

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 105 (1986)

Artikel: Le contrat de voyage

Autor: Stauder, Bernd

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896411>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 11.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le contrat de voyage

Rapport présenté par BERND STAUDER

Professeur à l'Université de Genève

Table des matières

Bibliographie	390
Abréviations	391
Préface	393
Introduction	395
 A. Les faits	 399
I. Importance économique et sociale du voyage organisé	400
II. Les conditions générales de voyage	401
III. Les intérêts en cause	405
IV. Insatisfaction et réclamation	406
V. La nécessité d'une protection du voyageur	408
 B. La situation légale actuelle	 409
I. Remarques générales	409
II. La terminologie	410
III. Le contrat d'intermédiaire de voyages	411
1. La nature juridique du contrat d'intermédiaire de voyages	411
2. La conclusion et la forme du contrat d'intermédiaire de voyages	412
3. Les obligations des parties	412
a. Les obligations de l'agence	412
aa. Les obligations principales	412
bb. Les obligations accessoires	413
b. Les obligations du voyageur	414
aa. Les obligations principales	414
bb. Les obligations accessoires	415
4. La responsabilité de l'agence de voyages	415
5. La fin du contrat d'intermédiaire de voyages	417
IV. Le contrat d'organisation de voyages	417
1. La qualification juridique du contrat d'organisation de voyages	418
a. Le rattachement impossible à un contrat déterminé	418
aa. Le contrat de mandat	419
bb. Le contrat d'entreprise	420
b. Le contrat d'organisation de voyages comme contrat sui generis	421
c. La clause dite d'intermédiaire	422
2. Quelques problèmes particuliers	423
a. La phase précontractuelle	423
b. La conclusion du contrat de voyage organisé	424
aa. La conclusion formelle du contrat	424
bb. L'incorporation des CG de voyage	424
cc. Le formalisme du contrat	425
dd. L'intervention d'une agence de voyages non organisa- trice	425
3. Les obligations de l'organisateur de voyages	425
a. Les obligations principales	426
aa. Les obligations propres de l'agence organisatrice	426
bb. Les obligations exécutées par des prestataires de services	426
b. Les obligations accessoires	427

aa. Les obligations d'information	427
bb. L'obligation d'accepter un voyageur de remplacement . . .	428
4. Les obligations du voyageur	430
a. Le paiement du prix	430
aa. Le principe	430
bb. Acompte et échéance	430
cc. Modifications du prix avant le départ	430
b. Les obligations accessoires	432
5. La non-conformité du voyage	432
a. La non-exécution du voyage	432
b. L'exécution tardive	433
c. La mauvaise exécution	434
aa. Les règles applicables	434
bb. Le «défaut» du voyage	435
(1) Les qualités promises	436
(2) Les qualités attendues	437
(3) Les aspects particuliers	437
cc. Les conséquences juridiques	437
(1) La «réparation»	438
(2) La réduction du prix	439
(3) La résolution du contrat	439
(4) Les dommages-intérêts	440
(a) Le principe	440
(b) Le dommage supplémentaire	440
(c) Le tort moral	440
dd. Les conditions d'exercice de la garantie	441
(1) L'avis des défauts	441
(2) La demande de «réparation»	441
ee. Prescription	442
ff. Les conditions générales de voyage	442
6. La fin du contrat	442
a. Le rappel des causes de fin de contrat admises	443
aa. La fin du contrat dans l'optique du voyageur	443
bb. Le fin du contrat dans l'optique de l'organisateur de voyages	443
cc. Les conditions générales de voyage	444
b. Les problèmes restant ouverts	444
V. L'accès à la justice	444
1. La situation actuelle	445
2. Quelques problèmes particuliers	445
C. La situation de lege ferenda	447
I. Les questions préalables	447
1. Les besoins de protection du voyageur	448
a. L'information du voyageur	448
b. Le contenu du contrat de voyage	448
c. L'accès à la justice	448
2. La base constitutionnelle d'une intervention législative	449
3. Le problème du code unique	449
4. La nature des normes	449
II. La définition du contrat de voyage	450
1. La définition	450

