wird unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt, insbesondere des Wertverlusts der Ware, der Bedeutung der Vertragswidrigkeit oder der Möglichkeit, die alternative Abhilfe ohne grössere Unannehmlichkeiten durchzuführen (Art. 13 Abs. 2 Bst. a–c). So kann eine sehr teure Reparatur von der Verkäuferin oder dem Verkäufer abgelehnt werden, wenn die Ersatzlieferung von der Verbraucherin oder dem Verbraucher ohne Unannehmlichkeiten akzeptiert werden kann.

¹¹² BSK-HONSELL, Art. 205 OR N 5 m.w.H.

¹¹³ BGE 111 II 162 E. 3c

¹¹⁴ BGE 124 III 456 E. 4b, bb

¹¹⁵ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 23-24.

Zweitens erlaubt die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer, die Herstellung der Vertragskonformität (Nachbesserung oder Ersatzlieferung) zu verweigern, auch hier, wenn sie unmöglich oder mit unverhältnismässigen Kosten verbunden wäre (Art. 13 Abs. 3).

3.6.3 Exkurs: «Recht auf Reparatur» und Kreislaufwirtschaft

Das Recht auf Nachbesserung hat mit den Bemühungen um einen Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft eine neue Dimension erhalten. Die Reparatur von Produkten in der Nutzungsphase trägt dazu bei, ihre Lebensdauer zu verlängern. Der Bundesrat hat *die Bedeutung der Reparatur* erkannt und in seinem Bericht zum Postulat 17.3505 Vonlanthen die Deklaration über die Reparierbarkeit der Produkte und die Schaffung eines Rechts auf Reparatur im Gewährleistungsrecht als Massnahme bezeichnet, die es weiter zu vertiefen gilt.¹¹⁶

Das Recht auf Reparatur spielt auch *in den Bemühungen der Europäischen Union um eine Kreislaufwirtschaft eine wichtige Rolle*; sie gehört zu den Aktionsschwerpunkten des Europäischen *Green Deals*, und die Europäische Kommission äusserte in ihrem Arbeitsprogramm für 2022 die Absicht: «das Recht der Verbraucher [zu] stärken, Produkte zu fairen Preisen reparieren zu lassen. Dadurch kann die Nutzungsdauer von Waren verlängert werden, was die Ziele der Kreislaufwirtschaft unterstützt.»¹¹⁷ Die Arbeiten werden auf Ebene des Europäischen Parlaments und der Kommission fortgesetzt. Im Anschluss an eine Entschliessung des Europäischen Parlaments zum Recht auf Reparatur vom 7. April 2022 verabschiedete die Europäische Kommission am 22. März 2023 einen Vorschlag für eine Richtlinie über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren (s. Ziff. 2.2.2).

Es gilt jedoch zwischen dem Recht auf Nachbesserung wegen Mängeln der Kaufsache und dem «Recht auf Reparatur» als Teil der aktuellen EU-Politik zur Kreislaufwirtschaft zu unterscheiden. Die Kommission und das Europäische Parlament fassen unter diesem Begriff eine *Reihe von Massnahmen* zusammen, welche die Reparatur von Waren ermöglichen oder fördern sollen. Dabei kann es sich sowohl um das spezifische Recht auf Nachbesserung als Rechtsbehelf bei Mängeln der Kaufsache handeln als auch um Regeln, die eine physische Reparatur ermöglichen oder sie zugänglicher machen sollen. Solche Regeln wiederum können sich auf die Entwicklung leicht reparierbarer Produkte, auf die Verfügbarkeit von Ersatzteilen oder auf finanzielle Anreize oder Hilfen für die Reparatur beziehen, wie z. B. die Kennzeichnung der Reparierfähigkeit oder Steueranreize. So ist bemerkenswert, dass der Vorschlag für eine Richtlinie der Europäischen Kommission vom 22. März 2023 für Mängel gilt, die nach Ablauf der Gewährleistungsfrist auftreten (vgl. Art. 1 Abs. 2). Der von der Kommission gewählte Ansatz beinhaltet somit Anreize für die Reparatur fehlerhafter Produkte sowohl vor als auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist.¹¹⁸ Ebenso erwägt das Europäische Parlament in seiner Entschliessung Massnahmen zum Ökodesign, zum Zugang zu Ersatzteilen oder zu den für die Reparatur erforderlichen Informationen oder Bedienungsanleitungen, sowie zur Angabe über die Reparierbarkeit und Haltbarkeit von Produkten, bevor es sich mit dem Recht auf Nachbesserung im Falle der Gewährleistung bei mangelhafter Ware befasst.¹¹⁹

¹¹⁶ S. namentlich Bundesrat, Bericht in Erfüllung des Postulates 17.3505 Vonlanthen, 4 und 12-13.

¹¹⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Arbeitsprogramm der Kommission für 2022 – Europa gemeinsam stärker machen, COM(2021) 645 final, 19.10.2021, 4.

¹¹⁸ S. insbesondere den Bericht über die von der Europäischen Kommission Anfang 2022 durchgeführten öffentlichen Konsultation: European Commission - Directorate-general Justice and Consumers, Sustainable Consumption of Goods - Promoting repair and reuse - Factual Summary Report - Open public Consultation, Ref. Ares(2022)4631828 - 24/06/2022, Ziff. 3.2.

¹¹⁹ S. Ziff. 1, 4 ff. und 11 ff. Entschliessung vom 7. April 2022, im Vergleich zu Ziff. 20 ff.

Diese Unterscheidung macht deutlich, dass das Ziel der Förderung von Reparaturen zur Verwirklichung einer Kreislaufwirtschaft nur durch ein gut aufeinander abgestimmtes Bündel an verschiedenen Massnahmen erreicht werden kann, die sowohl das Angebot (die Produktion) als auch die Nachfrage betreffen. Dies hat der Bundesrat in der Vergangenheit bereits festgehalten.¹²⁰ Die laufenden Bemühungen auf EU-Ebene bestätigen diese Feststellung. Die Resultate der RFA gehen ebenfalls in diese Richtung, wenn *Ökodesign* oder die *Kennzeichnung der Nutzungsdauer* als alternative Massnahmen zugunsten der Umwelt genannt werden.¹²¹ Die RFA spricht auch von einer Pflicht auf Reparatur bei Mängeln mit der Idee, die Reparatur von Waren zu fördern und so ihre Lebensdauer zu verlängern.¹²² Um dieses Ziel zu erreichen, muss die Reparatur rechtlich die *vorrangige Massnahme* sein, welche die Käuferin oder der Käufer verlangen kann, solange sie möglich oder verhältnismässig ist. Die RFA zeigt jedoch die *Grenzen einer solchen Massnahme* auf: Die Vertragsparteien können sich trotz der Regel auf eine Ersatzlieferung einigen und die Käuferin oder der Käufer müsste sich darauf verlassen können, dass eine qualitativ hochwertige Reparatur innerhalb einer angemessenen Frist durchgeführt wird, ansonsten sie oder er sich für eine andere Massnahme entscheiden können sollte. Hinsichtlich der Umweltverträglichkeit¹²³ von Nachbesserung und Ersatzlieferung zeigen neuere Studien,¹²⁴ dass unter Berücksichtigung des Lebenszyklus von Produkten die Nachbesserung umweltverträglicher ist als die Ersatzlieferung. Nur bei alten Produkten mit hohem Energieverbrauch, wie z. B. Kühlschränken, die älter als 15 Jahre sind, kann der Austausch aus ökologischer Sicht vorzuziehen sein.

3.6.4 Übernahme in das schweizerische Recht und Fazit

Der Bundesrat befürwortet angesichts der Rechtslage in der Schweiz und im Ausland, insbesondere in der Europäischen Union, die Einführung eines *Rechts auf Nachbesserung* bei Mängeln an der Kaufsache. Diese Massnahme existiert im schweizerischen Recht bereits beim Werkvertrag und im internationalen Warenkauf. Weiter haben sämtliche Mitgliedstaaten der EU und des EWR dieses Recht spätestens vor zwanzig Jahren mit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG in ihr Recht aufgenommen, ohne dass dies besondere Probleme bereitet hätte. Die Nachbesserung ist zudem *heute in der Praxis bereits weit verbreitet*, weil sie häufig auf *freiwilliger Basis* angeboten wird. Schliesslich kann ein Recht auf Reparatur gemäss RFA einen *positiven Effekt auf die Reparatur fehlerhafter Produkte* haben, auch unter Beachtung der verschiedenen aufgezeigten Einschränkungen – namentlich der Beschränkung auf teure und langlebige Produkte und der Einschränkung, dass die Reparatur verhältnismässig sein muss.¹²⁵ So haben die Interviews, die im Rahmen der RFA geführt wurden, ergeben, dass Käuferinnen und Käufer von billigen Kleingeräten diese in der Praxis oft nicht reparieren lassen wollen und den Ersatz durch ein neues Gerät vorziehen.¹²⁶ Das Basisszenario, zu dem das Recht auf Nachbesserung gehört, hätte laut RFA zudem nur *minimale Auswirkungen auf die Unternehmen und die Wirtschaft*.¹²⁷ In der Schweiz ist die Nachbesserung häufig in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehen.¹²⁸ Die

¹²⁰ Bundesrat, Bericht in Erfüllung des Postulates 17.3505 Vonlanthen, 18.

¹²¹ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 46-48.

¹²² ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 47.

¹²³ S. ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 47.

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

¹²⁵ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 24 und ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 34.

¹²⁶ CARBOTECH, RFA Beilageband B: Fallstudien und I-O-Umwelt-Analyse, 45.

¹²⁷ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 31 und 34.

¹²⁸ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 12.

Folgen einer Anpassung an das aktuelle EU- und EWR-Niveau würden daher in erster Linie die Verkäuferinnen und Verkäufer betreffen, die dieses Recht nicht freiwillig gewähren.

Die im EU-Recht vorgesehene *Hierarchie der Rechtsbehelfe* könnte als Grundlage für eine schweizerische Lösung dienen, da sie die notwendigen Kautelen vorsieht, um die Interessen der Vertragsparteien zu wahren. Der Reparatur den Vorrang zu geben, dürfte aber mit gewissen Problemen verbunden sein. Es besteht namentlich ein *Zielkonflikt* zwischen dem *Konsumenten- und dem Umweltschutz*. Ein optimaler Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten würde bedeuten, ihnen das Recht zuzugestehen, selber zu wählen, während eine nachhaltige und ökologisch verantwortungsvolle Wirtschaft gebieten würde, grundsätzlich der Reparatur den Vorrang zu geben. Dieser Konflikt zeigt sich in der Praxis, da Konsumentinnen oder Konsumenten wie erwähnt kleine Geräte, die billig sind oder eine kurze Lebensdauer haben, in der Regel nicht reparieren lassen wollen. Trotz dieser Probleme wird ein Vorrang der Reparatur unter bestimmten Voraussetzungen, wie ihn die EU-Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag vom 22. März 2023 anstrebt, in Betracht zu ziehen sein (s. Ziff. 2.2.2). So ändert Artikel 12 des Vorschlags die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 dahingehend, dass die Wahl der Ersatzlieferung nur dann möglich ist, wenn die Kosten dafür gleich hoch oder niedriger sind als die Kosten für die Reparatur.

Daher und mit den oben erwähnten zu diskutierenden Punkten und Einschränkungen befürwortet der Bundesrat die Einführung eines Rechts auf Nachbesserung bei der Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache.

3.7 Schadenersatzansprüche

3.7.1 Rechtslage in der Schweiz

Eine mangelhafte Kaufsache kann bei Käuferinnen und Käufern neben dem zu viel bezahlten Kaufpreis *weitere Schäden* verursachen. Beispielsweise kann gekauftes Zubehör nutzlos sein, ein defekter Akku einen Brand verursachen, eine defekte Bewässerungsanlage eine Ernte verdorren lassen, ein krankes Tier weitere Tiere anstecken oder Tierarztkosten verursachen. Im Schweizer Gewährleistungsrechts ist ein Anspruch auf Ersatz der Schäden, die durch die Lieferung der mangelhaften Sache verursacht werden, nur bei gleichzeitiger Wandelung (Rückgängigmachen) des Kaufs vorgesehen (Art. 208 Abs. 2 und 3 OR). Diese Verknüpfung wird von der Lehre kritisiert, die fast einhellig eine *Neuordnung der Schadenersatzansprüche im Gewährleistungsrecht* fordert.¹²⁹

Neben der *Verknüpfung von Wandelung und Schadenersatzanspruch* ist namentlich auch die *Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schäden* umstritten. Während der Verkäufer für unmittelbare Schäden ohne Verschulden haftet (Art. 208 Abs. 2 OR), ist für eine Haftung für mittelbare Schäden das Verschulden des Verkäufers erforderlich. In einem *vielkritisierten*¹³⁰ *Entscheid*, welcher *Papageien* betraf, hat das Bundesgericht für die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden auf die Länge der Kausalkette abgestellt.¹³¹ So haftete ein Verkäufer von zwei Papageien, welche mit einem erst im Nachhinein feststellbaren Virus infiziert waren und trotz Einhalten einer Quarantäne den gesamten Bestand des Käufers ansteckten, für den Schaden in Höhe von über 2 Mio. CHF aus Artikel 208 Absatz 2 OR, ohne dass ihn ein Verschulden traf. Vor diesem Entscheid war die Lehre zur

¹²⁹ S. FELLMANN, RFA Beilageband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, 13 ff.; ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017, 731 ff., BSK OR I-HONSELL, Art. 205 Rz. 5 und Art. 208 Rz. 5 ff.

¹³⁰ S. nur HONSELL, recht 2007, 154 ff.; HUWILER, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR, 141 ff.; STOPPELHAAR, recht 2019, 180 ff.; PICHONNAZ, L'obligation de réparer issue du contrat, 399 ff.

¹³¹ BGE 133 III 257

Zuordnung von Mangelfolgeschäden geteilt.¹³² Seither sprechen sich viele für die Einordnung von Schäden dieser Art unter Artikel 208 Absatz 3 OR aus, womit die Verkäuferin oder der Verkäufer nur dann haften würde, wenn sie oder ihn ein Verschulden trifft.¹³³ Unter unmittelbarem Schaden im Sinne von Artikel 208 Absatz 2 wären demnach direkt mit der Kaufsache verbundene und *mit dem Synallagma zusammenhängende Schäden* zu verstehen, beispielsweise die Arztkosten zur Heilung eines gekauften kranken Tiers. Durch die Kaufsache verursachte Schäden an weiteren Rechtsgütern des Käufers, sogenannte *Mangelfolgeschäden*, wären nur bei Verschulden der Verkäuferin bzw. des Verkäufers zu ersetzen.

3.7.2 Rechtsvergleich

Die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 macht zum Aspekt des Mangelfolgeschadens *keine Vorgaben*. In Erwägung 61 wird festgehalten, dass Verbraucherinnen und Verbraucher einen Anspruch auf Ersatz für Schäden, die als Folge einer Vertragswidrigkeit entstanden sind, haben müssen, dies aber bereits in allen Mitgliedstaaten gewährleistet sei. Dieser Punkt war entsprechend auch *nicht Gegenstand der durchgeführten RFA*.

3.7.3 Fazit

Eine Revision des Gewährleistungsrechts sollte nach Ansicht des Bundesrates angesichts der vielfältigen Kritik an der Ausgestaltung der Schadenersatzansprüche im Gesetz und der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gelegenheit genommen werden, diese Punkte *gesetzgeberisch zu klären*. Der Aspekt des Mangelfolgeschadens war Gegenstand der *parlamentarischen Initiative 20.491 Vogt* «Keine unbegrenzte Kausalhaftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden», welcher von den Räten nicht Folge gegeben wurde.¹³⁴ Als Argument wurde namentlich ein Zögern, Gesetzgebungsarbeiten aufgrund eines Einzelfalles an die Hand zu nehmen, angeführt.¹³⁵ Zudem waren einige Parlamentarierinnen und Parlamentarier der Ansicht, dass die verschuldensunabhängige Haftung der Verkäuferin bzw. des Verkäufers für Mangelfolgeschäden gerechtfertigt sei.¹³⁶ Die aktuelle *Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden* anhand der Länge der Kausalkette wird von der Lehre jedoch fast einhellig kritisiert und wäre auf jeden Fall zu überdenken. Auch müssten die Schadenersatzansprüche im Gewährleistungsrecht so neu geordnet werden, dass mit dem Sachmangel unmittelbar zusammenhängende Schäden *auch ohne Vertragsauflösung* verschuldensunabhängig geltend gemacht werden können.

3.8 Rückgriffsmöglichkeit (Regress) und direkte Ansprüche gegen den Hersteller

3.8.1 Rückgriffsrecht in der EU

Artikel 18 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 und Artikel 20 der Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770 regeln das *Rückgriffsrecht*. So sind die Verkäuferinnen und Verkäufer bzw. die Unternehmerinnen und Unternehmer, die gegenüber einer Verbraucherin oder einem Verbraucher für eine Vertragswidrigkeit haften, berechtigt, gegen die vorhergehenden Glieder der Vertragskette Rückgriff zu nehmen, wenn der Mangel auf eine Handlung oder Unterlassung zurückzuführen ist, die einer dieser Personen zuzurechnen ist. Nach dem Wortlaut der Richtlinie ist dieser Anspruch der Letztverkäuferin bzw. des Letztverkäufers jedoch nicht zwingend und kann vertraglich eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. In

¹³² S. die Übersicht bei BSK OR I-HONSELL, Art. 208 Rz. 5 ff.

¹³³ HONSELL, recht 2007, 154 ff.; HUWILER, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR, 158; PICHONNAZ, L'obligation de réparer issue du contrat, 409 ff., je m.w.N.; a.A. ZELLWEGER-GUTKNECHT, ZBJV 2007, 784.; mit rechtspolitischen Überlegungen de lege ferenda ATAMER, ZSR 2011 I, 449 ff.

¹³⁴ Nationalrat vom 27. Februar 2023, AB 2023 N 28 ff.

¹³⁵ AB 2023 N 29

¹³⁶ AB 2023 N 29

Erwägung 63 der Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 heisst es dazu, dass die Richtlinie «den Grundsatz der Vertragsfreiheit zwischen dem Verkäufer und den anderen Parteien innerhalb der Vertragskette unberührt lassen sollte.» Nach der gleichen Erwägung sollten «die Einzelheiten der Ausübung dieses Rechts, insbesondere gegen wen und auf welche Weise Rückgriffsansprüche geltend zu machen sind und ob diese zwingend vorgeschrieben sind», von den Mitgliedstaaten festgelegt werden.

Eine solche Regel ist aus der Perspektive des EU-Gesetzgebers verständlich. Das Vertragsrecht ist auf EU-Ebene nicht geregelt und die fraglichen Richtlinien beziehen sich nur auf *Verträge zwischen einer Unternehmerin bzw. einem Unternehmer und einer Verbraucherin bzw. einem Verbraucher*. Die Richtlinien gelten daher *nicht für Vertragsbeziehungen, die in der Vertragskette weiter oben angesiedelt sind*. Diese Rückgriffsmöglichkeit stellt somit sicher, dass die Verkäuferinnen und Verkäufer oder Unternehmerinnen und Unternehmer, die einen Vertrag mit der Endverbraucherin oder dem Endverbraucher abschliessen, auf die Person zurückgreifen können, die für den betreffenden Mangel verantwortlich ist. Mit dieser Regel kann die Haftung für den Mangel auf die Person übertragen werden, welche die mangelhafte Ware ursprünglich verkauft hat. Sie ermöglicht somit, dass nicht die gesamte Verantwortung auf die Endverkäuferin bzw. den Endverkäufer abgewälzt wird und bringt ihre oder seine Position wieder ins Gleichgewicht. Die Regelung auf Richtlinienebene bleibt jedoch *minimalistisch* und überlässt es den Mitgliedstaaten, sowohl die Modalitäten als auch den obligatorischen Charakter dieses Rechtsbehelfs festzulegen.

3.8.2 Regress im schweizerischen Recht

Was auf Ebene EU-Richtlinie geregelt werden muss, muss nicht zwingend auch im innerstaatlichen Recht der Schweiz speziell geregelt werden. Tatsächlich lässt sich die Rückgriffsmöglichkeit der Letztverkäuferin bzw. des Letztverkäufers bereits aus den *allgemeinen Regeln des Vertragsrechts* ableiten. Das Obligationenrecht gilt sowohl für Beziehungen zwischen Unternehmerinnen bzw. Unternehmern und Konsumentinnen bzw. Konsumenten als auch für Handelsverträge (s. unten Ziff. 3.9). Jede Lieferantin oder jeder Lieferant und jede Wiederverkäuferin oder jeder Wiederverkäufer in der Vertragskette kann daher ihre oder seine Gewährleistungsrechte gegen die Vertragspartner, die sich in der Kette vor ihr oder ihm befinden, geltend machen. Die Verkäuferin oder der Verkäufer, der gegenüber der Konsumentin bzw. dem Konsumenten haftet, kann somit gegen seine Lieferantinnen und Lieferanten und diese gegen ihre Vertragspartner vorgehen, bis hin zur ursprünglich verantwortlichen Person und gegebenenfalls bis zur Herstellerin oder zum Hersteller. Diese Schritte setzen allerdings voraus, dass der Mangel zum Zeitpunkt der fraglichen Lieferung bereits bestanden hat (s. oben Ziff. 3.2.1).

Es gibt jedoch zwei Probleme, die sich im schweizerischen Recht ergeben können. Erstens könnte die Verkäuferin bzw. der Verkäufer gegenüber einer Konsumentin bzw. einem Konsumenten zur Gewährleistung verpflichtet sein, weil die Gewährleistungsrechte der Endkonsumentin bzw. des Endkonsumenten zwingend sind, während die Gewährleistungsrechte der Verkäuferin bzw. des Verkäufers im Vertrag mit den Lieferantinnen und Lieferanten oder Herstellerinnen und Herstellern ausgeschlossen (oder eingeschränkt) wurden. In diesem Punkt entscheidet sich die EU-Richtlinie für die *Vertragsfreiheit bei den Beziehungen zwischen Kaufleuten oder Unternehmen*, verbietet den Mitgliedstaaten aber nicht, in diesen Fällen zwingende Vorschriften festzulegen. Sodann beginnt die Gewährleistungsfrist mit der Lieferung zu laufen. Folglich sind die aufeinanderfolgenden Startpunkte der verschiedenen Gewährleistungsfristen in der Vertragskette verschoben. Es ist daher möglich, dass die Letztverkäuferin bzw. der Letztverkäufer innerhalb der Zweijahresfrist gegenüber der Konsumentin bzw. dem Konsumenten zur Gewährleistung verpflichtet ist, die Gewährleistungsfrist, die sie

oder er gegenüber den Lieferantinnen und Lieferanten hat, in diesem Zeitpunkt aber abgelaufen ist, so dass sie oder er sich diesen gegenüber nicht mehr auf ihre oder seine Rechte berufen kann.

3.8.3 Übernahme in das schweizerische Recht und Fazit

Auch wenn die Einführung eines Regressrechts als solches im schweizerischen Recht somit nicht erforderlich ist, erscheint es angezeigt, die beiden im vorhergehenden Kapitel dargestellten Probleme zu lösen. Die von den Mitgliedstaaten vorgenommene Umsetzung der EU-Regel über den Rückgriffsanspruch bestätigt dies. Artikel L 217-31 des *französischen Konsumentengesetzes (code de la consommation)* verweist auf die allgemein geltenden Regeln, indem er vorsieht, dass die Verkäuferin oder der Verkäufer «gemäss den Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs» Rückgriff nehmen kann. Wie im schweizerischen Recht ermöglichen es die allgemeinen Regeln im französischen Recht sowie in den nationalen Gesetzen der anderen Mitgliedstaaten der Verkäuferin oder dem Verkäufer, ihre oder seine Gewährleistungsrechte bei den vorhergehenden Gliedern der Vertragskette geltend zu machen. Das *deutsche Recht* sieht dazu einige Sonderregeln vor. Es räumt der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen der durch die Nachbesserung oder Ersatzlieferung entstandenen Kosten ein (§ 445a Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]) und sieht insbesondere vor, dass dieser Anspruch ebenso wie die Aufwendungsersatzansprüche der Verkäuferin bzw. des Verkäufers gegen ihre oder seine Lieferantinnen und Lieferanten in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache verjähren, frühestens aber zwei Monate nach dem Zeitpunkt, in dem die Verkäuferin oder der Verkäufer die Ansprüche der Käuferin oder des Käufers erfüllt hat (§ 445b Abs. 1 und 2 BGB). Auch *Österreich* sieht eine besondere Frist für Rückgriffsansprüche vor, wobei die Verkäuferin oder der Verkäufer drei Monate Zeit hat, diese geltend zu machen, sobald sie oder er ihre oder seine eigene Gewährleistungspflicht erfüllt hat (§ 933b Abs. 1 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [ABGB]). Das österreichische Recht sieht jedoch eine Maximalfrist von fünf Jahren vor.

Es zeigt sich somit, dass eine *Klagefrist für die Verkäuferin oder den Verkäufer und jede Lieferantin bzw. jeden Lieferanten in der Vertragskette* ab dem Zeitpunkt, in dem sie ihre Gewährleistungspflichten erfüllt haben, eine Möglichkeit darstellt, die für das schweizerische Recht *in Betracht zu ziehen* ist. Eine Maximalfrist, wie sie das österreichische Recht vorsieht, ist ebenfalls denkbar, um mögliche Regressansprüche zeitlich zu begrenzen. Solche Lösungen würden mit den Schlussfolgerungen der rechtsvergleichenden Studie und der RFA übereinstimmen, wonach der Regressanspruch geregelt werden sollte.¹³⁷

3.8.4 Direktes Klagerecht gegen den Hersteller

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass ein *direktes Klagerecht gegen die Herstellerinnen und Hersteller* einen wirksamen Anreiz zur Herstellung langlebiger Güter darstellt.¹³⁸ Dieser Ansatz berücksichtigt den grösseren Einfluss der Herstellerinnen und Hersteller oder der Marke im Vergleich zur Verkäuferin oder zum Verkäufer auf die Entscheidungen der Konsumentin oder des Konsumenten. Sollte eine solche direkte Klage in Betracht gezogen werden, wird die Übernahme der in Artikel 2 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über die Produkthaftungspflicht (PrHG)¹³⁹ vorgesehene Definition des Herstellers vorgeschlagen, die die Importeure und gegebenenfalls auch die Lieferantinnen und Lieferanten miteinschliesst.¹⁴⁰ Dieser Vorschlag wurde in der rechtsvergleichenden Studie und in der RFA am Beispiel

¹³⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 95 und ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 21.

¹³⁸ ATAMER, ZSR 2022 I, 300.

¹³⁹ SR 221.112.944

¹⁴⁰ ATAMER, ZSR 2022 I, 301.

der *action directe*, eines vergleichbaren Instruments im französischen Recht, analysiert und evaluiert. In der rechtsvergleichenden Studie wurden die *Grenzen eines solchen Instruments* aufgezeigt.¹⁴¹ Die *action directe* des *französischen Rechts*, die der Bezeichnung entsprechend ein direktes Klagerecht gegen die Herstellerinnen und Hersteller oder alle anderen Weiterverkäuferinnen und Weiterverkäufer in der Vertragskette vorsieht, wird als vertraglicher Anspruch angesehen. Die Konsumentin oder der Konsument kann nur die Rechte geltend machen, die die Letztverkäuferin oder der Letztverkäufer gegen ihre oder seine Lieferantinnen und Lieferanten hat, und kann sich daher die Einreden und Einwände entgegenhalten lassen, die diese gegen die Verkäuferin oder den Verkäufer hätten. Aus diesem Grund kann die Konsumentin oder der Konsument auch keine Rechte geltend machen, die speziell im Konsumentenrecht vorgesehen sind. Die Europäische Union hatte in Erwägung gezogen, diese Klage in das EU-Verbraucherrecht aufzunehmen, verzichtete aber darauf. Diese im französische Recht vorgesehene Klage setzt auch die Anwendung des französischen Rechts voraus, was aber nicht immer gewährleistet ist, wenn sich die Lieferantinnen und Lieferanten oder Herstellerinnen und Hersteller im Ausland befinden. In solchen grenzüberschreitenden Situationen würde dies auch bedeuten, dass die Konsumentin oder der Konsument, denen eine solche Klage zustehen würde, gegen im Ausland ansässige Akteure vorgehen müsste, gegebenenfalls vor ausländischen Gerichten. Die Rechtsvergleichsstudie und die RFA empfehlen daher, dieses spezifische Instrument des französischen Rechts, im Gegensatz zum in den EU-Richtlinien vorgesehenen Rückgriffsrecht, nicht zu übernehmen.¹⁴²

Nach Ansicht des Bundesrates sind daher zwar Sonderregeln für den Regressanspruch der Verkäuferin oder des Verkäufers in Betracht zu ziehen, die Idee einer direkten Klage gegen den Hersteller sollte jedoch *nicht weiter verfolgt werden*.

3.9 Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts und allfälliger neuer Regeln

Die Regeln des Schweizer Gewährleistungsrechts (Art. 197 ff. OR, s. oben Ziff. 2) gelten für alle Arten von Kaufverträgen und kommen sowohl für den *Handel* als auch *gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten* zur Anwendung. Sie sind in grossen Teilen *dispositiver Natur* und werden in der Praxis deshalb häufig abgeändert.¹⁴³ Dagegen stellen die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 und die Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770 Verbrauchervertragsrecht dar und sind als solches zwingend ausgestaltet.¹⁴⁴ In keinem der im Rechtsvergleich untersuchten Länder wurden diese Regeln auch auf Handelsverträge im Geschäftsverkehr ausgedehnt.¹⁴⁵

Wie oben (Ziff. 2) erwähnt, wurde bei der Anpassung der Gewährleistungsfrist an die EU-Mindestvorgaben die *Einschränkung auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten* für die isolierte Frage des zwingenden Charakters auch im Schweizer Kaufrecht übernommen.¹⁴⁶ Die Schweiz kennt aber im Übrigen kein Sonderkaufrecht für Konsumentinnen und Konsumenten. In der gesamten Rechtsordnung gibt es nur in Einzelbereichen entsprechende Sonderregeln (z.B. Art. 40a ff. OR zum Widerruf bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen; Art. 8 Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG]¹⁴⁷ zur Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen oder die Sonderbestimmungen,

¹⁴¹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 32-33.

¹⁴² HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 95-96 und ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 21.

¹⁴³ BSK OR I-HONSELL, Vor Art. 197-210 Rz. 4.

¹⁴⁴ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 7 ff.

¹⁴⁵ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 14.

¹⁴⁶ Zur Diskussion in den Räten: AB 2012 N 40 ff.; AB 2012 S 66 ff.

¹⁴⁷ SR 241

des PrHG, des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über Pauschalreisen¹⁴⁸ und des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit¹⁴⁹).

Die Autoren der *RFA* empfehlen, bei einer Revision die allgemeine Natur des Gewährleistungsrechts beizubehalten und dieses nicht als Konsumentensonderrecht umzugestalten.¹⁵⁰ Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) seien als Käufer oft in einer vergleichbar schwachen Position wie Konsumentinnen und Konsumenten. Zur Wahrung der Effizienz des Rechtsverkehrs sollten die Regeln in Handelsverträgen jedoch dispositiv sein und damit wegbedungen werden können.¹⁵¹ Nur im Plus-Szenario wurden zwingende Regeln für alle Arten von Verträgen in Betracht gezogen.

Eine *Neuordnung* des Schweizer Gewährleistungsrechts beim Kauf in den dargelegten Punkten und namentlich auch in Bezug auf die heute nicht berücksichtigten technischen Entwicklungen (s. unten Ziff. 4) drängt sich *für alle Arten von Verträgen* auf. Damit diese ihre Wirkung entfalten können, müssen sie zumindest im Verhältnis zu Konsumentinnen und Konsumenten zwingend ausgestaltet werden. Im von der *Vertragsfreiheit* beherrschten *Geschäftsbereich* wären zwingende Regeln jedoch nur schwer vorstellbar. Auch könnten sie in *internationalen Verhältnissen*, in denen *Rechtswahlfreiheit* herrscht, nicht durchgesetzt werden. Die Rechtswahl ist sowohl in der EU als auch im schweizerischen Internationalen Privatrecht nur in Verträgen mit Konsumentinnen und Konsumenten eingeschränkt.¹⁵² Nach Ansicht des Bundesrates spricht deshalb viel dafür, die Ansprüche des Gewährleistungsrechts allgemein neu zu ordnen, die Regeln jedoch – wie heute bereits die Länge der Gewährleistungsfrist (Art. 210 Abs. 4 OR; s. oben Ziff. 3.2.1) – weiterhin nur *für Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten zwingend* auszugestalten.

4 Digitale Produkte und Produkte mit digitalen Elementen

4.1 Rechtslage in der Schweiz

Die fortschreitende *Digitalisierung* der Gesellschaft und des Alltags wirkt sich wesentlich auf die Art der «Kaufgegenstände» aus. Viele elektronische Geräte weisen heute digitale Komponenten auf und sind mit ihrer Umwelt beziehungsweise anderen Geräten *vernetzt* (Stichwort *Smart Geräte* und *Internet of Things, IoT*). Beispiele gibt es viele: Die Uhr zeigt eingehende Anrufe an und misst die Bewegungen und Herzfrequenz der Nutzerinnen und Nutzer, die Gartenbewässerungsanlage misst die Bodenfeuchtigkeit und stellt die Wassermenge entsprechend ein, der Backofen ruft ein Rezept ab und programmiert sich entsprechend. Auch werden Bücher, Spiele und Musikstücke heute vielfach in rein digitaler Form, als App, E-Book oder MP3-File erworben. Mit der Art der «Kaufgegenstände» ändern sich auch die Erwartungen und Beziehungen zwischen den Vertragsparteien. Durch einen Kaufvertrag verpflichtet sich «der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen» (Art. 184 Abs. 1 OR). Dieser Einmalaustausch von Ware gegen Geld wird der Interessenlage bei digitalen Produkten oder Produkten mit digitalen Komponenten nicht gerecht. Der Vertrag wird deshalb teilweise ergänzt mit oder ersetzt durch separat, möglicherweise laufend, zu erbringende Dienstleistungen der Verkäuferin bzw. des Verkäufers oder eines Dritten.¹⁵³ Rechtlich liegt damit in den meisten Fällen gar kein oder zumindest *kein reiner Kaufvertrag* (mehr)

¹⁴⁸ SR 944.3

¹⁴⁹ SR 221.214.1

¹⁵⁰ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 21.

¹⁵¹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 21.

¹⁵² Art. 116 und 120 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291; Art. 3 und 6 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177/6.

¹⁵³ Vgl. EGGEN, in: Jusletter 2. Dezember 2019, Rz. 1 ff.

vor. Folgende Konstellationen und Vertragsqualifikationen wurden von der Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet:

- Die rechtliche Qualifikation eines Vertrags über den «Kauf» eines aus Hard- und Software bestehenden *EDV-Systems* ist nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Die entgeltliche Überlassung von *Standardsoftware* kann lizenzvertraglichen, kauf- oder miet- bzw. pachtrechtlichen Charakter haben.¹⁵⁴ Wo das Verhältnis zwischen den Parteien einem einmaligen Austauschverhältnis näher kommt als einem Dauerschuldverhältnis, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts von der Anwendung der kaufrechtlichen Normen auszugehen.¹⁵⁵
- Gemäss dieser Rechtsprechung dürfte das Kaufrecht auch bei *digitalen Inhalten*, die *definitiv* auf die Erwerberinnen und Erwerber übertragen und von diesen in ihrer *eigenen IT-Umgebung* genutzt werden, zur Anwendung kommen.¹⁵⁶
- Beim Erwerb von digitalen Inhalten wie Büchern (E-Books), Musikstücken, Videos oder Spielen hängt die vertragliche Qualifikation von der Ausgestaltung im Einzelfall ab. Bei bloss *temporärer Übertragung von Inhalten auf die IT-Umgebung* der Kundinnen und Kunden geht die Lehre regelmässig von Lizenzverträgen aus,¹⁵⁷ welche ihren Schwerpunkt im Mietrecht haben¹⁵⁸. Können die Vertragsinhalte nur über die Plattformen von Anbieterinnen und Anbietern abgerufen werden, ist die Zuordnung umstritten. Während ein Teil der Lehre hier ebenfalls einen Lizenzvertrag annimmt, wird von anderer Seite für eine Anwendung des Auftrags- und Werkvertragsrechts plädiert, da eine fortlaufende Dienstleistung und keine Gebrauchsüberlassung versprochen werde.¹⁵⁹
- Bei sogenannten *Software-as-a-Service-Verträgen (SaaS-Verträgen)* wie sie bei Cloud-Diensten vorkommen, erhalten Nutzerinnen und Nutzer regelmässig Zugang zur IT-Umgebung der Anbieterinnen und Anbieter, welcher neben dem Zugang die Speicherung oder Sicherung von Daten versprechen.¹⁶⁰ Auch hier plädiert die Lehre für eine sinngemässe Anwendung des Auftrags- und Werkvertragsrechts, teilweise auch des Mietrechts.¹⁶¹

Auch in Vertragskonstellationen, die dem Kaufrecht zuzuordnen sind, bleiben hinsichtlich der Anwendung der Gewährleistungsregeln Unsicherheiten. Damit ein Gewährleistungsanspruch geltend gemacht werden kann, muss der *Mangel* bereits bei Gefahrübergang bestanden haben (vgl. Ziff. 3.2.1). Wird die Gerätevernetzung oder die einwandfreie Funktion der Software nach Gefahrübergang durch äussere Faktoren negativ beeinflusst, kann in der Regel wohl kein Mangel angenommen werden.¹⁶² In der Lehre wird teilweise dafür plädiert, beim Kauf von vernetzten Geräten eine (konkludente) *Vernetzungsvereinbarung* anzunehmen, welche sinngemäss dem Werkvertragsrecht zu unterstellen ist und den andauernden Erfolg der Vernetzung so lange verspricht, wie die Konsumentinnen und Konsumenten die Funktionalität des Geräts erwarten dürfen.¹⁶³ In der Praxis wurde diese Frage jedoch bislang nicht geklärt,

¹⁵⁴ BGE 124 III 456 E. 4.b/bb mit Verweis auf HONSELL, Standardsoftware- und Sachmängelhaftung, 314 ff.; s. auch oben Ziff. 3.6.1.

¹⁵⁵ BGE 124 III 456 E. 4.b/bb.

¹⁵⁶ EGGEN, SZW 2021, 479.

¹⁵⁷ EGGEN, SZW 2021, 480 m.w.N.

¹⁵⁸ TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, N 7318 ff.

¹⁵⁹ EGGEN, SZW 2021, 480 f. mit einer Übersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen.

¹⁶⁰ EGGEN, AJP 2021, 577 ff.

¹⁶¹ EGGEN, SZW 2019, 361 f.

¹⁶² EGGEN, SZW 2019, 366, zustimmend ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 57.

¹⁶³ EGGEN, SZW 2019, 367 ff.

weshalb von einer erheblichen *Rechtsunsicherheit* auszugehen ist.¹⁶⁴ Erhebliche Rechtsunsicherheit besteht wie oben erwähnt auch beim Erwerb von rein digitalen Inhalten wie zum Beispiel E-Books, wo bereits die vertragsrechtliche Qualifikation umstritten ist.¹⁶⁵

4.2 Rechtsvergleich

Mit der *Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771* wurde eine *Update- oder Aktualisierungspflicht* für Geräte mit digitalen Komponenten eingeführt. Verkäuferinnen und Verkäufer von vernetzten Geräten sind verpflichtet, für einen erwartbaren Zeitraum kostenlose Softwareupdates zur Verfügung zu stellen, damit die Funktionsfähigkeit der Ware erhalten bleibt. Unterschieden werden zwei Konstellationen:

- Im Kaufvertrag ist die *einmalige Bereitstellung* des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung vorgesehen: Die Verkäuferin bzw. der Verkäufer muss während des Zeitraums, den die Verbraucherinnen und Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Waren und der digitalen Elemente und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten können, für Information über und Erhalt von Aktualisierungen sorgen (Art. 7 Abs. 3 Bst. a Warenkauf-RL [EU] 2019/771).
- Im Kaufvertrag ist die *fortlaufende Bereitstellung* des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum vorgesehen: die Updatepflicht besteht über den ganzen vertraglich vereinbarten Zeitraum (Art. 7 Abs. 3 Bst. b i.V.m. Art. 10 Abs. 2 oder 5 Warenkauf-RL [EU] 2019/771).

Analoge Regeln bestehen in der *Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770* für den Erhalt der Vertragsmässigkeit von rein digitalen Waren und Dienstleistungen (Art. 8 Abs. 2). Die Richtlinie regelt die Gewährleistung für alle Verträge, auf deren Grundlage solche Vertragsinhalte und Dienste bereitgestellt oder übermittelt werden, ohne die Vertragsverhältnisse rechtlich zu qualifizieren.¹⁶⁶

In *Deutschland* wurden die neuen Regeln für digitale Inhalte und Dienstleistungen nicht im Kaufrecht, sondern im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) eingefügt und gelten für alle zwei- oder mehrseitigen Verträge, unabhängig vom Vertragstyp. Ihr Anwendungsbereich wurde jedoch auf Verträge mit Konsumentinnen und Konsumenten beschränkt.¹⁶⁷ In *anderen Ländern* findet sich die Umsetzung in speziellen Verbraucherschutzgesetzen¹⁶⁸ oder Spezialgesetzen für digitale Produkte¹⁶⁹.

4.3 Mögliche Auswirkungen einer Anpassung und Fazit

Die Regeln des Kaufrechts aus dem letzten Jahrhundert werden der Interessenlage beim Kauf eines Gegenstands mit digitalen Elementen oder beim Erwerb von digitalen Produkten heute nicht (mehr) gerecht. Über die *vertragliche Qualifikation* von Verträgen über den Erwerb oder die Bereitstellung digitaler Inhalte besteht keine Einigkeit in der Lehre und damit *keine Gewissheit* über die damit einhergehenden *Rechte und Pflichten*. Es wird deshalb für

¹⁶⁴ EGGEN, SZW 2019, 371; ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 65 f. FELLMANN, RFA Beilageband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht, 7.

¹⁶⁵ EGGEN, SZW 2021, 480 f.

¹⁶⁶ Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770, Erw. 18 f.

¹⁶⁷ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 20, 23 ff.

¹⁶⁸ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 26, 35 f., 53 f.

¹⁶⁹ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 43.

eine schnelle gesetzgeberische Lösung, zum Beispiel die Einführung vertragstypenunabhängiger Mindeststandards analog zur Digitale-Inhalte-und-Dienste-Richtlinie (EU) 2019/770, plädiert.¹⁷⁰

Erhebliche *Rechtsunsicherheit* besteht auch über die Rechte und Pflichten bei Verträgen über vernetzte Geräte. In der RFA wurde festgestellt, dass die heutige Rechtsunsicherheit ein *Hindernis für einen effizienten Markt* darstelle und indirekt auch zu Mehrkosten für die Unternehmen führe.¹⁷¹ Das Autorenteam der RFA befürwortet deshalb eine Klärung der Rechtslage durch Unterstellung von Verträgen zum Erwerb von Produkten mit digitalen Elementen unter das Kaufrecht und die Regeln zur kaufrechtlichen Gewährleistung analog zur Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771.¹⁷² Eine Klärung der Rechtslage für vernetzte Geräte, welche auch das *Potential von neuen Technologien fördern* könnte, wird auch von der Lehre gefordert.¹⁷³ In der EU wurde die Rechtslage geklärt, indem beim Erwerb von vernetzten Waren von einer Verantwortlichkeit der Verkäuferin bzw. des Verkäufers auch für die digitalen Elemente, welche für das Funktionieren der Ware erforderlich sind, ausgegangen wird.¹⁷⁴ Die Verkäuferseite ist die Vertragspartnerin der Käuferschaft und somit für diese eine gute Anlaufstelle. Gemäss der RFA werden die Verkäuferinnen und Verkäufer in der EU voraussichtlich ihre Pflicht weitgehend an die Herstellerinnen und Hersteller der Geräte weitergeben können.¹⁷⁵ Es könne erwartet werden, dass der Einfachheit halber auch Schweizer Verkäuferinnen und Verkäufer und ihre Kundinnen und Kunden die gleichen Rechte erhalten. Es wird damit *nicht mit negativen Auswirkungen auf die Wirtschaft gerechnet*.

Nach Ansicht des Bundesrates ist daher in Bezug auf digitale Produkte und Produkte mit digitalen Komponenten eine Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an den geltenden EU/EWR-Mindeststandard wünschenswert. Damit könnten die bestehende *Rechtsunsicherheit beseitigt* und das insofern veraltete Schweizer Recht der *heutigen wirtschaftlichen Realität* angepasst werden.

5 Geplante Obsoleszenz

5.1 Auftrag

Mit dem Postulat 18.3248 Marchand-Balet wurde der Bundesrat damit beauftragt, «einen Bericht über die Rechtslage in der Schweiz in Bezug auf geplante Obsoleszenz zu erstellen und sie mit der Rechtslage auf internationaler Ebene zu vergleichen». Aus der Begründung des Postulates geht hervor, dass es darum geht, festzustellen, ob die Konsumentinnen und Konsumenten ausreichend gesetzlich geschützt sind, oder ob spezifische Regeln über geplante Obsoleszenz notwendig sind und ob weitere Massnahmen zu erwägen sind, beispielsweise in Bezug auf die Gewährleistungsfrist oder auf Hinweise zur Reparierbarkeit. Weil somit unter anderem die Prüfung von Massnahmen im Gewährleistungsrecht verlangt wurde, wurde die Beantwortung des Postulates in die Prüfung der Modernisierung des Gewährleistungsrechts einbezogen. Die von der Bundesverwaltung in Auftrag gegebene RFA und die rechtsvergleichende Studie haben sich speziell mit der Frage der geplanten Obsoleszenz befasst, um die Forderungen des Postulates zu erfüllen. Auch das vom Parlament überwiesene Postulat

¹⁷⁰ EGGEN, SZW 2021,484; ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020, 65 f.

¹⁷¹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 23.

¹⁷² ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese, 19.

¹⁷³ EGGEN, SZW 2019, 371.

¹⁷⁴ Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771, Erw. 15.

¹⁷⁵ ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, 29 ff.

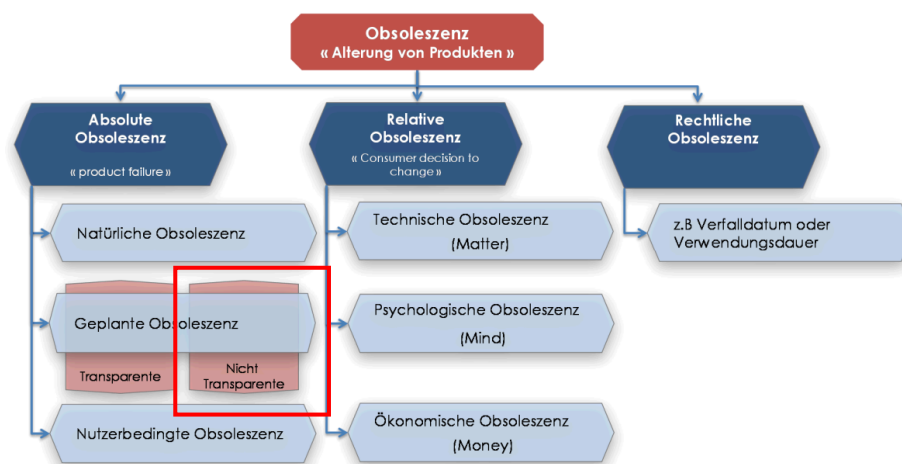
21.4224 Brenzikofer «Rechtliche Konsequenzen bei absichtlicher Verkürzung der Lebensdauer von Produkten» (s. dazu vorne Ziff. 1.3) behandelt die Problematik der geplanten Obsoleszenz.

5.2 Begriff und Problematik

5.2.1 Begriff

Die Diskussion über die Obsoleszenz von Produkten ist sehr aktuell, aber nicht neu. Der Bundesrat hat sich mit dem *Begriff der Obsoleszenz* bereits in seinem Bericht vom 28. November 2014 «Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Produkten» in Erfüllung des Postulates 12.3777 «Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Produkten» der Grünen Fraktion detailliert auseinandergesetzt (insbesondere Ziff. 4 dieses Berichts).

Der Bericht unterscheidet verschiedene Formen der Obsoleszenz, die in der folgenden Abbildung dargestellt sind. Es ist auf den ersten Blick ersichtlich, dass die geplante Obsoleszenz nur einen *sehr besonderen Aspekt* des viel umfassenderen Problems der Obsoleszenz betrifft. Die Problematik, auf die das Postulat speziell abzielt, ist rot umrahmt.



Figur 1: Unterscheidung von absoluter, relativer und rechtlicher Obsoleszenz¹⁷⁶

Eine grundlegende Unterscheidung ist zwischen absoluter und relativer Obsoleszenz vorzunehmen. Von absoluter Obsoleszenz wird gesprochen, wenn ein Produkt das Ende der technischen Lebensdauer erreicht hat, während sich die relative Obsoleszenz aus einer Entscheidung der Konsumentin oder des Konsumenten ergibt, einen Gegenstand nicht mehr zu gebrauchen oder ihn zu ersetzen, obwohl er aus technischer Sicht länger halten könnte.¹⁷⁷ Schliesslich ist die rechtliche Obsoleszenz an gesetzliche Vorschriften gebunden.