2. Les précisions sur la terminologie	450
3. La clause dite d'intermédiaire	451
4. La prestation unique de l'organisateur	451
5. Conclusion intermédiaire	451
III. La technique législative	451
IV. Quelques problèmes particuliers	452
1. La phase précontractuelle	452
2. Le problème des CG de voyage	453
3. La conclusion et la forme	454
a. Le principe	454
b. La réserve	454
c. Les conséquences juridiques	455
4. Les obligations des parties	456
a. La nécessité de définir les obligations des parties	456
b. Les obligations de l'organisateur de voyages	456
aa. Les clauses d'exonération ou de limitation de responsabi-	
lité	456
bb. Les obligations d'information	459
cc. L'obligation d'accepter un voyageur de remplacement . .	459
dd. L'obligation de minimiser le dommage	459
c. Les obligations du voyageur	460
aa. L'acompte	460
bb. L'exigibilité du solde	460
cc. La modification du prix avant le voyage	462
(1) La justification d'une modification du prix	463
(2) Les conséquences d'une modification du prix	463
5. La non-conformité du voyage	464
a. La nécessité d'une réglementation particulière	464
b. Le principe d'une règle générale	464
c. Questions particulières	465
aa. Les mesures de remplacement	465
bb. La réparation du dommage	466
(1) La limitation du montant du dommage	466
(2) Le tort moral	466
(3) Les CG de voyage	467
6. La fin du contrat	467
V. L'accès à la justice	468
1. Les modèles	468
a. L'art. 31 ^{sexies} al. 3 CF	468
b. La procédure de conciliation	468
2. Les problèmes particuliers	469
VI. Le «fonds de solidarité» en cas de faillite de l'organisateur de	
voyages	469
1. La problématique	469
2. Les solutions	470
a. La solution libérale	470
b. La stipulation pour autrui	470
c. Le «fonds de solidarité»	471
Conclusions: les thèses	473

Bibliographie

- DALLÈVES, LOUIS (1). Le contrat de voyage, *in*: Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève no 46, Genève 1975, p. 1 ss.
- IDEM. (2), Le contrat de voyage, *in*: Recueil des travaux suisses présentés au IX^e Congrès international de droit comparé, Bâle 1976, p. 151 ss.
- FRANK, RICHARD. Meine Rechte und Pflichten als Tourenleiter, als Reiseleiter, als Jugendleiter. Zugleich ein Handbuch zur Haftbarkeit des Veranstalters, Zurich 1975.
- IDEM. Zum Reiseveranstaltervertrag, DRiZ 1979, p. 48 ss.
- IDEM. Grundfragen des Reiseveranstaltungsvertrags, RSJ 1981, p. 141 ss., 157 ss.
- GAUCH, PETER. «Entgangener Feriengenuß» – Gedanken zu einer «Mitteilung», RSJ 1983, p. 276.
- METZ, ROLF. Rechtshandbuch für Reiseveranstalter, Reisevermittler, Reisebüros, Berne 1983.
- SCHLUEP, WALTER/BAUDENBACHER, CARL. Der Reiseveranstaltungsvertrag, *in*: Schweizerisches Privatrecht, vol. VII/2, Innominatverträge, Bâle-Stuttgart 1979, p. 919 ss.
- SCHMUCKI, PETER. Die zivilrechtlichen Verhältnisse beim Betrieb eines Reisebüros, thèse Fribourg, St. Gall 1974.
- SPRECHER, PAUL. Droit suisse régissant le tourisme – Etat actuel et état souhaité, Exposé présenté à l'assemblée générale de la Fondation pour la protection des consommateurs le 15.4.1980 (non publié).
- STAEHELIN, BERNHARD. Die Haftung des Reiseveranstalters, ASDA 1980/3, p. 15 ss.
- TERCIER, PIERRE. L'opportunité d'une réforme du droit des agences et des contrats de voyages, Avis de droit à l'intention de l'Office fédéral des transports, Fribourg 1984 (non publié).
- WISWALD, JEAN-PIERRE. Les agences de voyages. Problèmes juridiques relatifs à leur activité et à leur responsabilité, thèse Lausanne 1964.