5.2.2 Problematik

Die geplante Obsoleszenz, wie sie im Postulat 18.3248 Marchand-Balet beschrieben wird, ist eine Form der absoluten Obsoleszenz, weil sie am Ende der technischen Lebensdauer des Produkts eintritt. Sie ist jedoch «geplant» und somit *von der Herstellerin bzw. vom Hersteller gewollt*. Das Problem ergibt sich jedoch nicht aus der blossen Tatsache, dass sie das Ergebnis eines Entscheids der Herstellerin bzw. des Herstellers ist. Jedes Produkt ist so konzipiert,

¹⁷⁶ Quelle: Bericht vom 28. November 2014 «Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Produkten» in Erfüllung des Postulates 12.3777 der Grünen Fraktion «Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Produkten», 6.

¹⁷⁷ Bundesrat, Bericht 12.3777, 6.

dass es eine bestimmte Qualität aufweist und je nach vorhersehbarem Gebrauch eine bestimmte Zeit lang hält, so dass ein solcher Entscheid unumgänglich ist.

Die Problematik der geplanten Obsoleszenz hängt mit den Beweggründen der Herstellerin bzw. des Herstellers zusammen. Diese können *objektive Gründe haben, die Nutzungsdauer bestimmter Waren oder Komponenten zu begrenzen*. Zum Beispiel ist für einen Rückwärtsgang eines Personenwagens eine Lebensdauer von wenigen Kilometern vorgesehen, weil dieselbe Lebensdauer wie bei anderen Gängen keinen Sinn machen würde; die durchschnittliche voraussehbare Nutzungsdauer von Bohrmaschinen für den Privatgebrauch beträgt rund 11 Minuten, im Gegensatz zu einer Bohrmaschine für eine professionelle Nutzung.¹⁷⁸ Es ist legitim, die Qualität der Waren an ihre vorhersehbare Nutzung anzupassen, weil sie sonst viel teurer wären und die Erwartungen der Käuferschaft nicht erfüllen würden. Die Herstellerinnen und Hersteller können Produkte von geringerer Qualität, Wegwerfprodukte oder Produkte mit kurzer Lebensdauer entwickeln und dies transparent ankündigen (transparente geplante Obsoleszenz)¹⁷⁹. Die Käuferin oder der Käufer weiss dann, woran sie oder er ist, und trifft eine bewusste Wahl, die ihren oder seinen Bedürfnissen und ihrem oder seinem Budget entspricht.

Das im Postulat 18.3248 Marchand-Balet beschriebene Problem tritt nur dann auf, wenn die geplante Obsoleszenz *versteckt* ist. Die tatsächliche Lebensdauer wird somit im Vergleich zu einer möglicherweise versprochenen, von der Konsumentin oder vom Konsumenten vernünftigerweise erwarteten oder auch objektiv bestimmbar Referenzdauer verkürzt. Somit gibt es im Verhalten der Herstellerin bzw. des Herstellers einen Willen zur Verkürzung der Lebensdauer, der versteckt bleibt und somit ein *Element der Täuschung* der Konsumentin oder des Konsumenten beinhaltet. Das Postulat 18.3248 Marchand-Balet bezieht sich auf einen Begriff, der dieser Definition entspricht. Geplante Obsoleszenz wird dort beschrieben als «Strategie der Industrie, bei der die Konsumentinnen und Konsumenten getäuscht werden» oder «eine Strategie, die darauf abzielt, die Lebensdauer eines Produkts absichtlich zu verkürzen». Das andere Element der Definition ist die Verkürzung der Lebensdauer als Teil einer *Marketingstrategie*, sie soll die Konsumentin oder den Konsumenten zu einem frühzeitigen Neukauf animieren, um die Ersatzrate des Produkts zu steigern.

Angeichts dieser Definition und der allgemeinen Problematik einer optimalen Nutzungsdauer von Konsumgütern muss eine *doppelte Abgrenzung* vorgenommen werden. Zunächst ist die hier thematisierte geplante Obsoleszenz von *bewussten, transparent gemachten Entscheiden der Herstellerinnen und Hersteller* zu unterscheiden, für das Produkt oder einige seiner Bestandteile aus objektiven Gründen eine begrenzte Lebensdauer vorzusehen oder sich bewusst für die Produktion einer Billiglinie zu entscheiden. Sodann betrifft die hier gemeinte Obsoleszenz einen ganz speziellen Sachverhalt, der *bei weitem nicht die gesamte Problematik der Obsoleszenz umfasst*. Man denke insbesondere an die relative Obsoleszenz, die vom Entscheid der Konsumentin oder des Konsumenten abhängt. Dieser Entscheid kann technisch motiviert sein (technische Obsoleszenz), weil die Konsumentin oder der Konsument ein neueres, leistungsfähigeres Modell kaufen möchte, oder rein subjektiv (psychologische Obsoleszenz), wenn die Konsumentin oder der Konsument beispielsweise der Meinung ist, ihr oder sein Produkt sei aus der Mode gekommen.¹⁸⁰ Diese Arten der Obsoleszenz, die für die Optimierung der Lebens- und Nutzungsdauer von Waren ebenso wichtig sind, werden vorliegend nicht behandelt und erfordern andere Massnahmen. Es kann jedoch sein, dass diese anderen Massnahmen Strategien der geplanten Obsoleszenz einschränken: So könnten die

¹⁷⁸ Bundesrat, Bericht 12.3777, 7.

¹⁷⁹ Bundesrat, Bericht 12.3777, 6-7.

¹⁸⁰ Bundesrat, Bericht 12.3777, 6-7. S. auch zu den verschiedenen Typen von Obsoleszenz, HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 86-87.

Konzeption von langlebigen Waren oder Hinweise auf die Haltbarkeit die Entstehung solcher Strategien verhindern.¹⁸¹

5.3 Rechtliche Grundlagen

Die absichtliche Verkürzung der Lebensdauer eines Produkts kann durch *verschiedene Normen* erfasst werden. Wenn das Produkt nicht der vertraglich zugesicherten Qualität entspricht, fällt es unter die Gewährleistung oder vertragliche Haftung, und wenn es nicht das erforderliche Mass an Sicherheit bietet, unter die Produkthaftungspflicht. Sodann könnte das Verhalten der Herstellerin bzw. des Herstellers eine unlautere Handlung darstellen oder unter das Strafrecht fallen (Betrug) und folglich eine deliktische Haftung auslösen, wenn es sich herausstellt, dass eine widerrechtliche Handlung vorliegt.¹⁸²

5.3.1 Rechtslage in der Schweiz

5.3.1.1 Gewährleistung, Produkthaftungspflicht

Wenn die Strategie der geplanten Obsoleszenz der Herstellerin bzw. des Herstellers dazu führt, dass die Ware Mängel im Sinne von Artikel 197 OR aufweist, ist die Verkäuferin oder der Verkäufer unter den Voraussetzungen von Artikel 197 ff. OR zur Gewährleistung verpflichtet. Dazu muss eine zugesicherte Eigenschaft oder eine Eigenschaft, die die Käuferin oder der Käufer in guten Treuen erwarten durfte, im Zeitpunkt des Gefahrübergangs (Art. 185 OR) fehlen, sei es bei Vertragsabschluss, bei der Ausscheidung der Gattungssache oder bei der Versendung, falls diese vereinbart wurde. Die erwartete Beschaffenheit muss zudem, wenn sie nicht zugesichert wurde, nach Artikel 197 Absatz 1 OR den vorgesehenen Wert oder Nutzen erheblich mindern (s. Ziff. 3.2.1). Zu beachten ist, dass die *arglistige Täuschung durch die Verkäuferin oder den Verkäufer*, sei es, dass sie oder er falsche Angaben über die Kaufsache macht oder Tatsachen verschweigt, die nach Treu und Glauben offengelegt werden müssten,¹⁸³ mehrere Auswirkungen auf die Gewährleistung hat, insbesondere kann sich die Verkäuferin oder der Verkäufer nicht mehr auf eine verspätete Mängelanzeige (Art. 203 OR), die zweijährige Verjährungsfrist (Art. 210 Abs. 6 OR) oder auf Klauseln berufen, welche die Gewährleistung ausschliessen oder einschränken (Art. 199 OR). Die Beweislast für die Arglist liegt bei der Käuferin bzw. beim Käufer.¹⁸⁴

Im Übrigen können die Herstellerinnen und Hersteller oder Importeure auch gestützt auf die Regeln des *PrHG* haftbar gemacht werden. Ein Produkt ist nach diesen Regeln jedoch nur fehlerhaft, wenn es «nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist». (Art. 3 Abs. 1 PrHG). Auch beschränkt sich die Haftung in diesen Fällen auf den Schaden, der durch den Tod einer Person oder eine Körperverletzung verursacht wird, oder auf Sachschäden an Sachen, die hauptsächlich für den privaten Gebrauch bestimmt sind (Art. 1 Abs. 1 Bst. a und b PrHG). Der Schaden am fehlerhaften Produkt selbst ist nicht gedeckt (Art. 1 Abs. 2 PrHG).

Wenn die Strategie der Obsoleszenz *vor dem Verkauf des Produkts* eingesetzt wird, ist es nicht ausgeschlossen, dass die Verkäuferin bzw. der Verkäufer *aus Vertrag* oder die Herstellerin bzw. der Hersteller *aus Delikt haften*.¹⁸⁵ Die unzutreffende Information auf einem Druck-

¹⁸¹ S. dazu den Entwurf und den Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates in Erfüllung der Pa.IV. 20.433 Schweizer Kreislaufwirtschaft stärken, insbesondere Art. 30a und 35i vom 2. November 2022; vgl. auch oben Ziff. 1.3.

¹⁸² S. dazu für eine Übersicht, HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 87.

¹⁸³ BGE 131 II 145 E. 8.1

¹⁸⁴ a.a.O.

¹⁸⁵ In diesem Sinn für die Haftung des Verkäufers, ATAMER, ZSR 2022 I 285, 309.

gerät, dass die Tintenpatronen leer sind, mit dem alleinigen Ziel, dass die Patronen häufiger gewechselt werden, kann einen Mangel darstellen, wenn der Drucker zum Zeitpunkt des Verkaufs so programmiert war und dieser Sachverhalt bewiesen werden kann. Die Verkäuferin oder der Verkäufer haftet für den Mangel auch dann, wenn sie oder er ihn nicht kannte. Im Gegensatz dazu setzen eine arglistige Täuschung und deren Folgen für die Gewährleistung voraus, dass die Verkäuferin oder der Verkäufer von der Strategie der geplanten Obsoleszenz seitens der Herstellerin oder des Herstellers Kenntnis hat. Sowohl die Tatsache der geplanten Obsoleszenz als auch die Kenntnis der Verkäuferin oder des Verkäufers sind von der Käuferseite zu beweisen und stellen daher ein grosses Hindernis für die Durchsetzung dieser Ansprüche dar.¹⁸⁶

Erfolgen die Handlungen zur geplanten Obsoleszenz erst *nach dem Verkauf*, insbesondere durch Softwareänderungen, mit denen die Funktion des Produkts beeinträchtigt wird, löst dies dagegen *keine Gewährleistungsansprüche* aus. In einem solchen Fall ist es die Handlung der Herstellerin bzw. des Herstellers und nicht der Verkäuferin oder des Verkäufers, die zur Obsoleszenz führt, weshalb *eine Haftung der Verkäuferin bzw. des Verkäufers aus Vertrag nicht in Betracht* kommt.¹⁸⁷ Die Handlung erfolgt zudem in jedem Fall erst nach dem Gefahrenübergang. Eine Haftung der Verkäuferin oder des Verkäufers könnte nur dann in Betracht kommen, wenn das gute Funktionieren der Kaufsache über eine bestimmte Zeit hinweg Gegenstand einer *besonderen vertraglichen Verpflichtung der Verkäuferin oder des Verkäufers* war. Eine solche besondere vertragliche Verpflichtung ist umso entscheidender, als das schweizerische Recht, im Gegensatz zur neuen Regelung in der Digitale-Inhalte-und-Dienstleistungen-Richtlinie (EU) 2019/771 (s. oben Ziff. 4.2), keine gesetzliche Aktualisierungspflicht der Verkäuferin bzw. des Verkäufers kennt.

Je nach Einzelfall können also eine Gewährleistung der Verkäuferin bzw. des Verkäufers oder eine Haftung der Herstellerin bzw. des Herstellers in Betracht kommen. Diese Ansprüche *hängen aber nicht unmittelbar* mit dem von der Herstellerin oder vom Hersteller getroffenen Entscheid, eine Strategie der geplanten Obsoleszenz zu verfolgen, zusammen. Diese Strategien selbst können daher viel besser, unabhängig von einem bestimmten Kaufgeschäft, durch die Regeln des Strafrechts oder noch spezifischer durch die Regeln über den unlauteren Wettbewerb erfasst werden.

5.3.1.2 Strafrecht

a) Betrug

Das Element der Täuschung, das die geplante Obsoleszenz kennzeichnet, kann unter den Tatbestand des *Betrugs* fallen (Art. 146 Strafgesetzbuch [StGB]¹⁸⁸). Nach dieser Bestimmung macht sich strafbar, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen anderen am Vermögen schädigt.

Nicht jede Täuschung im Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr genügt jedoch zur Erfüllung des Betrugstatbestandes. Vielmehr verlangt das Gesetz einschränkend, dass die *Täuschung arglistig sein muss*. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *definiert sich Arglist wie folgt*: Arglist ist gegeben, wenn die Täterin bzw. der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Bei einfachen falschen Angaben ist das Merkmal erfüllt, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer

¹⁸⁶ S. RUSCH, recht 2012, 178 f. und oben, Ziff. 2.3.

¹⁸⁷ ATAMER, ZSR 2022 I 285, 309.

¹⁸⁸ Strafgesetzbuch; SR 311.0

Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, sowie dann, wenn die Täterin bzw. der Täter die Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass diese die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werden.¹⁸⁹ In einer weiteren Konstellation täuscht die Herstellerin bzw. der Hersteller durch *aktives Verhalten* über eine Tatsache. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob die falschen Angaben *arglistig* getätigt worden sind, indem sie beispielsweise nicht oder nur mit besonderer Mühe von den Konsumentinnen und Konsumenten überprüft werden können. Sofern dies bejaht werden kann, weil beispielsweise nur aufgrund von Expertenwissen eine solche Überprüfung möglich ist, liegt eine arglistige Täuschung vor.

Bezeichnend für eine betrügerische geplante Obsoleszenz ist der Umstand, dass die Herstellerin bzw. der Hersteller eine solche verschweigt. In einer solchen Konstellation stellt sich zunächst die Frage, ob dem Angebot des Herstellers im sozialen Verkehr ein bestimmter Erklärungswert hinsichtlich Qualität oder Haltbarkeit der Sache zukommt. Die Täuschung im Sinne von Artikel 146 StGB kann nämlich *auch durch konkludentes Handeln* erfolgen, indem die Täterin bzw. der Täter die Unwahrheit nicht ausdrücklich zum Ausdruck bringt, sondern durch ihr bzw. sein Verhalten miterklärt.¹⁹⁰ Wer beispielsweise für Waren den üblichen Preis fordert, bringt damit zum Ausdruck, dass sie von durchschnittlicher Qualität sind. Ob und inwieweit das Verhalten eine bestimmte Erklärung zum Ausdruck bringt, entscheidet die soziale Konvention. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht es allgemeiner Lebenserfahrung, dass eine Käuferin bzw. ein Käufer in Kenntnis der Sachlage keine minderwertige Ware zum Preis einer vollwertigen kauft. In der Literatur werden in diesem Zusammenhang Entscheide des Bundesgerichts zitiert, die sich mit Täuschungen über den Reinheitsgrad von Drogen befasst haben. Konkret wurde von der Täterschaft überdurchschnittlich gestrecktes Heroin zum Preis von durchschnittlich gestrecktem Heroin verkauft. Die Käuferinnen und Käufer wurden also stillschweigend über Tatsachen getäuscht.¹⁹¹ Solche Fälle von konkludentem Verhalten sind selten, da in Literatur und Rechtsprechung am Erfordernis eines Erklärungswertes streng festgehalten wird.

Fehlt das Erfordernis eines Erklärungswertes, kommt allenfalls ein Betrug *durch Unterlassen* in Betracht. Unterlassungsdelikte erfordern eine *Garantenstellung*, die durch eine Verpflichtung zum Handeln gekennzeichnet ist (Art. 11 Abs. 2 StGB). Eine Garantenstellung kann somit aus Gesetz und Vertrag abgeleitet werden. Allerdings vermag nicht jede gesetzliche oder vertragliche Handlungspflicht eine Garantenstellung zu begründen. Ein Betrug durch Unterlassen setzt eine gesteigerte Verantwortlichkeit bzw. eine inhaltlich besonders qualifizierte Rechtspflicht zum Tätigwerden voraus. Arglistiges Unterlassen ist deshalb höchstens vorstellbar, wo eine besondere Vertrauensstellung besteht und der Getäuschte deshalb darauf vertrauen darf, von der Täterin bzw. vom Täter über einen allfälligen Irrtum aufgeklärt zu werden.¹⁹² Eine solche Garantenstellung kommt der Herstellerin bzw. dem Hersteller oder der Verkäuferin bzw. dem Verkäufer in der Regel nicht zu, so dass ein Betrug durch Unterlassen zu verneinen ist.

Damit aber der Betrugstatbestand erfüllt ist, müssen *noch weitere Voraussetzungen* erfüllt sein, so insbesondere ein Vermögensschaden. Bei der geplanten Obsoleszenz stehen Leistung und Gegenleistung in einem Austauschverhältnis. In solchen Fällen liegt ein Vermögensschaden vor, wenn das Vermögen des Täuschungsopfers nach Vornahme der irrumsbedingten Vermögensverfügung in seinem Gesamtwert – durch Verringerung der Aktiven oder

¹⁸⁹ BGE 142 IV 153 E. 2.2.2; 135 IV 76 E. 5.1.

¹⁹⁰ BGE 147 IV 73 E. 3.1.

¹⁹¹ Vgl. zum Ganzen: STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, § 15 N 14 m.w.H.; BGE 111 IV 55 E. 2b; 117 IV 139 E. 1.

¹⁹² BGE 140 IV 11 E. 2.3.2 und 2.4.2 m.w.H.

Vermehrung der Passiven – tatsächlich verringert ist.¹⁹³ Bei gegenseitigem Leistungsaustausch ist dies der Fall, wenn die eigene Leistung der Betroffenen durch die erworbene Gegenleistung nicht ausgeglichen wird. Bei objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung liegt ein Schaden vor, wenn die Gegenleistung den individuellen Bedürfnissen der Getäuschten nicht entspricht und für ihre Zwecke unbrauchbar ist.¹⁹⁴ Ob also ein Vermögensschaden vorliegt, ist anhand der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls zu beurteilen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass es schwierig sein dürfte, Herstellerinnen und Hersteller im Zusammenhang mit geplanter Obsoleszenz wegen Betrugs zu belangen. Ausgenommen dürften einzig Fälle sein, in denen Herstellerinnen bzw. Hersteller und Verkäuferinnen bzw. Verkäufer wahrheitswidrig besondere Eigenschaften ausdrücklich zusichern bzw. vortäuschen.

b) Sachbeschädigung

Neben Betrug kann auch eine Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) vorliegen. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung macht sich auf Antrag strafbar, wer eine Sache, an der ein fremdes Eigentums-, Gebrauchs- oder Nutzniessungsrecht besteht, beschädigt, zerstört oder unbrauchbar macht. Lehre¹⁹⁵ und Rechtsprechung¹⁹⁶ legen diese Bestimmung weit aus, so dass letztlich jede Zustandsveränderung als Sachbeschädigung aufgefasst wird, sofern sie die Berechtigten in schützenswerten Interessen beeinträchtigt und nicht ohne nennenswerten Aufwand wieder rückgängig gemacht werden kann. Ebenfalls brauchen die Berechtigten keinen Vermögensschaden zu erleiden. Denkbar sind auch Fälle von *mittelbarer Täterschaft*, in denen die Herstellerin oder der Hersteller beispielsweise durch falsche Angaben die Berechtigten dazu veranlasst, einen funktionstüchtigen Gegenstand zu entsorgen (zerstören) bzw. zu ersetzen. Subjektiv erfordert die Sachbeschädigung Vorsatz. Dazu gehört auch das Wissen und Wollen, dass die Einwirkung auf die Sache diese beschädigt oder zerstört. Eventualvorsatz genügt.

5.3.1.3 Unlauterer Wettbewerb

Sind nicht alle Tatbestandselemente des Betrugstatbestandes erfüllt, weil im konkreten Einzelfall nur eine einfache Lüge oder kein Vermögensschaden vorliegt, können *einzelne Straftatbestände des UWG* zur Anwendung gelangen, insbesondere wenn es um die Täuschung von Kundinnen und Kunden geht (z.B. Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Art. 3 Abs. 1 Bst. i UWG). In diesem Sinn übernehmen die UWG-Tatbestände die Funktion von *Auffangtatbeständen* im Vergleich zum Betrug. Denkbar ist aber auch, dass gleichzeitig der Betrugstatbestand und ein UWG-Tatbestand erfüllt sein können. In einem solchen Fall ist noch ungeklärt, ob zwischen den verschiedenen Tatbeständen echte oder unechte Konkurrenz herrscht.¹⁹⁷ Bisher wurden jedenfalls Klagen gegen die geplante Obsoleszenz von den Gerichten gestützt auf das UWG behandelt.

Der Verein «Noops» (No Obsolescence Programmée Suisse) hat am 19. März 2018 in Genf einen *Strafantrag* gegen die Firma Apple eingereicht, weil sie die Obsoleszenz ihrer Telefongeräte geplant habe, indem sie den Nutzerinnen und Nutzern ab März 2017 das Update einer

¹⁹³ BGE 147 IV 73 E. 6

¹⁹⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_316/2009 vom 21. Juli 2009, E. 3.2; vgl. auch STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, § 15 N 49 ff.; DONATSCH, Strafrecht III, 241 ff.

¹⁹⁵ Vgl. zum Ganzen Philippe Weissenberger in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019, Art. 144 N 20 ff., 73 m.w.H.; Donatsch, Strafrecht III, S. 183.

¹⁹⁶ BGE 115 IV 36 E. 2

¹⁹⁷ Vgl. zum Ganzen BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON, Art. 23 N 47 f.

Betriebssoftware zur Verfügung gestellt habe, das die Verringerung der Leistung der Gerätebatterien zur Folge hatte.¹⁹⁸ Die Staatsanwaltschaft erliess eine Nichtanhandnahmeverfügung. Der Verein zog diese Verfügung bis vor Bundesgericht weiter.

Der Verein machte eine *Verletzung des UWG* geltend. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b UWG handelt unlauter, wer unrichtige oder irreführende Angaben über seine Waren macht. Ebenso unlauter handelt, wer die Beschaffenheit, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren verschleiert und dadurch den Kunden täuscht (Art. 3 Abs. 1 Bst. i UWG). Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3, 4, 5 oder 6 begeht, wird nach Artikel 23 Absatz 1 UWG auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Wer nach Artikel 9 und 10 UWG zur Zivilklage berechtigt ist, kann Strafantrag stellen (Art. 23 Abs. 2 UWG). Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen, sind zur Zivilklage (Art. 10 Abs. 2 Bst. b UWG) und damit auch zum Strafantrag berechtigt.

Das *Genfer Rekursgericht* verneinte eine nationale oder regionale Bedeutung des Vereins Noops, der gerade erst aufgrund des beanstandeten Sachverhalts gegründet worden war.¹⁹⁹ Das Gericht prüfte dennoch, ob die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft in der Sache begründet war. Es *verneinte eine Verletzung von Artikel 3 UWG, weil der Konzern keine unrichtigen oder irreführenden Angaben* über die Leistung seiner Telefonbatterien zum Zeitpunkt der Lancierung der von der Beschwerdeführerin beanstandeten Software gemacht habe. Bei der Präsentation der Merkmale des vorgeschlagenen Updates habe er keine besondere Ausführungsgeschwindigkeit angepriesen oder versprochen, und nicht zuletzt sei er nicht verpflichtet gewesen, spontan über die verminderten Leistungen, die sich aus dem im Frühling 2017 vorgeschlagenen Software-Update ergeben haben sollen, zu informieren.²⁰⁰ Das Gericht ergänzte, dass das Update für die Konsumentin oder den Konsumenten nicht verpflichtend gewesen sei, dass eine Herstellerin oder ein Hersteller gegenüber seinen Konkurrenten nicht unaufgefordert auf Unzulänglichkeiten seiner Produkte hinweisen müsse und dass die Geräte auch bei verkürzter Dauer der Akkuladung weiter funktionierten.²⁰¹ Das *Bundesgericht* seinerseits erklärte die Beschwerde gegen den kantonalen Entscheid für *unzulässig*, weil der Verein als Beschwerdeführer weder einen gültigen Beschwerdegrund gemäss Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe a und b des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht²⁰² habe, noch eine Nichtanhandnahmeverfügung anfechten könne, die nicht das kantonale Gericht gefällt habe.²⁰³

5.3.1.4 Allgemeine Würdigung des geltenden schweizerischen Rechts

Das Verhalten von Herstellerinnen und Herstellern, das unter den Begriff der geplanten Obsoleszenz fällt, *wird somit vom geltenden Recht*, insbesondere nach den Regeln des UWG, *erfasst*. Dieses Gesetz bietet nicht nur Privatpersonen, sondern auch Verbänden (Art. 10 Abs. 2 UWG), insbesondere Konsumentenschutzorganisationen von regionaler oder gesamtschweizerischer Bedeutung (Art. 10 Abs. 2 Bst. b UWG), die Möglichkeit, Beschwerde oder Klage zu erheben. In bestimmten Fällen kann, vertreten durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), auch der Bund klagen, wenn er es zum Schutz des öffentlichen Interesses für nötig erachtet und wenn Kollektivinteressen bedroht oder verletzt sind (vgl. Art. 10 Abs. 3

¹⁹⁸ Cour de Justice du canton de Genève (Strafrekurskammer), Entscheid vom 4. März 2019, ACPR/166/2019, Sachverhalt, Bst. B.

¹⁹⁹ Cour de Justice du canton de Genève, (Strafrekurskammer), Entscheid vom 4. März 2019, ACPR/166/2019, E. 2.1-2.2.

²⁰⁰ Cour de Justice du canton de Genève (Strafrekurskammer), Entscheid vom 4. März 2019, ACPR/166/2019, E. 3.3.

²⁰¹ a.a.O.

²⁰² SR 173.110

²⁰³ Urteil des Bundesgerichts 6B_437/2019 vom 4. August 2019, E. 1.3

UWG und die Verordnung vom 12. Oktober 2011 über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb²⁰⁴).

Die im geltenden Recht vorgesehenen Möglichkeiten *wurden bisher nicht vollständig ausgeschöpft*. Insbesondere hat die Schlussfolgerung, zu der das kantonale Gericht im oben dargelegten Fall gelangt, aus mehreren Gründen weder den Charakter eines Leiturteils noch begründet es eine etablierte Rechtsprechung.

Zunächst bleibt der Entscheid ein *Einzelfall*, weil es keine anderen kantonalen Entscheide und auch keinen Entscheid des Bundesgerichts gibt, die diese Auslegung bestätigen. Die vorgenommene Auslegung erweist sich auch als *besonders restriktiv*,²⁰⁵ insbesondere weil sie sich auf ausdrückliche Angaben der Herstellerin beschränkt und jede spontane Meldepflicht ausschliesst, was nicht der Position der kantonalen Rechtsprechung und eines Teils der Lehre entspricht.²⁰⁶

Die Angaben, auf die sich Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b UWG bezieht, können tatsächlich jede beliebige Form annehmen, und die Information an die Kundin oder den Kunden kann *sich aus Unterlassungen ergeben*, aus denen das durchschnittliche Publikum vernünftigerweise Schlüsse zieht²⁰⁷ (d. h. insbesondere, wenn die Empfängerinnen und Empfänger erwarten durften, über einen solchen Umstand informiert zu werden²⁰⁸). Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b UWG kann somit eine Informationspflicht auferlegen, die das Schweigen als unlauter erscheinen lässt.²⁰⁹ Die Rechtsprechung nimmt eine solche Verpflichtung beispielsweise auch dann an, wenn die *Verschleierung einer aktiven Täuschung durch konkludentes Handeln gleichkommt*, insbesondere wenn die Empfängerin oder der Empfänger bei unvollständigen Informationen ein falsches Gesamtbild erhält. Mit anderen Worten trifft die täuschende Person, immer wenn sie durch ihr eigenes aktives Verhalten (z. B. unvollständige Angaben) bei der Empfängerin oder dem Empfänger eine Vorstellung erzeugt, die nicht den Tatsachen entspricht, nach den Regeln des guten Glaubens im Geschäftsverkehr eine Informationspflicht. Diese Pflicht kann also zumindest dann bestehen, wenn die täuschende Person der Bildung oder der Gefahr der Bildung einer falschen Vorstellung bei der sich irrenden Person (die sie erkannt hat oder hätte erkennen müssen) nicht entgegentritt.²¹⁰

Bezüglich Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe i UWG – der die Verschleierung namentlich der tatsächlichen Beschaffenheit einer Ware, eines Werkes oder einer Leistung verbietet – kann sich die so erzeugte Täuschung auch auf die Verwendungsmöglichkeiten und den Nutzen (definiert als die Gesamtheit der positiven Eigenschaften) der Leistung beziehen. In diesen Fällen setzt die Unlauterkeit des beabsichtigten Verhaltens voraus, dass die vernünftigen Erwartungen einer Durchschnittskundin oder eines Durchschnittskunden in Bezug auf den Nutzen der Leistung enttäuscht werden.²¹¹ Wer die Leistung anbietet, hätte also auch in diesem

²⁰⁴ SR 241.3

²⁰⁵ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 91.

²⁰⁶ Handelsgericht SG, 25.2.2005, HG.1999.54 und HG.1999.55, E. 13.2, c; OFK/UWG-HEINZMANN, N 11 zu Art. 3, Bst. i, UWG m.H.; auch, SHK-JUNG, N 71 zu Art. 3 Abs. 1 lit. B UWG.

²⁰⁷ CR LCD-KUONEN, N 26 zu Art. 3, Abs. 1, Bst. b m.H.

²⁰⁸ BSK UWG-BERGER, N 16 zu Art. 3 Abs. 1 Bst. b.

²⁰⁹ CR LCD-KUONEN, N 26 zu Art. 3, Abs. 1 Bst. b m.H.

²¹⁰ Handelsgericht SG, 25.2.2005, HG.1999.54 und HG.1999.55, E. 13.1.3.8 und im gleichen Sinn SHK-JUNG, N 71 zu Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG.

²¹¹ CR LCD-KUONEN, N 12 und 15 zu Art. 3 Abs. 1, Bst. i.

Fall eine Informationspflicht, deren Umfang sich nach den Erwartungen des Durchschnittspublikums, d. h. des allgemeinen Geschäftsverständnisses, richtet.²¹² In diesem Zusammenhang reicht die abstrakte Gefahr eines Irrtums.²¹³ Beispiele hierfür sind Fälle, in denen wichtige Informationen über die angebotene Leistung überhaupt nicht oder nicht in einer Weise gegeben werden, dass sie in ihrer Bedeutung oder ihrem Ausmass den Tatsachen entsprechend wahrgenommen werden können.²¹⁴

Die Argumentation des Genfer Rekursgerichts mit dem wirtschaftlichen Wettbewerb lässt zudem ausser Acht, dass das UWG auch auf den *Konsumentenschutz abzielt* (s. Art. 2 UWG) und scheint Unzulänglichkeiten, die von Anfang an Bestandteil des Produkts sind, mit einer Verschlechterung der Leistung des Geräts nach dem Zeitpunkt des Kaufs gleichzusetzen.

Bei Mobiltelefonen liegt ausserdem nicht auf der Hand, dass eine geringere Leistung oder eine kürzere Dauer der Akkuladung im Vergleich zu den Gesamtleistungen des Geräts als für die Nutzerin bzw. den Nutzer unerheblich angesehen werden können. Die Durchschnittskonsumentin oder der Durchschnittskonsument erwartet nicht, dass ein Update der Betriebssoftware, welches das Gerät eigentlich verbessern sollte, im Gegenzug auch die Leistung des Akkus herabsetzt. Das Bild, das sich die Konsumentin oder der Konsument von einem solchen Update macht, könnte daher durch die erhaltenen unvollständigen Angaben verzerrt werden, und es ist nicht auszuschliessen, dass die Urheberin bzw. der Urheber verpflichtet wäre, diese Informationen ausdrücklich zu liefern. Zudem kann eine verkürzte Leistungsdauer des Akkus (und damit auch des Telefons selber) die Leistungsfähigkeit des Geräts und damit den Nutzen, den die Durchschnittskonsumentin oder der Durchschnittskonsument vernünftigerweise erwarten kann, beeinträchtigen.

5.3.2 Rechtslage im Ausland

Der in den *meisten Staaten* vorherrschende Ansatz zur rechtlichen Sanktionierung von Verhaltensweisen, die auf geplante Obsoleszenz zurückzuführen sind, beruht auf den *allgemeinen Regeln*.²¹⁵ Er ist daher mit der aktuellen Rechtslage in der Schweiz vergleichbar. Wenn eine Erfassung durch strafrechtliche Regeln in Betracht kommt, sind speziell auch die Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb betroffen. Weitere rechtliche Grundlagen zur Erfassung der geplanten Obsoleszenz sind die Haftung aus unerlaubter Handlung, die Haftung aus Vertrag oder die Produkthaftungspflicht.

In mehreren Ländern wurde eine *Reihe von Klagen und Anzeigen* gestützt auf die allgemeinen Regeln eingereicht. Die *italienische* Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde verurteilte im Jahre 2018 Apple und Samsung, weil sie die Leistungen ihrer älteren Telefongeräte im Zuge von Updates gedrosselt hatten, ohne die Konsumentinnen und Konsumenten darüber zu informieren und ohne Alternativen zur Aufrechterhaltung der ursprünglichen Leistungen anzubieten.²¹⁶ Die Bussen dafür beliefen sich auf fünf Millionen Euro; Apple musste zudem weitere fünf Millionen Euro für eine andere unlautere Handlung bezahlen. Apples Berufung

²¹² OFK/UWG-HEINZMANN, N 11 zu Art. 3 Abs. 1, Bst. I UWG; CR LCD-KUONEN, N 22 zu Art. 3 Abs. 1, Bst. i.

²¹³ CR LCD-KUONEN, N 22 zu Art. 3 Abs. 1, Bst. i.

²¹⁴ Handelsgericht SG, 25.2.2005, HG.1999.54 und HG.1999.55, c. 13.2, c; OFK/UWG-HEINZMANN N 11 zu Art. 3, Bst. i UWG m.H.; auch SHK-JUNG, N 71 zu Art. 3 Abs. 1 Bst. b.

²¹⁵ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 87-88.

²¹⁶ Autorità della Concorrenza e del Mercato, 25 September 2018, PS 11009 ET 110329, s. auch Medienmitteilung vom 24. Oktober 2018, <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/10/PS11009-PS11039>. S. auch HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 90.

gegen die Verfügung beim Verwaltungsgericht von Lazio wurde 2020 abgewiesen.²¹⁷ In *Italien*, aber auch in *Belgien*, *Spanien* und *Portugal* wurden zivilrechtliche *Sammelklagen* eingereicht, damit Apple die betroffenen Konsumenten entschädige.²¹⁸ Die geforderte Entschädigung beträgt 60 Euro pro betroffene Konsumentin oder betroffenen Konsumenten. Die Klagen sind noch hängig.

Frankreich seinerseits hat einen Sonderweg eingeschlagen und ein *spezielles Verbot der geplanten Obsoleszenz* in das Konsumentengesetz aufgenommen, das mit strafrechtlichen Sanktionen verbunden ist. Artikel L 213-4-1, der am 19. August 2015 in Kraft getreten ist, lautet wie folgt (Abs. 1): Geplante Obsoleszenz ist zu verstehen als die Gesamtheit der Techniken, mit denen ein Inverkehrbringer die Lebensdauer eines Produkts bewusst zu verkürzen beabsichtigt, um dessen Ersatzrate zu erhöhen. Die Absätze 2 und 3 sahen Strafen von bis zu zwei Jahren Haft und 300 000 Euro Geldstrafe vor, wobei die Geldstrafe auf 5 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes erhöht werden konnte. Diese anfängliche Version wurde revidiert, das Verbot in Absatz 1 wurde in Artikel L 441-2 und die Sanktionen in Artikel L 454-6 des Konsumentengesetzes übernommen. Die neue Version ist seit dem 17. November 2021 in Kraft. Der *derzeit geltende Text* lautet wie folgt: Verboten ist die Praxis der geplanten Obsoleszenz, die durch den Einsatz von Techniken, einschliesslich Softwaretechniken, definiert ist, mit denen die für das Inverkehrbringen eines Produkts verantwortliche Person dessen Lebensdauer absichtlich zu verkürzen beabsichtigt. Die wichtigste Änderung ist *die Streichung der Bedingung der Absicht, die Ersatzrate zu erhöhen*. Diese Bedingung war nach Ansicht des französischen Gesetzgebers äusserst schwierig zu beweisen, was die Bestimmung wirkungslos machte.²¹⁹ Die andere Änderung bestand darin, dass der Einsatz von Softwaretechniken ausdrücklich einbezogen wird. Bei der Umsetzung besteht sodann eine französische Besonderheit darin, dass die zuständige Verwaltungsbehörde, die *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)*, die Möglichkeit hat, die Strafverfolgungsbehörden anzurufen, und diese ihrerseits die DGCCRF mit einer Anzeige zwecks Durchführung einer Untersuchung anrufen kann.²²⁰

In Frankreich wurden seit 2015 *mehrere Klagen* wegen geplanter Obsoleszenz eingereicht:²²¹

- gegen X. und namentlich Epson bezüglich der frühzeitigen Anzeige, die Tintenpatronen seien leer oder das Absorberkissen des Druckers sei voll;
- gegen Apple bezüglich der Verringerung der Leistung von älteren iPhone-Modellen;
- gegen Nintendo bezüglich des Verdachts, Joysticks so konzipiert zu haben, dass sie kurz nach dem Kauf unbrauchbar werden.

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

²¹⁸ <https://www.euroconsumers.org/activities/apple-class-action-lawsuits>.

²¹⁹ S. Sénat N°242, Rapport fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable sur la proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, von MM. Guillaume Chevrollier und Jean-Michel Houllégatte, 16. Dezember 2020, 13-14 und 29 ff. Diese Lösung, die schliesslich in den definitiven Text übernommen wurde, ist der von der Regierung in ihrem Gesetzesentwurf vorgesehenen Umkehr der Beweislast vorgezogen worden.

²²⁰ HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 90.

²²¹ S. HESELHAUS/FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich, 89-90.

Über die erste der genannten Klagen liegt noch kein Urteil vor²²²; die zweite führte zu einem Vergleich mit Apple, die eine Busse von 25 Millionen Euro wegen irreführenden Geschäftspraktiken durch Unterlassung bezahlt haben;²²³ und die dritte ist immer noch hängig.²²⁴

Im Übrigen wurde am 7. Dezember 2022 eine *neue Klage* gegen Apple wegen Serialisierung oder Paarung von Teilen eingereicht, bei der die Seriennummern von Komponenten und peripheren Geräten eines Produkts an die Seriennummer des iPhones gekoppelt werden, insbesondere über Mikrochips.²²⁵ Apple wird verdächtigt, mit dieser Praxis in einer Reihe von dokumentierten Fällen die *Reparatur durch unabhängige Reparaturwerkstätten* verhindert zu haben. Die Software des Geräts, oder manchmal auch ein Update, verhindern, dass das Gerät mit den von diesen Reparaturwerkstätten verwendeten Ersatzteilen funktioniert, selbst wenn diese Teile mit den Originalteilen identisch sind.

Bemerkenswert ist, dass die DGCCRF während des *Gesetzgebungsverfahrens* zur Revision der Norm, welche die geplante Obsoleszenz verbietet, die Berichterstatter der Senatskommission darauf hinwies, dass *kein einziger Fall gestützt auf Artikel L 441-2*, der speziell die geplante Obsoleszenz regelt, geführt werden konnte.²²⁶ Die rechtliche Grundlage, auf der in möglichen Fällen von geplanter Obsoleszenz Klage eingereicht wurde, war das allgemeine Verbot irreführender Geschäftspraktiken. Dies galt insbesondere für den ersten Fall, der gegen Apple geführt wurde. Der zweite im Jahr 2022 eingereichte Fall gegen dieses Unternehmen stützt sich ebenfalls nicht auf den neuen Artikel L 441-2, sondern auch auf das allgemeine Verbot irreführender Geschäftspraktiken und auf neue spezifische Normen, mit denen die Behinderung von Reparaturen und Wiederaufbereitungen unter Strafe gestellt werden.²²⁷

Auf EU-Ebene schliesslich hat die *Europäische Union* am 30. März 2022 einen *Vorschlag für eine Richtlinie* veröffentlicht, mit der neue Verpflichtungen in Bezug auf Nachhaltigkeit, Reparierbarkeit, Greenwashing und geplante Obsoleszenz eingeführt werden sollen.²²⁸ In Bezug auf letztere sieht der Entwurf der Richtlinie vor, die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zu ändern,²²⁹ um *die geplante Obsoleszenz in die Liste der unter allen Umständen unlauter geltenden Geschäftspraktiken aufzunehmen*.²³⁰ Diese Liste ist in Anhang I der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken enthalten und ist in Artikel 5 Absatz 5 der Richtlinie aufgeführt. Die neuen Ziffern 23d bis 23j, die dem Vorschlag zufolge in die Liste aufgenommen werden sollen, verbieten namentlich Verhaltensweisen wie beispielsweise

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

²²³ Mitteilung der DGCCRF, 7.2.2020, <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/transaction-avec-le-groupe-apple-pour-pratique-commerciale-trompeuse>, abgerufen am 6.1.2023.

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

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

²²⁶ Bericht vom 16. Dezember 2020, Sénat Nr. 242, 30. Die DGCCRF wies die Berichterstatter der Kommission darauf hin, dass mangels fehlender ausreichender Elemente zur Charakterisierung des Vergehens der geplanten Obsoleszenz keiner der Fälle, die von der DGCCRF untersucht wurden, auf dieser Rechtsgrundlage abgeschlossen werden konnte, weshalb sie in irreführende Geschäftspraktiken umqualifiziert werden mussten.

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

²²⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen, vom 30.3.2022, COM (2022) 143 final.

²²⁹ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnemarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) JO, L 149/22 vom 11.6.2005, S. 22 ff.

²³⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen, COM (2022) 143 final.

«Unterlassung der Information des Verbrauchers, dass sich eine Software-Aktualisierung negativ auf die Verwendung von Waren mit digitalen Elementen oder bestimmte Merkmale dieser Waren auswirkt, selbst wenn die Software-Aktualisierung die Funktionsweise anderer Merkmale verbessert», «Unterlassung der Information des Verbrauchers, dass ein Merkmal einer Ware vorliegt, das eingeführt wurde, um ihre Haltbarkeit zu beschränken» oder «Veranlassen des Verbrauchers, Betriebsstoffe einer Ware früher zu ersetzen, als dies aus technischen Gründen notwendig ist».

Der Vorschlag wurde im *Europäischen Rat diskutiert* und eine Fassung wurde am 11. Mai 2023 in erster Lesung im Europäischen Parlament angenommen. Die Diskussionen im Rat zeigen, dass die Vorschläge zur geplanten Obsoleszenz *kritisch betrachtet* werden, insbesondere weil die Obsoleszenz von der Herstellerin bzw. dem Hersteller verursacht wird, während die Einhaltung der in der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken festgelegten Verpflichtungen jede Unternehmerin bzw. jeden Unternehmer betrifft, deren bzw. dessen Handlungen unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucherinnen und Verbraucher zusammenhängen (Art. 2 Bst. d der Richtlinie). Daher sollte «in sektorspezifischen Rechtsvorschriften» ein Verbot für den Hersteller festgelegt werden, «Merkmale einzuführen, die die Haltbarkeit von Produkten beschränken», sowie die «Pflicht des Gewerbetreibenden» beibehalten werden, «die Verbraucher über solche Merkmale zu informieren, wobei jedoch diese Pflicht nur dann gelten würde, wenn der Gewerbetreibende vom Hersteller entsprechend informiert wurde.»²³¹ Diese Kritik *verdeutlicht mehrere wichtige Elemente*. Zunächst sollte nur diejenige Beschränkung der Haltbarkeit verboten werden, die eine unangemessene Beschränkung der Lebensdauer, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann, darstellt. Es ist jedoch nicht einfach, genau zu definieren, was eine unangemessene Beschränkung ist. Sodann widerspricht die Informationspflicht der Verkäuferin bzw. des Verkäufers über die Merkmale, die ihre Haltbarkeit einer Ware beschränken und die beibehalten werden soll, dem Verbot für die Herstellerinnen und Hersteller, solche Merkmale einzuführen. Wenn es dem Hersteller verboten ist, solche Merkmale einzuführen, ist die Informationspflicht dazu nicht nur sinnlos, sondern sogar widersprüchlich. Schliesslich muss die Unternehmerin bzw. der Unternehmer in Fällen, in denen sie oder er diese Information zu Recht bereitstellen sollte, die Information von der Herstellerin bzw. dem Hersteller erhalten haben. Die Diskussionen, die im Europäischen Rat stattgefunden haben, führten angesichts dieser kritischen Überlegungen zum Schluss, dass eine *vertieftere Prüfung* der verschiedenen möglichen Optionen erforderlich ist, bevor die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Massnahme verabschiedet werden kann.

5.4 Würdigung

Die Praxis in der Schweiz und im Ausland sowie die speziellen Vorschriften, die in Frankreich eingeführt wurden oder in der Europäischen Union in Vorbereitung sind, zeigen nach Ansicht des Bundesrates, dass sich eine spezifische Gesetzgebung für das Phänomen der geplanten Obsoleszenz *aktuell nicht aufdrängt*.

Zunächst wurde festgestellt, dass die mit dem Schweizer Recht vergleichbaren *allgemeinen Regeln in mehreren Ländern ein wirksames Vorgehen ermöglicht haben*, so auch in Frankreich, wo sich die bisherigen Klagen weder im Zivilrecht noch im Strafrecht auf die spezifische Bestimmung zur geplanten Obsoleszenz stützten. Sodann löst eine Spezialregelung zur geplanten Obsoleszenz die praktischen Probleme nicht, die hauptsächlich *mit der Beweisführung zu tun haben*. Der Gesetzgebungsprozess in Frankreich zeigt, dass die verabschiedete Bestimmung bisher nicht die erhofften Auswirkungen hatte. Die Diskussionen in der Europäischen Union machen auch deutlich, dass *die Gesetzgebung über dieses spezifische*

²³¹ Rat der Europäischen Union, Bericht über den Stand der Arbeiten, Interinstitutionelles Dossier 22/0092(COD), 22.11.2022, 4.

Problem mit mehreren Schwierigkeiten verbunden ist. Die Europäische Kommission hat dieses Thema zu Recht in die umfassendere Problematik der Nachhaltigkeit und Reparierbarkeit von Produkten integriert. Die Diskussion im Rat zeigt auch, dass zwischen legitimen Beschränkungen der Haltbarkeit, die Teil der Definition der Lebensdauer eines Produkts sind, ohne dass eine Strategie zur Verkürzung der Lebensdauer dahintersteckt, und unzulässigen Beschränkungen eine klare Abgrenzung vorzunehmen ist. In dieser Hinsicht zeigen die oben beschriebene Praxis und die Gesetzgebungsprozesse, dass das Element der Information und Verschleierung für die Charakterisierung des verbotenen Verhaltens ausschlaggebend ist. Dieses Element kann mit den *bestehenden Rechtsgrundlagen* erfasst werden. Die Entwicklungen in der EU sind jedoch weiterhin zu beobachten.

Schliesslich gibt es keinen Hinweis darauf, dass in der Schweiz angesichts der aktuellen allgemeinen Regeln ein spezifischer Gesetzgebungsbedarf besteht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ähnliche Entwicklungen wie im Ausland möglich sind. Insbesondere wurden bisher nach Ansicht des Bundesrates *die Anwendungs- und Sanktionsmöglichkeiten des UWG in dieser Frage noch nicht ausgeschöpft*, namentlich was die Informationspflicht der Verkäuferin bzw. des Verkäufers oder der Herstellerin bzw. des Herstellers der Ware und den Schutz der vernünftigen Erwartungen der Käuferinnen bzw. Käufer und Konsumentinnen bzw. Konsumenten hinsichtlich der Nutzung und Verwendbarkeit des Produkts betrifft. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich die angedachten Änderungen im Gewährleistungsrecht im Zusammenhang mit der Haltbarkeit als Teilgehalt des Mangelbegriffs, Informationspflichten zur Lebensdauer von Produkten oder Ökodesign-Vorschriften *indirekt* auf die spezifische Problematik der geplanten Obsoleszenz *auswirken* werden. Sie ermöglichen es, dem Begriff der Lebensdauer einen normativen Gehalt zu geben, ausdrückliche Informationspflichten mit gegebenenfalls spezifischen Sanktionen vorzusehen oder Normen für die materielle Gestaltung von Produkten aufzustellen. Der Bundesrat *sieht* daher im Bereich der geplanten Obsoleszenz derzeit *keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf*. Die Entwicklung der Rechtspraxis ist aber unter diesem Gesichtspunkt zu beobachten.