Abréviations

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
al.	alinéa
art.	article
ASDA	Association suisse de droit aérien et spatial, Bulletin
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand) du 18. 8. 1896
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Allemagne)
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
CCV	Convention internationale relative au contrat de voyage du 23. 4. 1970
cf.	confer
CF	Constitution fédérale du 29. 5. 1874
CG	Conditions générales
CN	Conseil national
CO	Code fédéral des obligations des 30. 3. 1911/18. 12. 1936
DB	Der Betrieb
DC	Droit de la construction
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ECLG	European Consumer Law Group
FF	Feuille fédérale
FSAV	Fédération suisse des agences de voyages
JO	Journal officiel (français)
JT	Journal des Tribunaux
LCart	Loi fédérale sur les cartels et organisations analogues du 20. 12. 1962
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30. 9. 1943
lit.	littera
LOAE	Loi fédérale concernant les opérations des agences d'émigration du 22. 3. 1888
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
p.	page
phr.	phrase
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RDS	Revue de droit suisse
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
SJ	Semaine judiciaire
s. (s).	suivante(s)
TF	Tribunal fédéral
vol.	volume
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Préface

Le voyage n'est plus aujourd'hui le privilège d'une minorité de la population. Il est devenu un phénomène social qui intéresse et touche quasiment tout le monde. Pourtant, le contrat de voyage n'est pas spécifiquement réglé par la loi. Les relations contractuelles entre le voyageur et son agence de voyages restent encore peu claires et n'ont été que rarement étudiées d'un point de vue juridique.

Cette situation est en train de changer. Suite à des interventions parlementaires¹, le Conseil fédéral étudie l'opportunité d'une intervention législative². Le professeur PIERRE TERCIER a remis fin 1984 un important avis de droit sur «l'opportunité d'une réforme du droit des agences et des contrats de voyages»³.

En inscrivant le thème du «contrat de voyage» à l'ordre du jour de son congrès 1986, la Société suisse des juristes, conformément à sa mission, entend contribuer à la discussion de politique juridique qui s'engage maintenant.

En acceptant l'invitation de la Société suisse des juristes de préparer le rapport de langue française sur le contrat de voyage, j'étais à la fois honoré mais aussi conscient des difficultés de rédiger un texte qui, sur la base d'une analyse de la situation légale actuelle, doit, le cas échéant, ouvrir des perspectives législatives. Ma tâche est devenue encore plus délicate après lecture de l'excellent avis de droit du professeur TERCIER, d'autant que je suis d'accord avec la quasi-totalité de ses propositions.

¹ Petite question MÜLLER (BO CN 1974 I 1098); motion NEUKOMM (BO CN 1979 I 515 et BO CN 1980, 1274); petite question NEUKOMM (BO CN 1984, 647).

² Réponse écrite du Conseil fédéral (BO CN 1980, 1274): «Il examinera de manière approfondie comment il est possible d'améliorer la position des clients qui ont commandé des voyages à forfait et qui utilisent les services des agences de voyages». La motion NEUKOMM fut transformée en postulat.

³ La publication de cet avis de droit serait hautement souhaitable.

Monsieur GIRSBERGER et moi-même, après discussions, avons estimé qu'il ne convenait pas de nous départager le sujet. Nous avons préféré soumettre aux juristes suisses nos analyses et propositions parfois concordantes, parfois contradictoires, et mettre des accents différents sur des problèmes spécifiques. Nous espérons qu'ainsi la discussion scientifique et de politique juridique sera enrichie sur un thème important du droit de la consommation.

Je tiens à remercier très chaleureusement toutes les personnes qui, par leur mise à disposition d'informations, leurs conseils, leurs critiques m'ont permis d'achever ce rapport, en particulier Monsieur PAUL SPRECHER, Secrétaire général de la Fédération suisse des agences de voyages, Madame FRANÇOISE MICHEL de la Fédération romande des consommatrices, Monsieur WILLY ZAHND de la Fédération suisse des consommateurs, les professeurs HERBERT SCHÖNLE et LOUIS DALLÈVES de l'Université de Genève, Madame ANNE-CATHERINE IMHOFF, chargée de cours à la Hochschule de St. Gall, ainsi que mon épouse. Il va sans dire que je porte seul la responsabilité d'éventuelles erreurs ou omissions. En outre, n'étant pas de langue maternelle française, je prie les lecteurs de ce rapport de bien vouloir excuser certaines lourdeurs ou fautes de style.