6 Schlussfolgerungen

Das Schweizer Gewährleistungsrecht beim Kauf stammt aus den 1910er Jahren und zeigt sich heute als in verschiedener Hinsicht *veraltet*. Die Regeln, die auf den einmaligen (physischen) Austausch von Ware gegen Geld ausgerichtet sind, vermögen heutzutage namentlich im Hinblick auf die *technischen Entwicklungen* der Produkte oftmals nicht mehr zu befriedigen. Mit einer Angleichung des Schweizer Gewährleistungsrechts an den geltenden EU/EWR-Mindeststandard könnten somit die bestehende *Rechtsunsicherheit* bei digitalen Produkten oder Produkten mit digitalen Komponenten beseitigt und das Schweizer Recht der heutigen *wirtschaftlichen Realität* angepasst werden. Damit würde namentlich auch die *Position von Konsumentinnen und Konsumenten* gestärkt, welche heute auf die Kulanz der Verkäuferinnen und Verkäufer angewiesen sind. Gemäss der durchgeführten RFA wären die *Auswirkungen* einer solchen Anpassung auf die Wirtschaft dagegen gering. Betroffen wären nur diejenigen Unternehmen, welche sich nicht schon heute am EU-Markt und den auf diesem geltenden Regeln orientieren und/oder sich kulant zeigen.

Die Auswirkungen auf die Umwelt blieben gemäss der RFA bei einer Angleichung an das EU/EWR-Mindestniveau zwar ebenfalls gering. Dies ist angesichts der Kleinheit des Schweizer Markts, der nur indirekten Wirkung des Gewährleistungsrechts auf die Herstellung von Produkten und der Tatsache, dass ein Gewährleistungsfall nur dann vorliegen kann, wenn vom Produkt grundsätzlich eine lange Haltbarkeit erwartet werden kann, leicht nachvollziehbar. Solche punktuellen Änderungen der Gewährleistungsregeln könnten aber nach Ansicht des Bundesrates dennoch bewirken, dass Käuferinnen und Käufer, die Wert auf den Kauf

langlebiger Produkte legen, in ihren berechtigten Erwartungen an das Produkt besser geschützt werden. Ausgehend von diesen Überlegungen besteht daher aus Sicht des Bundesrates heute *Handlungsbedarf* in Bezug auf eine Angleichung des Gewährleistungsrechts im Kauf an das EU-Mindestniveau in den dargestellten spezifischen Punkten. Dabei geht es insbesondere um:

- den Begriff des Mangels und die objektiven Elemente, die ihn ausmachen (vgl. Ziff. 3.2);
- die fehlende Vermutung, dass ein innert einem Jahr aufgetretener Mangel bereits zum Zeitpunkt des Kaufs vorlag (vgl. Ziff. 3.3);
- die kurze Frist für die Mängelrüge (vgl. Ziff. 3.4);
- das fehlende Recht auf Nachbesserung (bzw. Reparatur) (vgl. Ziff. 3.6);
- die fehlende Update- oder Aktualisierungspflicht für digitale Produkte und Produkte mit digitalen Komponenten (vgl. Ziff. 4);
- den dispositiven Charakter der Gewährleistungsregeln bei Verträgen mit Konsumentinnen und Konsumenten (vgl. Ziff. 3.9).

Die Schlussfolgerungen dieses Berichts ergänzen die laufende parlamentarische Diskussion zur Ressourcenschonung und zur Kreislaufwirtschaft. Angesichts ihrer Tragweite bedarf eine Reform des Gewährleistungsrechts im Sinne des erkannten Handlungsbedarfs nunmehr einer politischen Grundsatzentscheidung durch das Parlament.

Demgegenüber spricht sich der Bundesrat nach wie vor *gegen einen Schweizer Alleingang* und eine Verschärfung der Regeln der Gewährleistung aus, die über die Vorgaben der aktuellen EU-Richtlinien hinausgeht. Hinsichtlich des in der RFA geprüften Plusszenarios, in dem namentlich eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist bis auf fünf Jahre geprüft wurde, haben sich die vom Bundesrat bereits in der Vergangenheit geäusserten Bedenken durch die RFA weitgehend bestätigt. Einer geringen Verbesserung für die Umwelt stünden Preiserhöhungen für eine beschränkte Zahl von Produkten und eine Erhöhung des Einkaufstourismus für diese Produkte gegenüber. Die befürchteten negativen Auswirkungen dürften sich jedoch dann nicht realisieren, wenn das Schutzniveau in der Schweiz gleich wie in unseren EU-Nachbarstaaten wäre. Die Entwicklungen in der EU sind deshalb weiterhin zu beobachten. Im Auge zu behalten sind auch alle geplanten und ergriffenen Massnahmen zur Nachhaltigkeit bei der Herstellung und Nutzung von Produkten, wie zum Beispiel Deklarationspflichten zur Produktlebensdauer oder zur umweltgerechten Gestaltung oder die Erleichterung und Aufwertung der Reparatur von Konsumgütern.

Keinen spezifischen Gesetzgebungsbedarf erkennt der Bundesrat demgegenüber angesichts der bestehenden allgemeinen Regeln aktuell in Bezug auf ein *Verbot der sogenannten geplanten Obsoleszenz*. Die allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts und teilweise auch des Gewährleistungs- und des Strafrechts bieten grundsätzlich bereits heute rechtliche Möglichkeiten, um gegen eine betrügerische Verkürzung der Produktlebensdauer vorzugehen. In der Praxis dürfte der erforderliche Nachweis des betrügerischen oder täuschenden Verhaltens zwar im Einzelfall nicht leichtfallen. Diese Beweisschwierigkeiten sind jedoch gesetzgeberisch nur schwer zu lösen und würden auch bei der Einführung einer Sonderregel fortbestehen. Die Rechtspraxis und die Entwicklungen in der EU sind jedoch weiterhin zu beobachten.

Einen Beitrag zur Bekämpfung der geplanten Obsoleszenz könnten indirekt die vorgeschlagenen Änderungen im Gewährleistungsrecht, welche die Durchsetzung berechtigter Ansprüche erleichtern würden, leisten. Zusätzliche Massnahmen, die auf die Herstellung und den Vertrieb von nachhaltigen Produkten zielen, könnten dem Phänomen präventiv entgegenwirken. Deklarationspflichten zur Lebensdauer könnten zudem das Vorgehen gegen die geplante Obsoleszenz auf Grundlage der bestehenden Regeln erleichtern. Solche Massnahmen werden im Rahmen der weiteren laufenden Arbeiten zur Ressourcenschonung und Kreislaufwirtschaft geprüft, über die der Bundesrat voraussichtlich 2024 Bericht erstatten wird.

7 Literaturverzeichnis

- ATAMER YEŞİM M., Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, ZSR 2011 I, 449 ff. (zit. ATAMER, ZSR 2011 I)
- ATAMER YEŞİM M., Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts: Eine rechtsvergleichende Übersicht zu den Regulierungsmöglichkeiten, ZSR 2022 I, 285 ff. (zit. ATAMER, ZSR 2022 I)
- ATAMER YEŞİM M./EGGEN MIRJAM, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, ZJBV 2017, 731, 762 (zit. ATAMER/EGGEN, ZJBV 2017)
- ATAMER YEŞİM M./HERMIDAS SEMIR, Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, AJP 2020, 6448 ff. (zit. ATAMER/HERMIDAS, AJP 2020)
- BERGER MATHIS, Art. 3, in Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-BERGER)
- BIEGER, ALAIN, Die Mangelrüge im Vertragsrecht, Fribourg 2009 (zit. BIEGER, Die Mangelrüge im Vertragsrecht)
- BRUNNER CHRISTOPH/MARTI-SCHREIER LEONORA, Art. 39, in: Stämpfli Handkommentar, UN-Kaufrecht - CISG - Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 - Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. SHK-BRUNNER/MARTI-SCHREIER)
- CARBOTECH, Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Beilageband B: Fallstudien und I-O-Umwelt-Analyse, abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022) (zit. CARBOTECH, RFA Beilageband B: Fallstudien und I-O-Umwelt-Analyse)
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich 2013 (zit. DONATSCH, Strafrecht III)
- ECOPLAN, Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA, abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022) (zit. ECOPLAN, RFA Beilageband C: Auswirkungsanalyse und RFA)
- ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese des Rechtsvergleichs und der Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts vom 2. Mai 2022, abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022) (zit. ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, RFA: Synthese)
- EGGEN MIRJAM, Digitale Inhalte und Dienstleistungen, SZW 2021, 470 ff. (zit. EGGEN, SZW 2021)
- EGGEN MIRJAM, Digitales Vertragsrecht, in: Jusletter 2. Dezember 2019 (zit. EGGEN, in: Jusletter 2. Dezember 2019)
- EGGEN MIRJAM, Gewährleistung bei vernetzten Geräten, SZW 2019, 358 ff. (zit. EGGEN, SZW 2019)
- EGGEN MIRJAM, Vertragsfreiheit in der Wolke, AJP 2021, 577 ff. (zit. EGGEN, AJP 2021)
- FELLMANN WALTER, Warenkauf nach der Richtlinie (EU) 2019/771 sowie Verträge für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen nach der Richtlinie (EU)

2019/770 – Modernisierungsbedarf im schweizerischen Recht, Zusatzbericht zum Schweizer Recht im Rahmen der RFA zum Gewährleistungsrecht (Ergänzung zum Beilageband A: Rechtsvergleich), abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (zit. FELLMANN, RFA Beilageband A: Zusatzbericht zum Schweizer Recht)

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

HEIZMANN RETO, Art. 3, in: Oesch, Matthias/Weber, Rolf H./Zäch, Roger (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK/UWG-HEIZMANN)

HESELHAUS SEBASTIAN/FELLMANN WALTER, Rechtsvergleich Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Beilageband A im Rahmen der Regulierungsfolgenabschätzung zur Modernisierung des Gewährleistungsrechts, Mai 2022, abrufbar unter: www.seco.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Regulierung > Regulierungsfolgenabschätzung > Vertiefte RFA > Modernisierung des Gewährleistungsrechts (2022) (zit. HESELHAUS/ FELLMANN, RFA Beilageband A: Rechtsvergleich)

HONSELL HEINRICH, Art. 197–210 OR, in: Widmer Lüchinger, Corinne/Oser David (Hrsg.) Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-HONSELL)

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

HONSELL HEINRICH, Standardsoftware- und Sachmängelhaftung, in: Schwander, Ivo/Brem, Ernst/Kramer, Ernst. A./Druey, Jean-Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Mario M. Pedrazzini zum 65. Geburtstag, Bern 1990, 314 ff. (zit. HONSELL, Standardsoftware- und Sachmängelhaftung)

HUWILER BRUNO, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR, in: Honsell Heinrich/Huwiler Bruno/Schulin Hermann (Hrsg.), Liber amicorum Nedim Peter Vogt, Basel 2012, 141 ff. (zit. HUWILER, Zu den historischen Grundlagen des Art. 208 Abs. 2 OR)

JUNG PETER, Art. 3, in: Jung Peter/Spitz Philippe, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK UWG-JUNG)

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

KUONEN NICOLAS, Art. 3, in: de Martenet, Vincent/Pichonnaz, Pascal (Hrsg.), Commentaire Romand Loi contre la concurrence déloyale, Basel 2017 (zit. CR LCD-KUONEN)

MÜLLER-CHEN MARKUS, Art. 201, in: Amstutz Marc/Breitschmid Peter/Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Huguenin Claire/Jungo Alexandra/Müller-Chen Markus/Roberto Vito/Schnyder Anton K./Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-MÜLLER-CHEN)

PICHONNAZ PASCAL, L'obligation de réparer issue du contrat, in: Gauch Peter (Hrsg.), L'homme et son droit, Mélanges an l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65^e anniversaire, Zürich 2011, 399 ff. (zit. PICHONNAZ, L'obligation de réparer issue du contrat)

RUSCH ARNOLD F., Geplante Obsoleszenz, recht 2012, 176 ff. (zit. RUSCH, recht 2012)

STÖCKLI HUBERT, Etwas mehr «souplesse» bei der Mangelrüge, BR/DC 2019, 127 ff. (zit. STÖCKLI, BR/DC 2019)

STOPPELHAAR RICARDA, Der Schadenersatzanspruch des Käufers im Rahmen der Wandlung, recht 2019, 180 ff. (zit. STOPPELHAAR, recht 2019)

STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010 (zit. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I)

TERCIER, PIERRE/BIERI, LAURENT/CARRON, BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016 (zit. TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux)

VENTURI SILVIO/ZEN-RUFFINEN MARIE-NOËLLE, Art. 205 OR, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire romand Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN)

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



Berne, le 16 juin 2023

Modernisation du droit de la garantie de la chose vendue

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





Condensé

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

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

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

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



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

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

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

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

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

1 Contexte

1.1 Mandat

1.1.1 Postulat 18.3248 Marchand-Balet

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

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

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

Il est accompagné du développement suivant:

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

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

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

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

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

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

Par ailleurs, le Conseil fédéral a adopté, le 19 juin 2020, un rapport intitulé « Mesures fiscales et autres mesures destinées à promouvoir l'économie circulaire », élaboré en réponse au *postulat Vonlanthen 17.3505* « Étudier les incitations fiscales et autres mesures susceptibles de stimuler l'économie circulaire afin de saisir ses opportunités »¹. Il y annonce notamment qu'il soumettra plusieurs mesures relevant du droit de la garantie à une *étude approfondie des répercussions économiques*, notamment les options de réparation, le renversement du fardeau de la preuve du défaut pour un temps limité ou la prolongation du délai de garantie. L'Office fédéral de la justice (OFJ), l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) et le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) ont ainsi mené une analyse d'impact de la réglementation (AIR), concernant la modernisation du droit de la garantie. Les résultats de l'AIR ont été publiés en mai 2022².

1.2 Objet du rapport

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

1.3 Autres travaux en lien avec l'économie circulaire

La Confédération mène divers travaux visant à promouvoir l'économie circulaire en parallèle à l'examen du droit de la garantie dans cette optique et dans celle de la durabilité. L'*initiative parlementaire 20.433* de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N) « Développer l'économie circulaire en Suisse » exige plusieurs adaptations de la loi du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE)³ allant en ce sens⁴. Entre autres, cette initiative demande l'adoption de bases légales plus larges sur lesquelles fonder des prescriptions réglementaires sur l'écoconception dans les ordonnances. Elle prévoit également d'encourager la transformation et la réparation des

¹ A consulter sous: www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 17.3505 > Rapport en réponse à l'intervention parlementaire

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

³ RS 814.01

⁴ www.parlament.ch > Travaux parlementaires > Recherche Curia Vista > 20.433

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

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

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

2 Vue d'ensemble du droit en vigueur

2.1 Le droit de la garantie en Suisse

Le droit de la garantie en matière de vente mobilière (art. 197 à 210 du code des obligations [CO]⁶) repose encore largement sur le droit romain⁷. Essentiellement, le vendeur répond des défauts de la chose, que ceux-ci soient ou non de sa faute⁸. On attend de l'acheteur qu'il vérifie aussitôt l'état du bien qu'il a acheté et qu'il avise le vendeur sans délai en cas de défaut (art. 201 CO). Lorsque la garantie vient à s'appliquer, l'acheteur peut soit faire résilier la vente en exerçant l'action rédhibitoire, soit réclamer une indemnisation pour la moins-value par le moyen d'une action en réduction de prix (art. 205, al. 1, CO). Lorsque la vente porte sur une quantité déterminée de choses fongibles (« vente de choses de genre »), il a une troisième option qui est d'exiger d'autres choses recevables du même genre (art. 206, al. 1, CO). La loi ne prévoit pas, pour l'heure, de droit à une réparation – contrairement au droit du contrat d'entreprise (art. 368, al. 2, CO). Les actions en garantie pour défaut de la chose se prescrivent par deux ans à compter de la livraison faite à l'acheteur (art. 210, al. 1, CO). Les règles du droit de la garantie sont en grande partie de *nature dispositive*, ce qui signifie qu'il est possible d'y déroger entièrement ou de les modifier – sauf si le vendeur a frauduleusement dissi-

⁵ www.parlament.ch > Travaux parlementaires > Recherche Curia Vista > 21.4224

⁶ RS 220

⁷ BSK OR I-HONSELL, N 5 ad art. 205

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

mulé à l'acheteur les défauts de la chose (art. 199 CO); de telles dérogations sont très courantes en pratique⁹. Sauf convention contraire, elles s'appliquent à tous les types de contrat de vente, qu'ils relèvent du domaine commercial (contrats conclus entre professionnels) ou des contrats de vente de consommation.

Le droit de la garantie de la chose vendue n'a guère connu de changement depuis la naissance du code des obligations. La *dernière révision* a porté sur le délai de prescription de la garantie, qui a été porté en 2010 d'un à deux ans, sur le modèle de la directive 1999/44/CE sur la vente de biens^{10,11}. Si la chose est destinée à l'usage personnel ou familial de l'acheteur et que le vendeur agisse dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale (en bref: dans les contrats de consommation), ce délai ne peut pas être réduit (art. 210, al. 4, CO). La *restriction du caractère impératif* du délai de prescription légal *aux contrats de consommation* a été contestée au cours des délibérations parlementaires¹², mais en fin de compte, c'est cette solution que les Chambres ont adoptée, afin de préserver la liberté contractuelle dans les contrats commerciaux. Le Parlement a en outre décidé qu'il resterait possible d'écarter tout à fait la garantie – à l'exception des cas où le vendeur dissimule frauduleusement à l'acheteur les défauts de la chose (art. 199 CO)¹³.

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

2.2 Evolution du droit de l'UE

2.2.1 Directive sur la vente de biens de 1999

La *directive 1999/44/CE sur la vente de biens* avait pour but une certaine harmonisation des dispositions sur la vente de biens de consommation et la création d'un socle minimal commun de droits de garantie qui s'appliqueraient quel que soit le lieu de vente des marchandises au sein de la Communauté européenne¹⁵. La directive partait notamment de l'idée que la non-conformité du bien au contrat était la principale difficulté rencontrée par les consommateurs et la principale source de conflits avec les vendeurs¹⁶.

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

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

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

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

¹² Voir les débats parlementaires: BO N 2012 40 ss; BO É 2012 66 ss.

¹³ Voir les débats parlementaires, note 12 ci-dessus.

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

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

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

vendeur la réparation du bien ou son remplacement, à moins que la réparation ne soit impossible ou disproportionnée (art. 3, par. 3), la présomption légale que les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance (art. 5, par. 3) et le caractère contraignant général des règles sur la garantie (art. 7); toutes les dispositions applicables à la garantie sur les contrats de consommation étaient ainsi conçues comme du droit impératif¹⁷.

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

Le 1^{er} janvier 2022, la directive 1999/44/CE sur la vente de biens a été remplacée par la *directive (UE) 2019/771*¹⁸. Comme l'harmonisation minimale avait laissé subsister des divergences significatives entre les législations nationales des Etats membres, la nouvelle directive vise une *harmonisation complète* des règles applicables à la garantie¹⁹. La nouvelle directive prend en compte l'importance croissante des biens avec des contenus ou services numériques intégrés (« biens comportant des éléments numériques »)²⁰. Ces biens font l'objet d'une obligation de fournir des mises à jour²¹. En outre, vu l'importance « de garantir une plus longue durabilité des biens pour parvenir à des modes de consommation plus durables et à une économie circulaire »²², la durabilité est devenue un des critères objectifs de conformité imposés par la directive²³. Les Etats membres avaient jusqu'au 1^{er} juillet 2021 pour édicter les dispositions nécessaires à la mise en œuvre de la directive.

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

Le Parlement européen a demandé à la Commission de lui présenter, au troisième trimestre 2022, une *proposition de modification* de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens et envisage de créer dans ce cadre un acte normatif à part instituant un droit à la réparation²⁵. La Commission a adopté suite à cela, le 22 mars 2023, une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes visant à promouvoir la réparation des biens²⁶. Le texte proposé s'applique aux défauts survenant après le délai de garantie (art. 1, par. 2) et instaure à l'art. 5 notamment une obligation de réparation du producteur pour certains types de produits. L'art. 12 du projet modifie la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens en *limitant le droit du consommateur de choisir* entre la réparation et le remplacement d'un produit défectueux (voir aussi ch. 3.6.2). Le remplacement ne pourrait plus

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

être choisi que si les coûts en étaient inférieurs ou égaux aux coûts de réparation. La Commission ne suggère pas par contre de prolonger le délai de garantie si la réparation est choisie²⁷. Elle semble préférer un renforcement des mesures après l'expiration du délai de garantie à une prolongation de ce délai.

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

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

Ces prescriptions ont été *reprises par la Suisse de manière autonome*, tout comme les prescriptions en matière d'efficacité énergétique. On peut citer l'annexe 1 de l'ordonnance du 1^{er} novembre 2017 sur les exigences relatives à l'efficacité énergétique (OEEE)²⁹, qui se réfère en de nombreux points aux dispositions des règlements d'exécution de la directive cadre 2009/125/CE sur l'écoconception. Par exemple, il doit être possible d'obtenir des pièces de rechange pour les dispositifs d'affichage électroniques (télécommande, etc.) pendant sept ans au moins après la mise sur le marché de la dernière unité du modèle de produit considéré. Les mises à jour de sécurité du dernier micrologiciel disponible doivent être fournies gratuitement pendant au moins huit ans³⁰. On trouve d'autres exemples de normes reprises de la directive cadre 2009/125/CE pour ce qui est de la fourniture de sources lumineuses, poignées de porte, gonds de porte, plateaux et bacs de réfrigérateurs³¹. Il existe des dispositions similaires applicables aux machines à laver, lave-vaisselle, matériel de soudage et autres appareils électroniques. Les obligations visées incombent à ceux qui mettent le produit en circulation, c'est-à-dire qui le mettent sur le marché ou l'offrent en Suisse pour la première fois (art. 2, let. a, OEEE). Cela peut être le fabricant, l'importateur mais aussi, dans certains cas, le vendeur. L'Office fédéral de l'énergie (OFEN) est chargé de l'exécution: il contrôle par échantillonnage le respect des prescriptions et examine la situation lorsqu'il y a des éléments laissant raisonnablement présumer des irrégularités (art. 14, al. 1, OEEE). Lorsque le contrôle fait apparaître une infraction, l'OFEN décide des mesures appropriées. Il peut notamment interdire la mise en circulation du produit ou ordonner son retrait (art. 14, al. 3, let. a et b, OEEE).

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

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

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

²⁹ RS 730.02

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

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

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

3 Droit de la garantie

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

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

L'AIR menée par Ecoplan AG³² a porté principalement sur l'alignement du droit suisse de la garantie sur la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens (« scénario de base »). Certains points excédant la simple reprise des règles minimales de l'UE ont été examinés à part (« scénario + »), l'un d'entre eux étant l'allongement du délai de garantie à cinq ans demandé par plusieurs interventions parlementaires.

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

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

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

³² Voir n. 2.

en cas de défaut des produits³³. L'AIR montre que le scénario + aurait de faibles effets positifs sur l'environnement, car il ne vaudrait plus la peine, avec les nouvelles règles, de mettre sur le marché certains produits à durée de vie très courte. Dans l'ensemble, une révision du seul droit de la garantie, même dans ce scénario, n'apporterait pas grand-chose sur le plan de la protection de l'environnement. Les auteurs parviennent à la conclusion que d'autres mesures sont plus susceptibles de permettre d'augmenter la durabilité des produits (par ex. des déclarations obligatoires ou des exigences d'écoconception, assorties de dispositions sur la durabilité et la réparabilité des biens, qui existent déjà en partie aujourd'hui)³⁴.

3.2 Défaut de la chose

3.2.1 Droit suisse

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

Selon la lettre de la loi, le vendeur répond à l'encontre de l'acheteur « tant en raison des qualités promises qu'en raison des défauts qui, matériellement ou juridiquement, enlèvent à la chose soit sa valeur, soit son utilité prévue, ou qui les diminuent dans une notable mesure » (art. 197, al. 1, CO). Le défaut est un *écart désavantageux entre les qualités actuelles de la chose et les qualités que celle-ci devrait posséder*³⁶. La chose est défectueuse si ses qualités diffèrent des stipulations du contrat; en d'autres termes, si elle ne dispose pas d'une caractéristique promise ou d'une caractéristique attendue de bonne foi par l'acheteur³⁷. Lorsque la chose présente un écart désavantageux par rapport aux *qualités normalement dues selon le principe de la bonne foi*, le vendeur n'est obligé par la garantie que si le défaut est notable. Dans le cas des *qualités promises*, il y a défaut même si la différence n'est pas notable³⁸.

Par « *qualité promise* », on entend une déclaration selon laquelle la chose vendue présente certaines caractéristiques objectivement constatables et à laquelle l'acheteur peut se fier de bonne foi³⁹. Cette déclaration doit avoir influencé de manière reconnaissable la décision d'acheter le bien en question⁴⁰, le lien entre les deux étant toutefois présumé. La promesse peut aussi être *tacite* et découler des circonstances⁴¹. De simples *revendications publicitaires* ou descriptions de réclames ne sont cependant pas considérées comme des promesses par le Tribunal fédéral⁴². Il existe une incertitude sur la mesure dans laquelle les affirmations faites dans une *publicité* peuvent avoir qualité de promesse. Il est nécessaire d'examiner dans chaque cas si ces affirmations peuvent être imputées au vendeur et ont contribué de manière reconnaissable à la décision de l'acheteur. Il faut, ce faisant, tenir compte du fait que

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

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

³⁵ BSK OR I-HONSELL, N 11 ad art. 197

³⁶ BSK OR I-HONSELL, N 2 ss ad art. 197

³⁷ ATF 114 II 239 c. 5a/aa; arrêt du TF 4A_619/2013 du 20 mai 2014, c. 4.1

³⁸ ATF 87 II 244

³⁹ ATF 109 II 24, c. 4

⁴⁰ ATF 87 II 244

⁴¹ BSK OR I-HONSELL, N 14 ad art. 197

⁴² ATF 88 II 410, c. 3; en dernier lieu, arrêt du TF 4A_538/2013 du 19 mars 2014, c. 4.1; autres indications dans FELLMANN, AIR Complément à l'annexe A: Rapport complémentaire sur le droit suisse, N 30

la publicité vantant les qualités du produit émane souvent non du vendeur mais du fabricant du produit⁴³ et ne peuvent donc pas être imputées au premier. Indépendamment de cela, les affirmations qui sont une réclame proprement dite ne peuvent être considérées comme une promesse, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴⁴.

3.2.2 Droit comparé

La *directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens* définit aux art. 6 et 7 des critères subjectifs et objectifs de conformité au contrat de vente. Les critères subjectifs se réfèrent pour l'essentiel au contenu du contrat et correspondent dans les grandes lignes aux « qualités promises » du droit suisse⁴⁵. Les critères objectifs sont à peu près l'équivalent des caractéristiques donnant à la chose l'utilité prévue et de ce qui a été convenu de bonne foi entre le vendeur et l'acheteur⁴⁶.

L'art. 7, par. 1, let. d, de la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens concrétise les critères objectifs de conformité en prévoyant que les biens doivent « être en quantité et présenter les qualités et d'autres caractéristiques, y compris en termes de durabilité, de fonctionnalité, de compatibilité et de sécurité, normales pour des biens de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature des biens et compte tenu de toute déclaration publique faite par le vendeur ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de transactions ou pour le compte du vendeur ou de telles personnes, y compris le producteur, en particulier dans les publicités ou sur l'étiquette ». La définition du défaut de la chose dans l'UE diffère de celle de la Suisse en ce que toutes les déclarations *publicitaires* ou du moins publiques d'autres personnes participant à la chaîne des contrats sont expressément imputées au vendeur de par la loi. Si une chose ne présente pas les qualités vantées dans la publicité, elle est considérée comme défectueuse. Aujourd'hui, ce n'est souvent pas le cas en Suisse⁴⁷.

Toujours selon cette disposition, la chose doit présenter une durabilité normale pour des biens de même type et à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre. Le considérant 32 de la directive précise que la durabilité devrait faire référence à la capacité des biens à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal. L'évaluation de ce critère devrait également prendre en considération toutes les autres circonstances pertinentes, telles que le prix des biens. La mention des normes applicables au secteur concerné garantit cependant une certaine objectivation de cette évaluation⁴⁸. Le considérant 32 de la directive indique aussi qu'une législation de l'Union spécifique par produit (telles les dispositions de la directive cadre 2009/125/CE sur l'écoconception⁴⁹) constitue le moyen le plus approprié pour introduire la durabilité et d'autres exigences relatives aux produits concernant certaines catégories ou groupes de produits. Le droit de la garantie ne peut que venir en complément. Ces législations spécifiques forment cependant aussi une réglementation minimale en droit de la garantie⁵⁰. Enfin, le contrat de vente peut certes déroger aux critères objectifs de conformité fixés par l'art. 7, par. 1, de la directive. Le consommateur

⁴³ Voir ATAMER/EGGEN, RJB 2017, p. 762.

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

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

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

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

⁴⁸ Voir ATAMER, RDS 2022 I, p. 291.

⁴⁹ Voir ch. 2.2.3.

⁵⁰ Voir à ce sujet ATAMER, RDS 2022 I, p. 291.

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

3.2.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

Selon les auteurs de l'AIR, l'alignement du droit suisse de la garantie sur les règles minimales du droit européen (scénario de base) n'aurait que peu de conséquences pour l'économie mais renforcerait la position des consommateurs (voir ch. 3.1). Toujours selon eux, une adaptation de la définition du défaut préviendrait notamment l'écoblanchiment (« *greenwashing* »), en ce sens que les déclarations relatives à la durabilité engageraient le vendeur⁵¹. L'effet serait encore plus important si l'on instaurait une déclaration obligatoire du fabricant ou du vendeur concernant la durée de vie ou la réparabilité du produit⁵². Les écarts par rapport à ces déclarations seraient des écarts par rapport aux qualités dues contractuellement et il en naîtrait automatiquement des droits de l'acheteur dans les limites du délai de garantie. Cependant, le produit n'est défectueux que s'il ne répond pas aux attentes légitimes de l'acheteur concernant la fonctionnalité ou la durabilité. Ce n'est pas le cas des marchandises *jetable*s ou *des biens à bas prix*, dont on s'attend à ce qu'ils soient vite hors d'usage⁵³. Modifier la définition du défaut n'aurait jamais qu'une influence relative sur la conception du produit⁵⁴. Y inclure la notion de durée de vie normale du produit n'empêcherait pas la production de marchandises bon marché vouées à s'abîmer rapidement. Les habitudes de consommation des acheteurs demeurent le facteur décisif. Cependant, la confiance des consommateurs dans les qualités directement ou indirectement vantées des produits serait protégée par cette mesure⁵⁵.

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

3.3 Présomption de l'existence d'un défaut

3.3.1 Droit suisse

En droit suisse, l'art. 8 du code civil (CC)⁵⁶ prévoit que chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit, sauf disposition contraire de la loi. Or, en matière de garantie, le défaut doit *avoir existé au moment du transfert des risques* pour donner lieu à garantie (voir ch. 3.2.1). Il s'agira, conformément à l'art. 185 CO, du moment de la conclusion du contrat, de l'individualisation d'une chose de genre ou de la remise en vue de l'expédition en cas de vente à distance. Ainsi, l'acheteur d'une chose défectueuse doit prouver l'existence d'un défaut à ce moment⁵⁷.

Les cas jugés par le Tribunal fédéral montrent que cette condition peut constituer un *obstacle important* pour l'acheteur, en particulier dans le cas de biens plus complexes mais néanmoins courants comme les voitures⁵⁸. Les défauts n'apparaissent en effet en général pour ce type de produits que plus tard, à l'usage, et l'acheteur n'a guère les moyens de montrer que le

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

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

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

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

⁵⁵ Voir ATAMER/EGGEN, RJB 2017, p. 762.

⁵⁶ RS 210

⁵⁷ Arrêt du TF 4C.321/2006 du 1.5.2007, c. 4.3.1; 4A_435/2016 du 19.12.2016, c. 5.

⁵⁸ Arrêt du TF 4A_435/2016 du 19.12.2016, c. 5.

défaut existait au moment du transfert du risque. En l'absence de preuve, avec l'utilisation du bien et l'écoulement d'un certain temps, d'autres hypothèses sur les causes du dysfonctionnement ne peuvent être exclues, si bien que l'existence du défaut au moment du transfert des risques n'est pas prouvée. De ce fait, cette condition peut mettre en échec l'exercice des droits de garantie alors même que l'existence du défaut au moment du transfert des risques est vraisemblable⁵⁹.

L'*évolution technologique* accentue ce problème. En effet, cette preuve sera difficile voire impossible à apporter pour les produits électroniques, ou demandera des efforts disproportionnés. Or, de plus en plus de biens comprennent des composantes électroniques ou logicielles. Il semble qu'en pratique, les prestations de garantie soient systématiquement refusées, notamment au motif supposé que les défauts sont de la faute de l'acheteur, et ce phénomène est depuis des années au premier rang des *revendications des associations de consommateurs* à l'échelle nationale⁶⁰. La motion 19.4598 Masshardt « Économie circulaire. Renversement de la charge de la preuve en matière de produits défectueux », qui demandait un alignement sur l'UE/EEE, n'en a pas moins été rejetée par le Conseil national par 90 voix contre 87⁶¹.

3.3.2 Droit comparé

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

La *directive 1999/44/CE sur la vente de biens*⁶² prévoyait déjà une présomption légale de ce genre à l'art. 5, par. 3: sauf preuve contraire, les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien étaient présumés exister au moment de la délivrance, sauf lorsque cette présomption n'était pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité. La *directive (UE) 2019/771 qui l'a remplacée* a porté ce délai à un an (art. 11, par. 1). Au lieu du délai d'un an, les États membres peuvent introduire un délai de deux ans (art. 11, par. 2). La *France* prévoit un délai de deux ans depuis 2014⁶³.

3.3.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

Selon les auteurs de l'AIR, un alignement sur le droit de l'UE (*scénario de base*) aurait peu de conséquences sur les entreprises, car de nombreux vendeurs ont déjà une pratique généreuse aujourd'hui⁶⁴. Ainsi, prise isolément, la règle relative à la présomption de l'existence du défaut aurait des *conséquences minimales*. Les vendeurs qui sont aujourd'hui peu généreux et ceux qui commercialisent des biens censément durables mais de médiocre qualité (marchandises bas de gamme) verraient leurs coûts augmenter légèrement. Par contre, selon l'AIR, la

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

⁶⁰ Voir pour 2022: https://www.konsumentenschutz.ch/wp-content/uploads/2022/12/Aergerliste_2022_Allianz_definitiv.pdf (en allemand seulement).

⁶¹ BO N 2020 1759 ss

⁶² Voir ch. 2.2.1.

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

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

présomption légale de l'existence du défaut, combinée avec un délai plus long pour vérifier la chose et aviser le vendeur, faciliterait de manière *décisive* l'exercice des droits des acheteurs⁶⁵.

Dans le *scénario +*, dans lequel la présomption s'applique durant un délai de deux ans, les coûts augmentent tant pour les entreprises que pour les consommateurs. Les auteurs prévoient également que l'offre de produits se modifierait un peu, du fait qu'il n'y aurait sans doute plus guère d'avantages à commercialiser certaines marchandises bas de gamme⁶⁶. Dans les deux scénarios, il serait beaucoup plus simple pour les consommateurs de faire valoir leurs droits, car ils ne seraient plus tributaires de la bonne volonté du vendeur.

Le Conseil fédéral estime qu'il conviendrait de reprendre en droit suisse la présomption légale d'une durée d'un an, au regard du droit de l'UE et étant donné qu'il est aujourd'hui *difficile et parfois impossible en pratique* de réaliser des prétentions existantes en matière de garantie en Suisse⁶⁷. L'AIR a montré qu'une telle norme n'impacterait l'économie et les entreprises que dans une mesure très faible voire négligeable et qu'elle contribuerait sans doute à *faciliter l'exercice des droits* prévus par la législation actuelle.

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

3.4.1 Droit suisse

Selon l'art. 201, al. 1, CO, l'acheteur qui reçoit l'objet de la vente doit vérifier la chose et aviser le vendeur d'éventuels défauts qu'elle pourrait présenter. Lorsque l'acheteur ne respecte pas ces incombances, il est réputé accepter la chose tacitement même avec ces défauts (art. 201, al. 2 et 3, CO). Il s'agit d'une *fiction d'acceptation* qui est irréfragable et qui entraîne la *péremption* de tous les droits de garantie⁶⁸. Ces incombances ne peuvent toutefois pas être invoquées par le vendeur qui a induit l'acheteur en erreur intentionnellement (art. 203 CO). Cette disposition porte tant sur les indications fausses données par le vendeur que sur l'omission de signaler des défauts dont il avait connaissance, qu'il devait signaler selon le principe de la bonne foi et dont il pouvait reconnaître l'importance pour l'acheteur⁶⁹.

La *vérification* de l'acheteur doit être faite « aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires » et l'*avis des défauts* doit être donné « sans délai » (art. 201, al. 1, CO). Les *défauts cachés*, qui ne peuvent être découverts par les vérifications usuelles et ne se révèlent que plus tard, doivent être signalés « *immédiatement* » (art. 201, al. 3, CO). C'est la découverte du défaut qui est déterminante pour le début du délai d'avis. Il y a découverte d'un défaut lorsque l'acheteur peut constater indubitablement son existence de manière à pouvoir formuler une réclamation suffisamment motivée⁷⁰. L'avis doit énoncer précisément les défauts, expliquer en quoi la chose vendue ne revêt pas les qualités promises ou attendues et l'acheteur doit faire comprendre qu'il tient la chose pour non conforme au contrat et tient le vendeur pour responsable⁷¹. Il doit être donné, selon la jurisprudence, *tout de suite après la constatation* de l'existence du défaut⁷². Le délai pour ce faire doit être déterminé dans

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

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

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

⁶⁸ Arrêt du TF 4A_535/2021 du 6.5.2022, c. 6.1

⁶⁹ ATF 131 III 145, c. 8.1

⁷⁰ Arrêt du TF 4A_261/2020 du 10.12.2020, c. 7.2.1

⁷¹ Arrêt du TF 4A_261/2020 du 10.12.2020, c. 7.2.1

⁷² ATF 107 II 172, c. 1a

chaque cas selon les circonstances concrètes, notamment la nature du défaut⁷³. Même si la loi exige un avis immédiat, la jurisprudence reconnaît à l'acheteur un *court délai de réflexion* lui permettant de prendre sa décision et de la communiquer au vendeur: ainsi, un avis des défauts communiqué deux ou trois jours ouvrables après la découverte de ceux-ci respecte la condition d'immédiateté prévue par la loi, mais non un avis communiqué après trois semaines⁷⁴. Le Tribunal fédéral a eu tendance à reconnaître un délai de sept jours comme une valeur fixe mais a par la suite précisé que rien ne permet de prendre ce délai comme limite générale⁷⁵. Il n'en reste pas moins que plusieurs arrêts citent le délai de trois semaines comme étant tardif et que des avis donnés après 14, 18 ou 20 jours, un mois ou cinq semaines, ont été jugés tardifs dans des cas concrets⁷⁶.

Les justifications de ces règles sont la *protection du vendeur* contre son exposition à la résolution du contrat, la possibilité pour lui de se retourner contre ses propres fournisseurs dans les délais⁷⁷ et enfin, de manière générale, la *sécurité des transactions*, car elles permettent de stabiliser rapidement la situation juridique, ce qui diminue également les problèmes de preuves⁷⁸.

Comme le constate le Tribunal fédéral lui-même⁷⁹, la *doctrine critique ce régime strict* et très défavorable à l'acheteur, et propose, suivant les auteurs, un assouplissement des règles si l'acheteur est un privé⁸⁰ ou leur limitation aux ventes commerciales⁸¹. Le Tribunal fédéral – on l'a vu plus haut – relève également que les buts relevant de la protection du vendeur ne justifient pas un délai fixé à sept jours⁸². Cette absence de justification amène certains auteurs à critiquer plus fondamentalement la règle de l'avis immédiat, la considérant comme inappropriée pour une large partie des contrats de vente et en matière de contrat d'entreprise⁸³. Il est notable à cet égard que le délai raisonnable prévu à l'art. 39, al. 1, de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)⁸⁴, qui fait partie du droit suisse et s'applique uniquement aux ventes commerciales, est moins strict. En effet, même si ce délai se détermine au cas par cas en fonction des circonstances de l'espèce, une durée d'un mois peut être admise dans des cas où des circonstances particulières (biens périssables, fortes variations des prix par ex.) n'imposent pas un délai particulièrement court⁸⁵.

3.4.2 Droit comparé

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

⁷³ Arrêt du TF 4A_399/2018 du 8.2.2019, c. 3.2

⁷⁴ Arrêt du TF 4A_467/2009 du 2.11.2009, c. 1.2

⁷⁵ Arrêt du TF 4A_399/2018 du 8.2.2019, c. 3.2 et exemples cités

⁷⁶ Arrêt du TF 4A_399/2018 du 8.2.2019, c. 3.2 et références

⁷⁷ ATF 88 II 364, c. 2, ATF 81 II 56, c. 2b

⁷⁸ ATF 88 II 364, c. 2

⁷⁹ Arrêt du TF 4A_261/2020 du 10.12.2020, c. 7.2.1

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

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

⁸² Arrêt du TF 4A_399/2018 du 8.2.2019, c. 3.2

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

⁸⁴ RS 0.221.211.1

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

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

3.4.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

Au vu de cette situation, il existe des *arguments clairs et univoques en faveur* d'une adaptation du droit suisse, au moins pour les ventes de consommation. Un délai de deux mois, tel que prévu par la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens, permettrait d'avoir une règle claire qui laisserait un temps de réaction à l'acheteur sans entraver la protection du vendeur. Cet élargissement est en particulier justifié au vu des conséquences strictes qu'emporte le non-respect du délai d'avis. Comme le relève la doctrine⁸⁷, la nécessité de vérifier la chose et d'aviser sans délai le vendeur, comme la péremption des droits de garantie, ne sont généralement pas connues des acheteurs non professionnels. Un autre obstacle découle du fait que le moment de la découverte influence de manière décisive le temps dans lequel le défaut doit être signalé. Or, il peut être difficile à déterminer suivant les cas. La difficulté peut d'une part provenir de la délimitation, parfois malaisée, entre ce qui relève de la vérification usuelle et doit être découvert au moment de la livraison et le défaut qui n'apparaît qu'à l'usage et qui est un défaut caché. Dans ce dernier cas d'autre part, le moment déterminant peut être difficile à identifier si le défaut n'apparaît que progressivement et que l'acheteur ne perçoit, dans un premier temps, que quelques signes de dysfonctionnement. Un délai plus long mais limité ne porte par ailleurs pas atteinte aux intérêts du vendeur. Si le défaut lui est signalé dans les deux mois, le vendeur en aura connaissance assez vite; et il doit de toute manière anticiper des cas de garantie dans le délai de deux ans. Les difficultés à apporter une preuve seront en outre à la charge de l'acheteur, qui doit prouver le défaut. L'acheteur devra également supporter le risque de détériorations subséquentes à la découverte, ce qui découle de son obligation de limiter le dommage qu'il subit, si bien qu'un délai d'avis très court n'est pas nécessaire de ce point de vue⁸⁸. En outre, plusieurs finalités qui sous-tendent la réglementation actuelle en Suisse, comme préserver le vendeur de la fluctuation des prix ou exiger une réaction immédiate, sont bien plus caractéristiques des relations commerciales que des ventes aux privés.

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

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

⁸⁷ ATAMER/HERMIDAS, PJA 2020, p. 64

⁸⁸ Dans ce sens, BIEGER, Die Mängelrüge im Vertragsrecht, N 268

⁸⁹ FF 2022 2743

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

3.5 Délai de garantie

3.5.1 Droit suisse

Le délai général de garantie est de *deux ans* en droit suisse (art. 210, al. 1, CO). Le délai court « à compter de la livraison faite à l'acheteur, même si ce dernier n'a découvert les défauts que plus tard ». Il s'agit d'un délai de prescription⁹⁰. L'acheteur doit donc agir dans ce délai pour exercer son droit ou accomplir un autre acte interruptif de la prescription, parmi ceux prévus à l'art. 135, ch. 2, CO. L'avis des défauts (art. 201, al. 1, CO) donné dans le délai de deux ans ne permet pas de respecter ce délai de prescription. Des délais spéciaux de garantie sont prévus pour des catégories particulières de biens mobiliers: cinq ans lorsque la chose est intégrée à un ouvrage immobilier conformément à l'usage auquel elle est destinée (art. 210, al. 2, CO) et, pour les biens culturels, un an à compter de la découverte des défauts et 30 ans à compter de la conclusion du contrat (art. 210, al. 3, CO).

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

3.5.2 Droit comparé

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

Des délais inférieurs à deux ans ne peuvent être prévus (art. 21, par. 1). Une règle spéciale est prévue pour les *biens d'occasion*: les parties peuvent convenir d'un délai inférieur à deux ans, qui doit toutefois être d'une année au minimum (art. 10, par. 6). Et contrairement au droit suisse, les exclusions ou restrictions des droits de garantie ne sont pas possibles pour les contrats de consommation (art. 21). Les *Etats membres* de l'UE ou de l'EEE peuvent par contre prévoir *des délais de garantie plus longs* (art. 10, par. 3). Il s'agit d'une exception à l'objectif d'harmonisation complète poursuivi par la directive. Peu d'Etats membres ont toutefois fait usage de cette possibilité. L'*Irlande* connaît ainsi un délai général de garantie de six ans⁹¹ et le *Portugal* un délai de trois ans⁹², de même que l'*Espagne*⁹³. Le droit du *Royaume-Uni*⁹⁴ prévoit également un délai de six ans. En outre, des solutions qui tiennent compte de la

⁹⁰ ATF 94 II 26; 104 II 357

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

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

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

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

durée de vie des biens existent en dehors de l'Union européenne. Ainsi, la *Norvège* prévoit un délai de cinq ans dès la livraison pour les biens qui ont une « longue durée de vie », c'est-à-dire pour lesquels l'on peut s'attendre à une durée de vie supérieure à deux ans en cas d'usage normal du bien⁹⁵. Une règle similaire est prévue en *Islande*: les biens dont la durée de vie est plus longue que deux ans sont soumis à un délai de garantie de cinq ans⁹⁶. Cette durée se détermine en fonction des attentes du consommateur ou des plans du producteur⁹⁷. Une commission a été instituée et peut être saisie pour déterminer la durée de vie d'un bien. Enfin, le *droit québécois* connaît une garantie de durabilité, un bien vendu devant être apte à un usage normal pendant une durée raisonnable déterminée en fonction du prix, des conditions contractuelles et des conditions d'utilisation⁹⁸.

Les délais prévus dans la directive européenne ne sont pas des délais de prescription⁹⁹. Un acheteur pourra ainsi agir après l'expiration de ces délais si le défaut est apparu dans les deux ans à compter de la livraison ou, le cas échéant, dans le délai plus long prévu pour les contenus ou services numériques. L'art. 10, par. 4 et 5, exige que les délais de prescription prévus dans les droits nationaux n'empêchent pas d'exercer les droits prévus dans la directive pour les défauts couverts par les délais de garantie. Enfin, un avis des défauts peut être prévu par les Etats membres, mais le délai doit être d'au moins deux mois à compter de la date à laquelle le consommateur constate le défaut (art. 12).

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

3.5.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

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

L'AIR envisage plusieurs effets concernant le délai de garantie. Une adaptation du droit suisse au niveau des règles prévues par la directive européenne n'aurait que peu d'effets, car le *délai de deux ans est déjà très répandu* en Suisse et les vendeurs se montrent coulants en cas de réclamation¹⁰⁰. La *position juridique des consommateurs* s'en trouverait toutefois renforcée du fait du caractère impératif du délai. Une augmentation du nombre de réclamations dépend toutefois d'autres facteurs: la règle sur la présomption de l'existence du défaut

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

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

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

⁹⁸ Art. 38 de la loi sur la protection des consommateurs

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

¹⁰⁰ ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 35

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

Quant à l'effet d'une *prolongation du délai au-delà de deux ans*, mesure centrale du scénario + analysé dans l'AIR, il est *faible pour l'environnement* et entraîne une *légère augmentation des coûts*¹⁰¹. Des modifications dans les gammes de production ne sont pas à attendre car une modification du droit suisse engagée indépendamment de l'UE n'a pas d'impact sur les producteurs¹⁰². Un délai plus long, tel qu'envisagé dans le scénario +, serait une charge supplémentaire pour les vendeurs en Suisse par rapport aux Etats voisins et pourrait entraîner une augmentation de prix. Les différences de prix entre la Suisse et l'étranger augmenteraient aussi de ce fait, ce qui pourrait avoir pour effet *d'accroître légèrement le tourisme d'achat*¹⁰³. Les auteurs de l'AIR estiment que, malgré cette hausse des prix, le scénario + aurait un impact positif pour la plupart des consommateurs. En particulier, ces derniers devraient moins fréquemment compenser eux-mêmes les défauts de produits à longue durée de vie et bénéficieraient d'un degré de protection qu'ils ne peuvent souvent avoir aujourd'hui qu'en achetant une prolongation de garantie, avec les coûts supplémentaires que cela implique¹⁰⁴.