Introduction

Ce rapport sur le «contrat de voyage» est placé, je le souligne d'emblée, dans la perspective d'une meilleure protection du voyageur sans que pour autant les intérêts légitimes des agences et/ou organisateurs de voyages ne soient négligés. Le voyageur, consommateur d'une prestation de service, se trouve face à un professionnel-spécialiste auquel il accorde sa confiance. Il s'agit donc d'examiner si les attentes légitimes du voyageur peuvent être satisfaites de lege lata et, si tel ne devait pas être le cas, quels pourraient ou devraient être les remèdes que le législateur serait appelé à prescrire.

Une intervention du législateur serait concevable tant au niveau du droit public (système de licence et de surveillance) que du droit privé (complément au CO ou législation spéciale). TERCIER, dans son avis de droit, propose une combinaison de mesures de droit public⁴ et de droit privé⁵. Il souligne avec raison la possible complémentarité des moyens que pourrait adopter le législateur⁶ (un régime de licence et de surveillance, par exemple avec un contrôle ou un droit de regard sur les conditions de voyage) rendrait une modification du CO moins urgente ou n'exigerait que quelques retouches ponctuelles. A l'inverse, la renonciation à toute mesure de droit public ne permettrait une protection efficace du voyageur que par le biais de dispositions du droit privé. Il y a donc, sans conteste, des mesures législatives qui, tout en étant différentes, peuvent être fonctionnellement équivalentes ou être combinées. Ceci n'est pas surprenant: Comme le contrat de voyage est un contrat de consommation, nous trouvons la même fonctionnalité des normes juridiques comme dans d'autres domaines du droit destiné à protéger le consommateur.

⁴ TERCIER, p. 10 ss., en particulier thèses 1 à 8, p. 199 s., cf. aussi SPRECHER, pour la FSAV, p. 13 ss.

⁵ TERCIER, p. 96 ss., en particulier thèses 9 à 28.

⁶ TERCIER, p. 198.

En exigeant du professionnel du tourisme la preuve de sa compétence et d'un minimum d'assise financière⁷, le droit public est susceptible de fournir, par des mesures préventives, une certaine protection du voyageur. Il n'empêche que même un système satisfaisant de licence combiné avec une surveillance administrative des agences de voyages (qui n'existe pas encore) ne garantit pas et ne peut pas garantir l'absence, lors du déroulement d'un voyage, de bavures ou de fautes de l'agence de voyages elle-même et/ou de ses prestataires de services, surtout si ces derniers se trouvent à l'étranger. Pour cette raison, et aussi pour respecter le thème imposé, ce rapport se situe au niveau du droit privé.

Le contrat de voyage est une dénomination qui, en l'absence de toute réglementation légale spécifique, recouvre des réalités différentes qui vont du simple renseignement donné au voyageur en passant par la réservation d'un billet d'avion ou d'un hôtel à la mise à disposition d'un voyage organisé. Seules semblent faire problème ces dernières prestations: la «vente» d'un ensemble de prestations préorganisées par l'agence de voyage contre un prix global, le «voyage à forfait». Ce contrat d'organisation de voyage fera donc l'objet principal de notre analyse.

La perspective de protection du voyageur/consommateur, choisie ici, exclut en principe également l'examen des rapports importants certes, mais d'incidence indirecte pour le voyageur, entre les agences de voyages et les personnes/entreprises qui fournissent les prestations aux voyageurs (prestataires de services). Il n'en sera question que lorsqu'ils influent sur la relation contractuelle entre le voyageur et son agence de voyages.

Le «voyage à forfait» est «vendu» à la suite d'une publicité intensive et sur la base de conditions générales de voyage. Des problèmes de concurrence déloyale et de clauses contractuelles abusives peuvent donc se poser. Dans la mesure où ils seront spécifiques au contrat de voyage ils seront analysés. Cependant, la plupart de ces problèmes sont communs à tous les contrats de consommation. Un examen détaillé dépassera le cadre de ce rapport. Je ne pourrai que les identifier à propos du contrat de voyage mais dois renvoyer à la revision de la LCD en cours⁸, qui

⁷ TERCIER, p. 198, surtout thèse 6.