L'AIR confirme ainsi les *réserves émises par le Conseil fédéral* sur une prolongation de la durée de garantie à cinq ans¹⁰⁵. Les avantages escomptés par une telle mesure ne sont tout d'abord pas confirmés: les effets bénéfiques pour l'environnement restent très limités et une modification limitée à la Suisse n'aura pas d'effet sur la production, qui ne va pas s'orienter vers des biens plus durables. Cette mesure n'est pas non plus adaptée à la diversité des biens vendus, qui peuvent avoir des durées de vie très variables. L'on constate en lien avec cela qu'une durée uniforme de cinq ou six ans pour tous les biens est rarement prévue dans l'UE et l'EEE. Une *durée de garantie qui est fonction de la durée de vie des biens* paraît un peu plus répandue et plus en phase avec la réalité. C'est une telle option qui est privilégiée par les auteurs de l'étude¹⁰⁶. Cette solution rend toutefois le système de la garantie nettement plus complexe, car elle nécessite de déterminer la durée de vie de chaque bien vendu. L'instauration d'une commission et d'une autorité de conciliation spécialisée telle que recommandée par l'étude de droit comparé et l'AIR¹⁰⁷ serait *coûteuse et disproportionnée* au vu de la fonction très limitée qui lui serait assignée. Enfin, un délai de cinq ans, malgré son impact positif, selon l'AIR, pour la plupart des consommateurs, entraînerait probablement une augmentation des prix et constituerait un *handicap pour les vendeurs en Suisse*, par rapport à leurs concurrents dans les pays voisins et la plupart des pays européens. La situation pourrait être différente si l'UE venait à introduire une durée de garantie plus longue au titre des mesures prévues pour renforcer le droit à la réparation¹⁰⁸. Mais, dans sa dernière proposition de directive, la Commission européenne n'a pas retenu l'idée d'une prolongation du délai de garantie en lien avec la réparation; elle axe son action sur la réparabilité des biens au-delà de ce délai (voir ch. 2.2.2). A supposer même qu'une telle prolongation soit à l'ordre du jour dans

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

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

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

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

¹⁰⁵ Avis sur les motions 19.4594 Streiff et 20.4025 Hurni

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

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

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

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

S'il ne voit pas de besoin d'agir pour ce qui est de la durée de la garantie, le Conseil fédéral est d'avis qu'un *alignement sur les règles européennes minimales* est souhaitable pour ce qui est du caractère impératif des règles de garantie. Aujourd'hui, seul le délai de garantie est impératif pour les contrats de consommation. Une exclusion totale ou partielle de garantie, possible actuellement en droit suisse, réduit grandement la portée de ce caractère impératif voire lui enlève sa raison d'être. De ce fait, des règles impératives limitées aux contrats de consommateurs permettraient d'avoir une situation plus cohérente et claire. Ensuite, comme l'a montré l'AIR, un délai impératif de deux ans, sans exclusion de garantie, n'a qu'un impact négligeable sur les coûts des entreprises et les prix¹⁰⁹, les commerces en Suisse proposant déjà très largement un délai de deux ans de manière volontaire. Enfin, comme relevé au ch. 4, une reprise des règles européennes pour les biens et services numériques serait bénéfique, car elle renforcerait la sécurité du droit.

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

3.6 Droit à la réparation du produit défectueux

3.6.1 Droit suisse

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

Le Tribunal fédéral a confirmé l'*absence de droit à la réparation*¹¹⁰. Même si certains auteurs estiment qu'un droit à la réparation doit être accordé par une application par analogie de l'art. 368, al. 2, CO, en vertu du principe de la bonne foi ou du droit à une exécution conforme¹¹¹, la doctrine majoritaire suit la position du Tribunal fédéral¹¹². Le Tribunal fédéral admet toutefois que le coût de la réparation peut être demandé au titre de la réduction du prix¹¹³.

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

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

¹¹⁰ ATF 95 II 119, c. 6

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

¹¹² BSK-HONSELL, N 5 ad art. 205 CO et références

¹¹³ ATF 111 II 162, c. 3c

du contrat de vente ou du contrat d'entreprise. Suivant que la qualification implique l'application des règles de l'un ou l'autre contrat à la garantie, un droit légal à la réparation sera donné ou ne le sera pas. Le Tribunal fédéral a ainsi pu juger que le contrat de livraison d'un logiciel standard relève du contrat de vente et implique un droit à la réduction du prix ou à la résolution en cas de défaut¹¹⁴. Le Tribunal fédéral a tout de même laissé ouverte la question d'un droit légal à la réparation « emprunté au contrat d'entreprise » dans ce cas. L'on constate donc que des règles différentes pour ces deux types de contrats accentuent les difficultés et l'insécurité résultant déjà de la qualification. Le problème concerne ici de plus typiquement des contrats portant sur des biens ou services numériques examinés ci-après au ch. 4.

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

3.6.2 Droit comparé

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

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

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

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

¹¹⁴ ATF 124 III 456, c. 4b, bb

¹¹⁵ ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 23 s.

de la réparation et a retenu comme mesures qui méritent d'être approfondies, dans son rapport en réponse au postulat 17.3505 Vonlanthen, la déclaration sur la réparabilité des produits et l'option de réparation en cas de garantie pour défauts¹¹⁶.

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

Il est toutefois nécessaire de bien distinguer le droit à la réparation en cas de défaut de la chose vendue et le « droit à la réparation » comme élément de la politique actuelle de l'UE en matière d'économie circulaire. La Commission ou le Parlement européen intègrent en effet dans cette notion un *ensemble de mesures visant à rendre possible la réparation* des biens ou à la favoriser. Il peut donc tout autant s'agir du droit spécifique à la réparation en tant que remède juridique à un défaut de la chose vendue que de règles permettant de réaliser matériellement la réparation ou de la rendre plus accessible. Cette dernière catégorie de règles peut porter sur la conception de produits facilement réparables, sur la disponibilité de pièces détachées ou sur des incitations ou des aides financières à la réparation, à l'exemple des déclarations de réparabilité ou des incitations fiscales. Il est ainsi notable que la proposition de directive de la Commission européenne du 22 mars 2023 s'applique à la réparation de biens une fois le délai de garantie échu (art. 1, par. 2). L'approche adoptée par la Commission intègre ainsi des mesures incitant à réparer des produits défectueux tant avant qu'après l'échéance de la période de garantie¹¹⁸. De même, le Parlement européen envisage, dans sa résolution, des mesures relatives à l'écoconception, à l'accès aux pièces détachées ou aux informations ou manuels nécessaires à la réparation et à l'information sur la réparabilité et la durabilité de produits, avant d'aborder le droit à la réparation en cas de garantie pour défaut de la chose vendue¹¹⁹.

Cette distinction montre bien que l'objectif consistant à favoriser la réparation pour réaliser une économie circulaire ne peut être atteint que par un ensemble de mesures diverses et coordonnées qui concernent tant l'offre (la production) que la demande. Le Conseil fédéral a déjà fait ce constat¹²⁰. Les efforts en cours au niveau de l'UE le confirment. L'AIR va également dans le même sens lorsqu'elle mentionne l'*écoconception* ou les *déclarations sur la durabilité* parmi les mesures alternatives en faveur de l'environnement¹²¹. L'AIR envisage également une obligation de réparer en cas de défaut, l'idée étant de favoriser la réparation des

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

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

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

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

¹²⁰ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 17.3505 Vonlanthen, p. 18

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

biens et de prolonger ainsi leur durée de vie¹²². La réparation doit, pour répondre à cet objectif, être, sur le plan juridique, le *remède prioritaire* que l'acheteur peut demander, si elle est possible ou si son coût n'est pas disproportionné. L'AIR montre toutefois les *limites d'une telle mesure*: le vendeur et l'acheteur peuvent s'entendre sur le remplacement malgré la règle et l'acheteur doit pouvoir compter sur une réparation de qualité effectuée dans un délai raisonnable, sans quoi il devrait pouvoir choisir un autre remède. Concernant l'intérêt respectif de la réparation et du remplacement pour l'environnement¹²³, des études récentes¹²⁴ montrent que, compte tenu du cycle de vie des produits, la réparation est plus respectueuse de l'environnement que le remplacement. Ce n'est que dans le cas de produits anciens à forte consommation d'énergie, tels que les réfrigérateurs de plus de quinze ans, que le remplacement peut être préférable d'un point de vue environnemental.

3.6.4 Reprise en droit suisse et conclusion intermédiaire

Le Conseil fédéral est favorable, au vu de la situation juridique en Suisse et à l'étranger, dans l'UE en particulier, à l'introduction d'un droit à la réparation en cas de défaut de la chose vendue. Ce remède existe déjà en droit suisse, pour le contrat d'entreprise et dans la vente internationale de marchandises, et tous les Etats membres de l'UE et de l'EEE l'ont introduit dans leurs législations au plus tard il y a vingt ans avec la transposition de la première directive 1999/44/CE sur la vente de biens, sans que cela ne pose de problèmes particuliers. Ce droit est ensuite une option *très répandue actuellement dans la pratique*, car il est souvent proposé sur une *base volontaire*. Enfin, selon l'AIR, un droit à la réparation peut avoir un *effet positif sur la réparation* de produits défectueux¹²⁵, malgré les diverses limites relevées, notamment sa restriction aux produits onéreux qui ont une longue durée de vie et le fait que la réparation ne doit pas avoir un coût disproportionné. Par exemple, les entretiens menés dans le cadre de l'AIR ont révélé que les acheteurs de petits appareils peu coûteux ne souhaitent souvent pas les faire réparer et préfèrent les remplacer par un appareil neuf¹²⁶. Le scénario de base, dont fait partie cette mesure, n'a en outre, selon l'AIR, qu'un *effet minime pour les entreprises et l'économie*¹²⁷. Enfin, en Suisse, la réparation est souvent prévue dans les conditions générales¹²⁸. Les conséquences d'une adaptation au niveau actuel de l'UE et de l'EEE concerneraient de ce fait en premier lieu les vendeurs qui n'accordent pas ce droit de manière volontaire.

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

¹²² ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 47

¹²³ Voir ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 47

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

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

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

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

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

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

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

3.7 Prétentions en dommages intérêts

3.7.1 Droit suisse

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

Autre point contesté: la *différence faite entre les dommages directs et indirects*. Alors que le vendeur répond des dommages directs même sans faute de sa part (art. 208, al. 2, CO), sa responsabilité pour les dommages indirects n'est engagée que si une faute lui est imputable. Dans un *arrêt très critiqué*¹³⁰ concernant des perroquets de l'espèce « Amazone poudrée », le Tribunal fédéral a fait dépendre la limite entre dommage direct et indirect de la longueur de la chaîne causale¹³¹. De ce fait, le vendeur de deux perroquets, dont il s'est avéré après coup qu'ils étaient porteurs du virus de la maladie de Pacheco et qui ont contaminé tout le cheptel d'oiseaux de l'acheteur malgré une quarantaine, a été condamné à dédommager ce dernier à hauteur de 2 millions de francs sur la base de l'art. 208, al. 2, CO, bien qu'aucune faute ne lui soit imputable. Avant cet arrêt, la doctrine était divisée quant à la qualification du dommage consécutif au défaut¹³². Depuis lors, nombre d'auteurs se sont prononcés en faveur du rattachement de ce type de dommage à l'art. 208, al. 3, CO, selon lequel la responsabilité du vendeur dépend d'une faute de sa part¹³³. Ils considèrent qu'un dommage direct au sens de l'art. 208, al. 2, CO est un dommage directement lié à la chose vendue et *inhérent au caractère bilatéral du contrat* – par exemple, les frais vétérinaires occasionnés par un animal malade au moment de la vente. Les « dommages consécutifs au défaut » (« *Mangelfolgeschaden* »), soit les dommages que la chose vendue cause à d'autres biens juridiques de l'acheteur, ne doivent selon eux être réparés que s'il y a faute du vendeur.

3.7.2 Droit comparé

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

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

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

¹³¹ ATF 133 III 257

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

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

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

3.7.3 Conclusion intermédiaire

Etant donné les nombreuses critiques que suscite le régime des dommages-intérêts dans la législation et la jurisprudence du Tribunal fédéral, une révision du droit de la garantie serait l'occasion de *clarifier ces points dans la loi*. La question du dommage consécutif au défaut a également fait l'objet de l'*initiative parlementaire Vogt 20.491* « Pas de responsabilité causale illimitée du vendeur pour les dommages consécutifs au défaut ». Les Chambres fédérales n'y ont pas donné suite¹³⁴, étant réticentes à engager des travaux législatifs sur la base d'un seul cas d'espèce¹³⁵. Certains parlementaires étaient en outre d'avis que la responsabilité sans faute du vendeur pour les « dommages consécutifs au défaut » était justifiée¹³⁶. La différence faite aujourd'hui entre les *dommages directs et indirects* en fonction de la longueur de la chaîne causale est toutefois critiquée presque à l'unanimité dans la doctrine et doit être repensée. Il convient aussi de réaménager les prétentions en dommages-intérêts dans le droit de la garantie de telle manière que les dommages découlant directement du défaut de la chose puissent être invoqués indépendamment d'une faute du vendeur, *même si la vente n'est pas résiliée*.

3.8 Action récursoire et action directe contre le producteur

3.8.1 Action récursoire dans le droit de l'UE

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

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

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

¹³⁵ BO N 2023 29

¹³⁶ BO N 2023 29

3.8.2 Action récursoire en droit suisse

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

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

3.8.3 Reprise en droit suisse et conclusion intermédiaire

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

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

trichien, est également envisageable pour limiter dans le temps les possibles actions récursoires. De telles solutions iraient dans le sens des conclusions de l'étude de droit comparé et de l'AIR, qui recommandent toutes deux de régler l'action récursoire¹³⁷.

3.8.4 Droit d'action directe contre le producteur

L'idée selon laquelle un *droit d'action direct contre le producteur* constitue une incitation effective à produire des biens durables est défendue dans la doctrine¹³⁸. Cette approche prend en compte le fait que l'influence du producteur ou de la marque sur les choix des consommateurs est plus grande que celle du vendeur. Si une telle action directe était envisagée, proposition est faite de reprendre la définition du producteur prévue à l'art. 2 de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)¹³⁹, qui inclut l'importateur et le cas échéant également le fournisseur¹⁴⁰. Cette proposition a été analysée et évaluée dans l'étude de droit comparé et dans l'AIR, à l'exemple de l'action directe, institution comparable du droit français. L'étude de droit comparé a relevé les limites d'une telle institution¹⁴¹: l'*action directe du droit français*, qui est comme son nom l'indique un droit d'action directe contre le producteur ou tout autre revendeur de la chaîne de transactions, est considérée comme étant de nature contractuelle. Le consommateur ne peut faire valoir que les droits dont le vendeur final dispose contre ses fournisseurs et peut donc se faire opposer les exceptions et objections que ceux-ci auraient contre le vendeur. Le consommateur ne peut de ce fait pas non plus invoquer les droits spécifiquement prévus en droit de la consommation. L'UE a envisagé d'introduire cette action dans le droit européen de la consommation mais y a renoncé. Cette action, telle qu'elle est prévue dans le droit interne français, suppose également l'application de ce dernier, ce qui n'est pas assuré si les fournisseurs ou le producteur se trouvent à l'étranger. Cela impliquerait également, dans ces situations transfrontières, que le consommateur qui bénéficie de cette action agisse contre des acteurs résidant à l'étranger, le cas échéant devant des juridictions étrangères. L'étude de droit comparé et l'AIR ne recommandent donc pas de reprendre cet instrument spécifique au droit français¹⁴² contrairement à l'action récursoire qui est, elle, prévue par les directives européennes.

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

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

Les règles du droit suisse de la garantie (art. 197 ss CO, voir ch. 2) valent pour toutes les sortes de contrats de vente et s'appliquent donc tant aux *consommateurs* qu'au *domaine commercial*. Elles sont en grande partie de nature dispositive; en pratique, elles sont donc souvent sujettes à des dérogations¹⁴³. En revanche, la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens et la directive (UE) 2019/770 sur les contenus et services numériques sont des instruments du droit des contrats de consommation et donc de nature impérative¹⁴⁴. Dans aucun

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

¹³⁸ ATAMER, RDS 2022 I, p. 300

¹³⁹ RS 221.112.944

¹⁴⁰ ATAMER, RDS 2022 I, p. 301

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

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

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

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

des pays étudiés dans le présent rapport ces règles n'ont été étendues aux contrats commerciaux¹⁴⁵.

Comme on l'a évoqué plus haut (ch. 2), lorsque le législateur a repris le délai de garantie prévu par les règles minimales du droit européen, il a également *restreint*, sur le modèle de ce dernier, le *caractère impératif du délai aux contrats de consommation*¹⁴⁶. Au reste, la Suisse n'a pas de droit du contrat de vente spécialement applicable aux consommateurs. Dans toute la législation, il existe seulement quelques règles spéciales dans des domaines particuliers (par ex. les art. 40a ss CO pour le démarchage à domicile et contrats semblables; l'art. 8 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale [LCD] sur l'utilisation de conditions commerciales abusives¹⁴⁷; ou encore les dispositions spéciales de la LRFP, de la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait¹⁴⁸ et de la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation¹⁴⁹).

Les auteurs de l'*AIR* recommandent de conserver la nature générale du droit de la garantie en cas de révision et de ne pas en faire un droit particulier applicable aux consommateurs¹⁵⁰. Les PME, lorsqu'elles sont dans le rôle d'acheteur, sont selon eux souvent dans une position de faiblesse comparable à celle des consommateurs. Pour préserver l'efficacité des relations juridiques, il doit malgré cela rester possible de déroger aux dispositions légales dans les contrats commerciaux¹⁵¹. Ce n'est que dans le *scénario +* que l'*AIR* envisage des règles impératives pour tous types de contrats.

Il serait nécessaire de *réviser* le droit suisse de la garantie de la chose vendue sur les points cités pour *tous les types de contrats* et notamment aussi en relation avec les développements techniques, qu'il ne prend pas en compte aujourd'hui (voir ch. 4). Afin que cette révision puisse déployer ses effets, elle devrait prévoir des règles impératives, au moins en ce qui concerne les contrats de consommation. Du droit impératif est cependant difficilement imaginable dans le *domaine commercial*, qui est régi par la *liberté contractuelle*. Il ne pourrait pas non plus être imposé dans les relations internationales, domaine où règne le *libre choix du droit applicable*. Tant dans l'UE que dans le droit international privé suisse, ce choix n'est restreint qu'en ce qui concerne les contrats avec des consommateurs¹⁵². De l'avis du Conseil fédéral, il y a donc beaucoup de raisons de réformer la réglementation des prétentions découlant de la garantie dans son ensemble, mais de ne prévoir des *règles impératives que pour les contrats de consommation* – comme c'est aujourd'hui le cas pour le délai de garantie (art. 210, al. 4, CO; voir ch. 3.2.1).

4 Produits numériques et produits comportant des éléments numériques

4.1 Droit suisse

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

¹⁴⁵ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, *AIR*: Synthèse, p. 14

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

¹⁴⁷ RS 241

¹⁴⁸ RS 944.3

¹⁴⁹ RS 221.214.1

¹⁵⁰ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, *AIR*: Synthèse, p. 21

¹⁵¹ ECOPLAN/HESELHAUS/CARBOTECH, *AIR*: Synthèse, p. 21

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

exemples: une montre qui signale les appels entrants et mesure les mouvements de son utilisateur, un dispositif d'arrosage qui mesure l'humidité du sol et dose la quantité d'eau distribuée, un four qui télécharge une recette et se programme seul pour réaliser le plat. Les livres, les jeux et les morceaux de musique sont aussi souvent achetés sous forme dématérialisée, comme app, livre numérique ou fichier MP3. La nature de ces marchandises a une influence sur les attentes et sur les relations entre les parties au contrat. La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer (art. 184, al. 1, CO). Cet échange singulier entre un bien et une somme d'argent ne correspond pas à la situation dans le cas des produits numériques ou comportant des éléments numériques. Le contrat est donc complété ou remplacé par la promesse de prestations fournies en sus, parfois en continu, par le vendeur ou par un tiers¹⁵³. Sur le plan juridique, dans la plupart des cas, il ne s'agit donc plus, voire plus du tout, d'un *pur contrat de vente*. La jurisprudence et la doctrine ont dégagé les cas de figure suivants:

- La nature juridique d'un contrat de « vente » d'un *système informatique* consistant en une partie logicielle et une partie matérielle se juge selon les circonstances du cas particulier. La livraison contre paiement d'un *logiciel standard* peut revêtir un caractère de contrat de licence, de contrat de vente ou de contrat de bail ou de bail à ferme¹⁵⁴. Si la relation entre les parties contractuelles se rapproche davantage d'un échange unique que d'un contrat de durée, le Tribunal fédéral part du principe que les normes du droit du contrat de vente s'appliquent¹⁵⁵.
- Conformément à cette jurisprudence, le droit du contrat de vente devrait aussi s'appliquer aux *contenus numériques* qui sont *définitivement* remis à l'acquéreur pour être utilisé dans *son propre environnement informatique*¹⁵⁶.
- Pour ce qui est de l'acquisition de contenus numériques tels que des livres, des morceaux de musique, des vidéos ou des jeux, la nature juridique du contrat dépend du cas d'espèce. Si le contenu est *transféré temporairement dans l'environnement informatique* du client, la doctrine considère régulièrement qu'il s'agit de contrats de licence¹⁵⁷, qui présentent d'évidentes analogies avec le contrat de bail¹⁵⁸. Si le contenu ne peut être consulté que sur les plateformes du fournisseur, la nature du contrat est controversée: une partie des auteurs de doctrine estiment qu'il s'agit là aussi d'un contrat de licence; d'autres plaident pour l'application des dispositions sur les mandats et sur les contrats d'entreprise, du fait que le vendeur promet une prestation continue et non un transfert de l'usage du bien¹⁵⁹.
- Quant aux contrats portant sur des logiciels dits « *software as a service* » (contrats SaaS) tels que les *clouds*, ils permettent aux utilisateurs d'accéder régulièrement à l'environnement informatique du fournisseur, qui offre, outre l'accès, l'enregistrement ou la sauvegarde de données¹⁶⁰. Ici aussi, la doctrine plaide pour une application par analogie des dispositions sur les mandats et sur les contrats d'entreprise et, pour certains, du droit du bail¹⁶¹.

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

¹⁵³ Voir EGGEN, in: Jusletter du 2 décembre 2019, N 1 ss.

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

¹⁵⁵ ATF 124 III 456, c. 4.b/bb

¹⁵⁶ EGGEN, RSDA 2021, p. 479

¹⁵⁷ EGGEN, RSDA 2021, p. 480 avec d'autres références

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

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

¹⁶⁰ EGGEN, PJA 2021, p. 577 ss

¹⁶¹ EGGEN, RSDA 2019, p. 361 s.

droit à la garantie, il faut que le défaut ait existé au moment du transfert des risques (voir ch. 3.2.1). Si la connexion ou le fonctionnement du logiciel est altéré ultérieurement par des facteurs externes, le défaut ne peut en règle générale pas être reconnu¹⁶². Certains auteurs veulent que pour les objets connectés, l'on admette l'existence d'un *contrat de connexion* (tacite) soumis par analogie au droit du contrat d'entreprise et engageant le vendeur à assurer la réalisation de la connexion aussi longtemps que le consommateur est autorisé à s'attendre au bon fonctionnement de l'appareil¹⁶³. Cette question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux, si bien que l'on peut considérer qu'il existe une *insécurité juridique* majeure à ce sujet¹⁶⁴. Il en va de même pour l'acquisition de contenus dématérialisés tels que des livres numériques, étant donné que même la nature juridique du contrat est controversée¹⁶⁵.

4.2 Droit comparé

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

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

La *directive (UE) 2019/770 sur les contenus et services numériques* prévoit des dispositions similaires concernant le maintien de la conformité des biens et services purement numériques (art. 8, par. 2). Elle règle la garantie pour tous les contrats sur la base desquels ces contenus et services sont transmis ou rendus disponibles, sans préciser la nature juridique desdits contrats¹⁶⁶.

En *Allemagne*, les nouvelles règles sur les contenus et services numériques ont été intégrées non pas dans le droit des contrats de vente mais dans la partie générale du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB); elles s'appliquent à tous les contrats bilatéraux ou multilatéraux, indépendamment de leur type. Le champ d'application est toutefois limité aux contrats de consommation¹⁶⁷. Dans d'autres *Etats*, ces dispositions ont été transposées dans des lois spéciales sur

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

¹⁶³ EGGEN, RSDA 2019, p. 367 ss

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

¹⁶⁵ EGGEN, RSDA 2021, p. 480 s.

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

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

la protection des consommateurs¹⁶⁸ ou dans des lois spéciales applicables aux produits numériques¹⁶⁹.

4.3 Conséquences possibles d'une modification et conclusion intermédiaire

Le droit actuel du contrat de vente, qui date du siècle dernier, n'est plus adapté à la situation en cas d'achat d'un produit numérique ou comportant des éléments numériques. Les auteurs de doctrine ne sont pas unanimes quant à la *nature juridique des contrats* d'acquisition ou de mise à disposition de contenus numériques, si bien que *les droits et les obligations* découlant de ces contrats ne sont *pas absolument certains*. Le législateur est donc appelé à trouver rapidement une solution, par exemple en instaurant des règles minimales indépendantes du type de contrat, sur le modèle de la directive (UE) 2019/770 sur les contenus et services numériques¹⁷⁰.