⁸ Projet de Loi fédérale contre la concurrence déloyale, et Message du Conseil fédéral 18. 5. 1983 (FF 1983 II 1037).

traite à la fois de la publicité et des conditions générales⁹. Le thème ainsi délimité sera traité dans les trois chapitres suivants:

1. les faits;
2. la situation légale actuelle;
3. les améliorations nécessaires¹⁰.

⁹ Surtout art. 8 du projet LCD combiné avec l'art. 10, qui confère la qualité pour agir aux organisations professionnelles et économiques ainsi qu'aux organisations de consommateurs. Cf. BERND STAUDER, *Die AGB-Verbandsklage nach dem UWG-Entwurf*, in: *Défense des consommateurs: Quel progrès?*, Berne 1985, p. 73 ss.

¹⁰ Le chapitre initialement prévu sur le droit comparé et sur les propositions internationales en matière de contrat de voyage a dû être supprimé, à notre grand regret, vu les instructions strictes de la Société suisse des juristes quant au nombre maximum de pages imposé pour ce rapport.

Néanmoins quelques références en complément à celles de TERCIER, p. 31 ss: pour la Belgique: elle est le seul pays européen à avoir ratifié la CCV (cf. Loi d'approbation du 30. 3. 1973); pour plus de détails voir: *Droit et pratique du tourisme international*, Revue trimestrielle de droit belge 1978, p. 1 ss., en particulier p. 95 ss.; pour la France: Arrêté du 14. 6. 1982 sur les Conditions générales de vente régissant les rapports entre les agences de voyages et leur clientèle (JO 1982, 9693); pour l'Allemagne: cf. les art. 651 a à 651 k BGB, introduits par la loi du 4. 5. 1979 sur le «Reisevertrag», concernant en fait uniquement, malgré le titre, le contrat d'organisation de voyage; voir les commentaires du BGB qui renvoient à la littérature spécialisée et à une jurisprudence abondante. Cf. aussi la présentation succincte de UWE BLAUROCK, *Die Rechte des Reisenden beim Reisevertrag*, in: *Tourismus und Recht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, t. 104, Frankfurt 1980, p. 1 ss.

La «Convention internationale relative au contrat de voyage» (CCV) du 23. 4. 1970 n'a pas été ratifiée par la Suisse. Elle n'est pas encore entrée en vigueur. Texte du projet in *RabelsZ* 1968, p. 741 ss., avec commentaire de OTTO RIESE, *Der Entwurf eines internationalen Abkommens über den Reisevertrag und die Haftung des Reisebüros*, *RabelsZ* 1968, p. 651 ss.; Texte de la CCV in: *Moniteur belge* 1975, p. 479 ss.; cf. EBERHARD REBMANN, *International einheitliche Regelung des Rechtes des Reisevertrags*, *DB* 1971, p. 1949 ss.

OCDE, *Protection des consommateurs dans le domaine des voyages à forfait aériens*, Rapport du Comité de la Politique à l'égard des Consommateurs, Paris 1980; ECLG, *Voyages organisés*, Rapport 1979, in: *Collection droit et consommation*, Louvain-la-Neuve 1984, p. 149 ss.; ECLG, *Législation type en matière de voyages organisés*, 1981, *BEUC Actualités juridiques* 3/1981, p. 13 ss.; CONSEIL DE L'EUROPE, *Projet de recommandation no R (85) sur les prestations fournies au consommateur par les agences et les organisateurs de voyages*, 10/1984; COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Zweiter Entwurf für Artikel über Pauschalreisen*, pas encore publié officiellement, XI/91/85-DE, 1985; PATRICK DEBOYSER, *La protection des voyageurs dans la CE*, *BEUC, Actualités juridiques* 4/1983, p. 2 ss.; pour les aspects de droit comparé et de droit international public, cf. aussi MICHAEL BOGDAN, *Travel Agency in Comparative and Private International Law*, Lund 1976.

J'ai renoncé, contrairement au professeur TERCIER, à formuler des textes législatifs à insérer dans le CO¹¹. Je me contente de présenter des thèses dont la transformation éventuelle en articles de loi incombera au législateur, qui seul aura à décider, politiquement, de la nécessité et de l'étendue de la protection du voyageur/consommateur.

¹¹ TERCIER, thèses 13, 19, 23, 25.

A. Les faits

Tout le monde s'accorde pour dire que le tourisme est devenu une industrie. Ceci est particulièrement vrai pour le voyage organisé qui s'est considérablement développé lors de la période d'expansion économique des 20 dernières années, et qui n'a pas – semble-t-il – perdu de son attrait ces dernières années malgré un certain ralentissement économique.

Pourtant, en Suisse, des données statistiques, sociologiques, économiques concernant le contrat de voyage organisé sont rares¹². La situation de fait est encore mal connue. De plus, les quelques arrêts de jurisprudence publiés ne permettent pas de mieux connaître la situation du voyageur et ses besoins éventuels de protection^{13, 13 bis}.

Cette absence de données de fait vient d'être comblée, du moins partiellement, d'une part par l'enquête menée par TERCIER en collaboration avec l'Office fédéral du tourisme, afin d'avoir une base solide pour les propositions de *lege ferenda* formulées dans son avis de droit, et d'autre part, par celle faite par le professeur SCHMIDHAUSER de l'Institut de tourisme et d'économie des transports de l'Ecole des Hautes Etudes Economiques et Sociales de Saint-Gall, intitulée «Reisemarkt Schweiz 1984/85», et remise à l'Office fédéral du tourisme en 1985¹⁴.

¹² TERCIER, p. 5 ss.

¹³ Cour de Justice Genève SJ 1982, p. 577; Obergericht Zürich RSJ 1981, p. 79; ZR 1984, p. 33; Bezirksgericht Zürich RSJ 1982, p. 341; Kantonsgerichtspräsident ZOUG, 11. Mai 1976, Rechenschaftsbericht des Obergerichtes für die Jahre 1975 und 1976, 66; cf. aussi les références à des arrêts non publiés par FRANK, RSJ 1981, p. 143.

^{13bis} Cf. maintenant ATF 111 II 270 (concernant la distinction entre le contrat d'intermédiaire de voyages et le contrat d'organisation de voyages).

¹⁴ Rapport pas (encore?) publié. Les données doivent être appréciées avec prudence. Elles ne tiennent pas toujours compte des distinctions juridiques telles que le contrat d'intermédiaire et d'organisation de voyages. Pour le surplus, vu cette incertitude, les autres données ne permettent guère de

Le présent rapport reprend ces données. Il ne nous a pas été possible, matériellement, de refaire une enquête avec une fiabilité scientifique, mais seulement de compléter les faits publiés par des entretiens personnels, surtout avec la FSAV et les organisations des consommateurs, et par la consultation de certains de leurs dossiers. C'est sur cette base, et après analyse des conditions générales de voyage, dernière version (automne 1985), que la situation de fait sera présentée.

I. Importance économique et sociale du voyage organisé ¹⁵

1. Quant à l'importance *économique* du voyage organisé, le rapport SCHMIDHAUSER 1985 qui complète celui de 1975, fournit de précieuses indications. Il en résulte les données essentielles suivantes ¹⁶:

Les prestations (au sens large: du simple renseignement au voyage organisé) d'une agence de voyage n'ont été sollicitées que par 25 % des Suisses ayant fait un voyage de 4 jours ou plus. Toutefois, selon le rapport, cela représente 2 240 000 voyages, avant tout des voyages organisés à l'étranger (39,6 % des voyageurs ont eu recours à l'agence à titre onéreux, alors que les prestations gratuites – prospectus, renseignements – représentent plus de 50 %). Plus de 71 % des personnes qui ont fait l'expérience d'un voyage organisé déclarent vouloir certainement (42,2 %) ou probablement (28,9 %) «acheter» un nouveau voyage. Même si ces chiffres démontrent que les Suisses, dans leur majorité, peuvent se passer d'une agence pour organiser eux-mêmes les voyages – surtout les voyages à l'intérieur du pays – il en découle tout de même que plusieurs centaines de milliers parmi eux «confient leurs vacances» à un organisateur professionnel, surtout si la destination du voyage se situe à l'étranger. A l'analyse de ces chiffres, on constate que les «voyageurs à forfait», tout en étant une minorité, ne constituent pas une «quantité négligeable». Pour le surplus, selon les indications reçues, la tendance est à la hausse, tant du point de vue du nombre des personnes qui s'inscrivent pour un voyage à forfait

percevoir le degré d'insatisfaction de façon suffisamment claire. Malgré ces «imperfections», ce rapport donne des renseignements précieux. Surtout, il n'y en a pas d'autres.