Il existe également une *insécurité juridique* majeure en ce qui concerne les droits et les obligations liés aux contrats sur les objets connectés. L'AIR a permis de constater que cette insécurité juridique est un *frein à l'efficacité du marché* et entraîne indirectement des coûts supplémentaires pour les entreprises¹⁷¹. Ses auteurs préconisent que l'on clarifie la situation juridique en soumettant les contrats d'acquisition de produits comportant des éléments numériques au droit du contrat de vente et aux règles sur la garantie prévue par ce droit, comme le fait la directive (UE) 2019/771 sur la vente de biens¹⁷². La doctrine demande elle aussi que la réglementation applicable aux objets connectés soit clarifiée, soulignant que cela pourrait libérer le *potentiel inhérent aux nouvelles technologies*¹⁷³. Dans l'UE, la situation est claire en ce sens que le vendeur est considéré comme responsable aussi des éléments numériques nécessaires au bon fonctionnement du produit¹⁷⁴. Puisque le vendeur est partie au contrat conclu avec l'acheteur, ce dernier peut facilement s'adresser à lui. D'après l'AIR, le vendeur pourra vraisemblablement se retourner contre le fabricant du produit dans la plupart des cas¹⁷⁵. Il est fort imaginable que, par souci de simplicité, les vendeurs suisses et leurs clients se voient octroyer des droits similaires. Il n'y a donc *pas à attendre de conséquences négatives pour le secteur économique*.

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

5 Obsolescence programmée

5.1 Mandat

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

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

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

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

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

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

¹⁷³ EGGEN, RSDA 2019, p. 371

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

¹⁷⁵ ECOPLAN, AIR Annexe C: Analyse d'impact, p. 29 ss

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

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

5.2 Notion et problématique

5.2.1 Notion

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

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

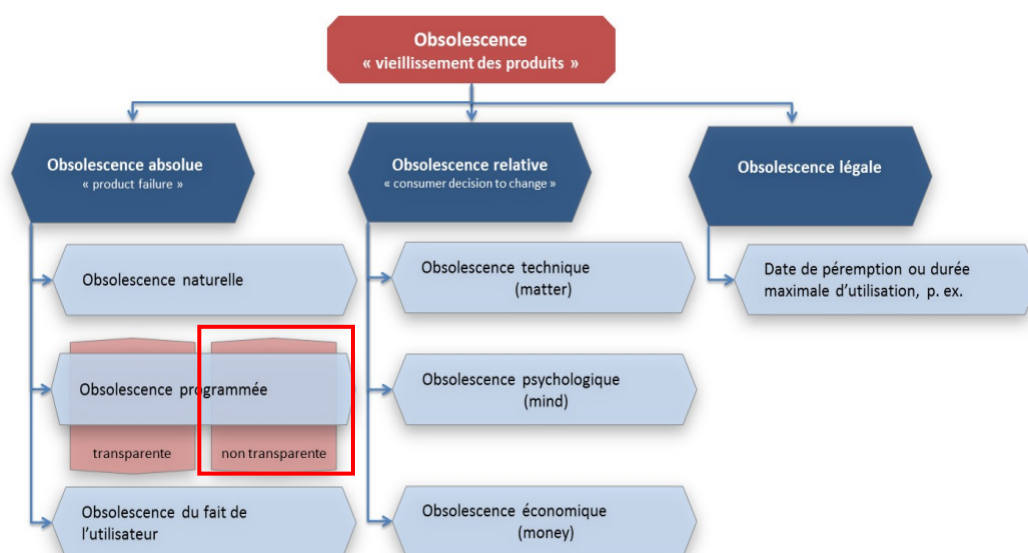


Figure 1: Distinction entre obsolescence absolue, relative et légale¹⁷⁶

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

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

remplacer alors que celui-ci pourrait techniquement durer plus longtemps¹⁷⁷. L'obsolescence légale est liée quant à elle à des prescriptions légales.

5.2.2 Problématique

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

La problématique de l'obsolescence programmée va plus spécifiquement se situer au niveau des motivations de la décision du fabricant. Ce dernier peut en effet avoir des *raisons objectives de limiter la durée d'utilisation* de certains biens ou composants: une marche arrière sur une voiture est prévue pour une distance de quelques kilomètres, car une distance égale à celle des autres vitesses ne fait pas de sens; une perceuse pour un usage amateur est conçue pour une utilisation moyenne prévisible de 11 minutes, contrairement à une perceuse destinée aux professionnels¹⁷⁸. Il est donc légitime d'adapter la qualité à l'usage prévisible qui sera fait du bien, sans quoi celui-ci serait bien plus onéreux et ne répondrait pas aux attentes des acheteurs. Le fabricant peut ensuite concevoir des produits de moindre qualité, jetables ou dont la durée de vie est brève, et l'annoncer de manière transparente (obsolescence programmée transparente)¹⁷⁹. L'acheteur sait alors à quoi s'en tenir et effectue un choix conscient qui correspond à ses besoins et à son budget.

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

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

¹⁷⁷ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3777, p. 6

¹⁷⁸ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3777, p. 7

¹⁷⁹ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3777, p. 6 s.

une motivation purement subjective (obsolescence psychologique), le consommateur considérant par exemple que son produit est passé de mode¹⁸⁰. Ces types d'obsolescence, tout aussi importants dans l'optimisation de la durée de vie et d'utilisation des biens, ne sont pas du tout visés et appellent d'autres mesures. Il se peut par contre que ces autres mesures fassent barrage à des stratégies d'obsolescence programmée: la conception de biens durables ou des indications sur la durabilité peuvent empêcher le déploiement de telles stratégies¹⁸¹.

5.3 Régime juridique

La réduction intentionnelle de la durée de vie d'un produit peut être appréhendée par *différentes règles*: si le produit ne présente pas la qualité promise dans le contrat, il relève de la garantie pour défauts ou de la responsabilité contractuelle et, s'il n'offre pas le niveau de sécurité requis, il relève de la responsabilité du fait des produits; de plus, le comportement même du fabricant pourrait constituer un acte de concurrence déloyale ou relever du droit pénal (escroquerie) et engager par là même la responsabilité délictuelle du fabricant si un acte illicite est avéré¹⁸².

5.3.1 Droit suisse

5.3.1.1 Garantie pour défauts, responsabilité du fait des produits

Si la stratégie d'obsolescence programmée du fabricant a pour résultat que le bien est défectueux au sens de l'art. 197 CO, le vendeur est tenu à garantie aux conditions des art. 197 ss CO. Ainsi, une qualité promise par le vendeur ou une qualité à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre de bonne foi doivent manquer au moment du transfert des risques (art. 185 CO), soit lors de la conclusion du contrat, de l'individualisation de la chose de genre ou de l'expédition si celle-ci est convenue. La qualité attendue doit en outre, selon l'art. 197, al. 1, CO, diminuer notablement la valeur ou l'utilité prévue (voir ch. 3.2.1). A noter que le *dol du vendeur*, soit le fait de donner de fausses indications sur la chose vendue ou de dissimuler des faits que la bonne foi exige de signaler¹⁸³, a plusieurs conséquences sur le régime de la garantie, notamment le fait que le vendeur ne pourra plus se prévaloir d'un avis de défaut tardif (art. 203 CO), ni du délai de prescription de deux ans (art. 210, al. 6, CO), ni de clauses qui excluent ou restreignent la garantie (art. 199 CO). Le dol doit être prouvé par l'acheteur¹⁸⁴.

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

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

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

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

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

¹⁸³ ATF 131 II 145, c. 8.1

¹⁸⁴ *Ibid.*

puissent être engagées¹⁸⁵. Une information sur une imprimante qui indique à tort que les cartouches d'encre sont vides dans le seul but de les faire changer plus souvent pourra être constitutive d'un défaut, si l'imprimante était programmée ainsi au moment de la vente et si cet état de fait peut être démontré. Le défaut engage la responsabilité du vendeur même si ce dernier ne le connaissait pas. Par contre, le dol et les implications qu'il a pour le régime de la garantie supposent que le vendeur a connaissance de la stratégie d'obsolescence programmée mise en place par le fabricant. Le fait de l'obsolescence programmée comme sa connaissance par le vendeur doivent être prouvés par l'acheteur, ce qui constitue un grand obstacle à la réalisation de ces droits¹⁸⁶.

Les actes d'obsolescence programmée qui interviennent *après la vente*, en particulier par le biais de modifications logicielles qui péjorent le fonctionnement du bien, ne tomberont par contre *pas sous le coup de la garantie*. Ces actes relèvent en effet du fabricant et non du vendeur, ce dernier n'encourant pas de responsabilité contractuelle de ce fait¹⁸⁷, et ils interviennent de toute manière après le transfert des risques. Le vendeur ne pourra avoir à en répondre que si le bon fonctionnement du bien vendu sur la durée a fait l'objet d'un *engagement contractuel spécifique de sa part*, engagement contractuel d'autant plus nécessaire que le droit suisse n'inclut pas d'obligation légale de mise à jour pour le vendeur, comme le fait la directive (UE) 2019/771 sur les contenus et les services numériques (voir ch. 4.2).

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

5.3.1.2 Droit pénal

a) Escroquerie

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

Toute tromperie en matière commerciale n'est cependant pas une escroquerie au sens de cette norme. Le code pénal précise qu'elle *doit être « astucieuse »*. La jurisprudence du Tribunal fédéral définit l'astuce ainsi: l'astuce est réalisée lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une tricherie, ou bien encore lorsqu'il donne simplement de fausses informations, s'il est impossible ou particulièrement difficile de les vérifier, que la vérification ne peut raisonnablement être exigée, ou qu'il dissuade la dupe de les vérifier, ou s'il table, en fonction des circonstances, sur le fait que la dupe renoncera à les vérifier en raison d'un rapport de confiance particulier¹⁸⁹. L'hypothèse où le producteur induit *activement* l'acheteur en erreur est un cas de figure. Il faut alors examiner s'il a agi *par*

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

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

¹⁸⁷ ATAMER, RDS 2022 I, p. 285 et 309

¹⁸⁸ RS 311.0

¹⁸⁹ ATF 142 IV 153, c. 2.2.2; 135 IV 76, c. 5.1

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

Ce qui caractérise l'obsolescence programmée relevant de l'escroquerie est le fait que le producteur la taise. En ce cas, il faut d'abord déterminer si l'on peut attribuer à l'offre faite par le producteur dans les relations sociales une valeur de déclaration concernant la qualité ou la durabilité du produit. La tromperie au sens de l'art. 146 CP peut aussi être tacite, lorsque l'auteur n'a pas proféré d'allégation fallacieuse mais a induit la représentation erronée des faits par son comportement¹⁹⁰. Par exemple, un producteur qui demande le prix usuel pour une marchandise laisse entendre que celle-ci est de qualité moyenne. Ce sont les conventions sociales qui déterminent dans quelle mesure un comportement a valeur de déclaration. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait qu'un vendeur ne commercialise pas en connaissance de cause un bien de moindre valeur au prix d'un bien haut de gamme relève de l'expérience générale de la vie. Les ouvrages de doctrine citent des arrêts du Tribunal fédéral portant sur une tromperie quant au degré de pureté de drogues. Concrètement, il s'agit de cas où de l'héroïne plus coupée que d'ordinaire avait été vendue au prix usuel. Les acheteurs avaient été tacitement trompés¹⁹¹. Ces cas sont toutefois rares, car la doctrine et la jurisprudence s'en tiennent à une stricte exigence de la valeur de déclaration.

Si l'élément de la valeur de déclaration n'est pas réalisé, il reste possible que l'escroquerie ait été commise *par omission*. L'infraction par omission requiert *une position de garant*, caractérisée par une obligation d'agir (art. 11, al. 2, CP). La position de garant peut découler de la loi ou du contrat. Toutefois, toute obligation d'agir légale ou contractuelle ne fonde pas une position de garant. Il ne peut y avoir escroquerie par omission que si l'auteur a une responsabilité accrue ou s'il avait un devoir légal d'agir particulièrement qualifié sur le plan matériel. Une omission astucieuse ne pourrait donc avoir lieu tout au plus que s'il avait une position de confiance particulière telle, que la dupe escompte à bon droit qu'une éventuelle erreur de sa part sera rectifiée¹⁹². Le producteur n'a en général pas une telle position de garant et ne peut donc commettre d'escroquerie par omission.

D'autres conditions encore doivent être remplies pour qu'il y ait escroquerie. Il faut notamment que des intérêts pécuniaires aient été lésés. Tel est le cas lorsque la valeur globale du patrimoine de la victime est effectivement diminuée – par accroissement du passif ou diminution de l'actif – une fois accomplie la décision en matière de patrimoine reposant sur l'erreur induite¹⁹³. Dans le contexte de l'obsolescence programmée, où une prestation et une contre-prestation sont échangées, les intérêts pécuniaires sont lésés lorsque la prestation n'est pas compensée par la contreprestation. Si toutes les deux sont objectivement de même valeur, le préjudice naît du fait que la contreprestation ne correspond pas aux besoins individuels de la dupe et qu'elle ne peut l'utiliser aux fins qu'elle poursuit¹⁹⁴. L'existence d'un préjudice aux intérêts pécuniaires de la victime doit être appréciée en fonction des circonstances du cas d'espèce.

¹⁹⁰ ATF 147 IV 73, c. 3.1

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

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

¹⁹³ ATF 147 IV 73, c. 6

¹⁹⁴ Arrêt du TF 6B_316/2009 du 21 juillet 2009, c. 3.2; voir aussi STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil*, § 15 N 49 ss; Donatsch, *Strafrecht III*, p. 241 ss.

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

b) Dommages à la propriété

Outre l'escroquerie, on peut aussi envisager d'invoquer la norme pénale sur les dommages à la propriété (art. 144 CP). Selon l'al. 1 de cet article, est punissable, sur plainte, quiconque endommage, détruit ou met hors d'usage une chose appartenant à autrui ou frappée d'un droit d'usage ou d'usufruit au bénéfice d'autrui. Tant la doctrine¹⁹⁵ que la jurisprudence¹⁹⁶ interprètent cette disposition dans un sens large, de sorte à comprendre toute modification de l'état d'une chose comme dommage à la propriété dès lors que l'ayant droit en voit ses intérêts légitimes touchés et ne peut pas rétablir l'état antérieur sans effort notable. Il n'est pas nécessaire qu'il ait subi un dommage pécuniaire. La notion de *participation en qualité d'auteur médiateur* pourrait également s'appliquer, en ce sens que le fabricant, par exemple, incite l'ayant droit, par de fausses indications, à se débarrasser d'un objet qui est encore en état de fonctionnement en le détruisant ou en le remplaçant. Sur le plan subjectif, les dommages à la propriété doivent être intentionnels. Cela comprend le fait de savoir et de vouloir que la chose soit au final détériorée ou détruite. Le dol éventuel est suffisant.

5.3.1.3 Concurrence déloyale

Dans le cas où tous les éléments constitutifs de l'escroquerie ne seraient pas réunis, parce que la tromperie repose sur un simple mensonge ou que les intérêts pécuniaires de l'acheteur ne sont pas lésés, on pourrait recourir à *certaines dispositions de la LCD sanctionnées pénalement*, plus particulièrement celles qui portent sur la tromperie à la clientèle (par ex. l'art. 3, al. 1, let. b et i). Elles permettent de réprimer des comportements illicites *subsidiairement à la norme pénale sur l'escroquerie*. Il est aussi possible qu'un même auteur se rende coupable à la fois d'un acte déloyal au sens de la LCD et d'une escroquerie au sens du CP. Il n'est pas encore clair, en ce cas, si ces deux infractions sont en concours parfait ou imparfait¹⁹⁷. En tout état de cause, jusqu'à présent, c'est bien sur la base de la LCD que des actions contre des faits d'obsolescence programmée ont été portées devant les tribunaux en Suisse.

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

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

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

¹⁹⁶ ATF 115 IV 36, c. 2

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

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

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

L'autorité de recours genevoise a dénié une importance nationale ou régionale à la Noops, association qui venait d'être créée suite aux faits incriminés¹⁹⁹. Elle a toutefois examiné sur le fond le bien-fondé de l'ordonnance de non-entrée en matière du ministère public. Il écarte une violation de l'art. 3 LCD, car le groupe n'a pas donné d'indications inexactes ou fallacieuses « sur les performances de ses batteries de téléphone au moment de lancer le logiciel décrié par la recourante », il « n'a pas vanté ni promis de vitesse d'exécution particulière » lorsqu'il a présenté les caractéristiques de la mise à jour proposée et, enfin et surtout, « il n'avait aucun devoir d'information spontanée (...) sur les prestations amoindries qui résulteraient de la mise à jour informatique proposée au printemps 2017 »²⁰⁰. Le tribunal ajoute que la mise à jour n'était pas obligatoire pour le consommateur, qu'un fabricant n'a pas à faire état spontanément des imperfections de ses produits vis-à-vis de ses concurrents et que les appareils continuaient à fonctionner même si la durée de charge de la batterie était diminuée²⁰¹. Le Tribunal fédéral a quant à lui *déclaré irrecevable* le recours contre cette décision cantonale, car l'association, en tant que partie plaignante, n'avait pas de motif de recours valable selon l'art. 81, al. 1, let. a et b, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral²⁰², ni ne pouvait se plaindre d'une décision d'irrecevabilité, que la cour cantonale n'avait pas prononcée²⁰³.

5.3.1.4 *Appréciation générale du droit suisse en vigueur*

Des comportements de fabricants relevant de l'obsolescence programmée *peuvent donc être appréhendés par le droit en vigueur*, en particulier par les règles de la LCD. Cette loi offre des possibilités de recours ou de plainte non seulement aux simples particuliers mais également aux associations (art. 10, al. 2, LCD), et notamment aux organisations de protection des consommateurs d'importance régionale ou nationale (art. 10, al. 2, let. b, LCD). Dans certains cas, la Confédération, représentée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), peut également agir, lorsqu'elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public et si des intérêts collectifs sont menacés ou subissent une attente (cf. l'art. 10, al. 3, LCD et l'ordonnance du 12 octobre 2011 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale²⁰⁴).

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

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

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

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² RS 173.110

²⁰³ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_437/2019 du 4.8.2019, c. 1.3

²⁰⁴ RS 241.3

Tout d'abord, cette décision *reste isolée* en l'absence d'autres décisions cantonales et sans décision du Tribunal fédéral confirmant son interprétation. L'interprétation faite est également *particulièrement stricte*²⁰⁵, notamment du fait qu'elle se limite aux indications expresses faites par le fabricant et exclut tout devoir de déclaration spontanée, ce qui ne correspond pas à la position de la jurisprudence cantonale et d'une partie de la doctrine²⁰⁶.

Les allégations auxquelles se réfère l'art. 3, al. 1, let. b, LCD peuvent en effet revêtir n'importe quelle forme et la communication au client *peut résulter d'omissions* dont le public moyen tire raisonnablement des conclusions²⁰⁷ (notamment lorsque le destinataire pouvait s'attendre à être informé sur une telle circonstance²⁰⁸). L'art. 3, al. 1, let. b, LCD peut ainsi imposer un devoir d'information qui rend le silence déloyal²⁰⁹. La jurisprudence admet qu'il y a également une telle obligation par exemple lorsque la dissimulation *équivaut à une tromperie active par acte concluant*, en particulier lorsque le destinataire des informations obtient une fausse image globale en cas d'informations incomplètes. En d'autres termes, chaque fois que l'auteur de la tromperie crée, par son propre comportement actif (par ex. informations incomplètes), une idée non conforme aux faits chez le destinataire, il est tenu, selon les règles de la bonne foi dans les relations commerciales, à une obligation d'information. Cette obligation peut donc au moins exister lorsque l'auteur ne s'oppose pas à la formation ou au risque de formation (qu'il a reconnu ou aurait dû reconnaître) d'une idée fausse chez le destinataire²¹⁰.

Pour ce qui concerne l'art. 3, al. 1, let. i, LCD – lequel interdit la dissimulation notamment des qualités effectives d'une marchandise, œuvre ou prestation – l'illusion ainsi créée peut aussi se rapporter aux possibilités d'utilisation et à l'utilité (définie comme l'ensemble des propriétés positives) de la prestation. Dans ces cas, la déloyauté du comportement visé suppose alors que les attentes raisonnables d'un client moyen quant à l'utilité de la prestation soient déçues²¹¹. Celui qui propose la prestation aurait donc aussi dans ce cas un devoir d'information dont l'étendue est fonction des attentes du public moyen, à savoir de la conception commerciale générale²¹². Le risque abstrait d'une erreur est à cet égard suffisant²¹³. On peut par exemple citer les cas où des informations importantes concernant la prestation offerte ne sont pas fournies du tout ou sont fournies de telle manière que leur importance ou leur étendue n'est pas perçue comme correspondant aux faits²¹⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.3.2 Droit comparé

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

Une *série d'actions et de plaintes* ont ainsi été introduites dans plusieurs pays sur la base des règles générales. L'autorité de la concurrence et de la surveillance des marchés *italienne* a ainsi condamné Apple et Samsung en 2018 pour avoir bridé les performances de leurs téléphones plus anciens à l'occasion de mises à jour, sans en avoir informé les consommateurs et sans avoir offert d'alternatives pour maintenir les performances d'origine²¹⁶. Les amendes se sont élevées à 5 millions d'euros pour ce fait-là, Apple ayant dû payer 5 millions d'euros supplémentaires pour un autre acte déloyal. L'appel déposé par Apple contre la décision, auprès du tribunal administratif de Lazio a été rejeté en 2020²¹⁷. Des *actions de groupe* au civil ont par ailleurs été intentées pour que Apple indemnise les consommateurs concernés et ce, en *Italie*, mais également en *Belgique*, en *Espagne* et au *Portugal*²¹⁸. L'indemnité demandée est de 60 euros par consommateur concerné. Les actions sont encore en cours.

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

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

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

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

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

vie ». La modification essentielle est *l'abandon de la condition relative à l'intention d'augmenter le taux de remplacement*. Cette condition était en effet, de l'avis du législateur français, excessivement difficile à prouver, rendant la disposition inefficace²¹⁹. L'autre modification a consisté à inclure explicitement le recours à des techniques logicielles. Au niveau de l'exécution, une spécificité française consiste dans la possibilité pour l'autorité administrative compétente, la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)* de saisir les autorités pénales et, pour celles-ci, de saisir la DGCCRF d'une plainte afin que cette dernière mène une enquête²²⁰.

Plusieurs plaintes pour obsolescence programmée ont été déposées en France depuis 2015²²¹:

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

La première plainte citée n'a pas encore été jugée²²², la seconde a donné lieu à une transaction avec Apple qui a versé une amende de 25 millions d'euros pour pratique commerciale trompeuse par omission²²³, et sur la troisième, la procédure est encore en cours²²⁴.

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

Il est notable que, lors du *processus législatif* de révision de la norme interdisant l'obsolescence programmée, la DGCCRF a indiqué aux rapporteurs de la commission sénatoriale *qu'aucune affaire n'a pu être menée sur la base de l'art. L 441-2*, qui règle spécifiquement l'obsolescence programmée²²⁶. La base légale qui a servi de fondement pour agir dans des cas potentiels d'obsolescence programmée était l'interdiction générale de pratiques commerciales trompeuses. Ce fut notamment le cas de la première affaire menée contre l'entreprise Apple. La seconde affaire concernant cette entreprise, introduite en 2022, ne se fonde égale-

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

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

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

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

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

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

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

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

ment pas sur la nouvelle mouture de l'art. L 441-2, mais sur l'interdiction générale des pratiques commerciales trompeuses et sur de nouvelles normes spécifiques qui sanctionnent les entraves à la réparation et au reconditionnement²²⁷.

Au niveau de l'UE enfin, la Commission européenne a publié, en date du 30 mars 2022, une *proposition de directive* introduisant des obligations nouvelles en matière de durabilité, de réparabilité, d'écoblanchiment et d'obsolescence programmée²²⁸. Sur ce dernier point, la proposition de directive envisage de modifier la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales²²⁹, afin d'ajouter l'obsolescence programmée à la liste des pratiques interdites en toutes circonstances²³⁰. Cette liste, prévue à l'art. 5, par. 5, de ladite directive, se trouve à l'annexe I de celle-ci. Les nouveaux ch. 23quinquies à 23decies qui y seraient ajoutés selon la proposition interdisent les comportements consistant notamment à « ne pas informer le consommateur qu'une mise à jour logicielle aura une incidence négative sur l'utilisation de biens comportant des éléments numériques ou sur certaines fonctionnalités de ces biens, même si cette mise à jour améliore d'autres fonctionnalités », à « ne pas informer le consommateur de l'existence d'une caractéristique d'un bien introduite pour en limiter la durabilité » ou à « inciter le consommateur à remplacer les consommables d'un bien avant que des raisons techniques ne le justifient ».

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

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

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

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

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

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

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

5.4 Appréciation

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

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

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

6 Conclusions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7 Bibliographie

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

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

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

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

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

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

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

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

DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10^e éd., Zurich 2013 (cit. DONATSCH, Strafrecht III)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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