¹⁵ Cf. TERCIER, p. 11 ss.

¹⁶ H. P. SCHMIDHAUSER, Reisemarkt Schweiz 1984/85, Zusätzliche Auswertung für das BIGA, Dienst für Tourismus, Berne. St. Gall, été 1985.

que de celui du prix, les destinations extra-européennes étant toujours plus prisées.

2. Du point de vue *social*, aucune étude n'existe sur le voyage organisé¹⁷. Les observations suivantes peuvent néanmoins être faites.

Les voyages organisés s'adressent à tous ceux qui ne peuvent ou ne veulent organiser ces voyages eux-mêmes et préfèrent pour ces raisons se fier à un professionnel. Ces voyageurs se recrutent, si l'on fait abstraction des déplacements professionnels, de toutes les couches de la population. L'augmentation aussi bien du niveau de vie que de la durée des vacances a contribué à cette généralisation du déplacement en vacances. De ce fait, le voyageur qui «achète» un voyage est devenu un consommateur.

Voyage revient généralement à vacances, à changement d'environnement, repos, amusement, divertissement. Or, ces vacances sont habituellement le fruit d'une épargne préalable sur le salaire (le voyage à crédit n'est pas encore généralisé) dont le pourcentage, sans être connu avec exactitude, est probablement important. Elles sont planifiées d'avance, en partie sur la base des congés que l'employeur accorde et en fonction des vacances scolaires. Elles représentent, surtout pour une famille, une période très importante de la vie annuelle. Le consommateur croit que, après son «inscription», conformément à son attente, le voyage se déroulera normalement.

II. Les conditions générales de voyage

1. La presque totalité des voyages organisés est, selon la volonté des agences de voyages, soumise à des conditions générales de contrats, destinées à remplacer le droit dispositif applicable.

La FSAV a certes émis des «Décisions et recommandations»¹⁸ qui, dans la partie A, régissent les «Conditions générales». Cependant, cet organisme faïtier de la branche du tourisme distingue les clauses obligatoires pour les membres de la branche et celles qui ne sont que de simples recommandations sans portée juridique. Pour le surplus, la FSAV ne regroupe qu'une

¹⁷ Voir cependant les remarques importantes de TERCIER, p. 11 ss.

¹⁸ Non publiées. Elles peuvent être obtenues auprès de la FSAV.

partie des agences de voyages (du point de vue du chiffre d'affaires la majorité, il est vrai), de sorte que ces «Décisions et recommandations» n'ont qu'un impact très relatif sur la pratique contractuelle.

Il en résulte une diversité des conditions générales de voyage, tant du point de vue de la forme que du fond, qui rend toute analyse difficile. Néanmoins, les CG ont ceci en commun qu'elles tendent à une prise en considération unilatérale des intérêts des organisateurs de voyages, à des degrés différents.

2. Les CG de voyage déterminent aujourd'hui encore la réalité contractuelle entre le voyageur et l'organisateur de voyages¹⁹. Pour bien la saisir, il convient de citer les clauses les plus représentatives à cet égard:

a. Au niveau de la conclusion du contrat

Les CG parlent d'inscription et de confirmation du voyage. Régulièrement un acompte est demandé soit lors de l'inscription (cela semble être la règle), soit au moment de la confirmation.

La formule de l'inscription écrite est la plus répandue bien que des «commandes» téléphoniques de voyages soient connues de la pratique et y jouent un certain rôle. Si des formules écrites sont utilisées, elles renvoient à des CG qui soit sont imprimées au verso, soit sont contenues dans le catalogue afin d'assurer leur intégration dans le contrat de voyage.

b. Au niveau des obligations de l'organisateur de voyages

Ces CG peuvent être classées en trois catégories:

(1) L'agence organisatrice de voyages se déclare ouvertement «intermédiaire» entre le client et les prestataires de services (compagnies de transport, hôteliers etc.) et ne veut pas répondre des fautes de ces prestataires de services.

(2) Elle déclare, de façon indirecte, la même chose. En effet, après une affirmation positive qu'elle fera tout pour que le voyage se déroule selon les descriptions du catalogue suit une

¹⁹ Nous renonçons ici à donner les noms des organisateurs de voyages et à citer les termes des clauses des CG puisque l'échantillon des CG que nous avons choisi semble représentatif. En outre, comme les CG de voyage changent souvent, la citation des articles qui y sont contenus sera remplacée par une appréciation plus générale.

clause aux termes de laquelle elle «ne répond pas d'un manquement du prestataire de services».

(3) Elle assume, en principe, ses responsabilités d'organisatrice de voyages – écarte donc la clause d'intermédiaire – mais fixe des limites à cette responsabilité, par exemple en s'exonérant pour tout dommage corporel dû à une faute du transporteur ou pour tout dommage patrimonial, survenu durant le voyage. Pour le surplus, dans toutes les hypothèses où l'agence répondrait selon ses CG, le fardeau de la preuve est mis à la charge du voyageur.

Dans aucun document de CG, l'organisateur de voyages n'assume pleinement toutes ses responsabilités. Quelle que soit la formulation – clause d'intermédiaire ou clause d'exonération de responsabilité – il tente d'exclure ou de limiter sa responsabilité pour les faits de ses prestataires de services.

c. Au niveau de la modification du prix

Le prix d'un voyage à forfait est global. Les différents éléments de ce prix (transport, hôtel, etc.) ne sont pas révélés. Les CG permettent toujours à l'organisateur du voyage de majorer (jamais de diminuer!) le prix, soit de façon générale (donc arbitraire) soit pour des faits précis («augmentation ultérieure des prix de la part des entreprises de transport, taxes ou droits étatiques»). Mais même dans cette deuxième hypothèse, les raisons de la hausse de prix ne sont données qu'à titre d'exemple. Les prix peuvent être augmentés «pour des raisons spéciales». Il est vrai toutefois que certaines agences de voyages accordent au voyageur un droit de résolution si les augmentations de prix dépassent un certain pourcentage du prix total du voyage.

d. Au niveau des réclamations du voyageur

Généralement, l'organisateur de voyages, soit par la clause d'intermédiaire, soit par une clause spéciale, veut se mettre à l'abri d'une réclamation du voyageur. Ou encore, s'il admet abstraitement sa responsabilité, il pose des conditions de réclamation très strictes (réclamation auprès du guide de voyage ou du représentant local, réclamation après retour dans des délais très brefs). En général, les conditions générales ne distinguent pas entre inexécution, exécution tardive et mauvaise exécution du contrat de voyage à forfait.

e. En cas de résolution du contrat de voyage, il faut distinguer selon que c'est le voyageur ou l'organisateur qui s'en prévaut.

(1) Les CG prévoient, en général, un droit de l'organisateur de résoudre le contrat

- pour cause de force majeure,
- pour cause de non-participation suffisante,
- par une clause générale, qui donne à l'organisateur toute possibilité d'organiser le voyage ou non.

(2) Dans les CG, une distinction est normalement, mais pas toujours faite selon que le voyageur renonce au voyage avant ou au cours de celui-ci.

Avant le voyage, en règle générale, le voyageur peut se «départir» du voyage moyennant paiement d'une certaine somme qui peut varier d'une indemnité pour frais de dossiers assez modeste jusqu'à 100 % du prix du voyage en passant par des sommes forfaitaires à payer en fonction de la date de la résolution du contrat.

Dans la pratique, mais pas selon les CG, les organisateurs de voyages semblent accepter un remplaçant du voyageur empêché de participer. Dans ce cas, la pratique, de nouveau, varie: soit il est demandé au voyageur les frais administratifs du changement du voyageur, soit cette situation est considérée comme «annulation», donc résolution, c. à. d. les frais inhérents sont à payer par le voyageur qui se retire et ceux d'une nouvelle inscription par le remplaçant.

(3) Pour le cas où pendant le déroulement du voyage des «défaillances» imprévues apparaissent, les CG sont presque toujours muettes sur les droits du voyageur. Peut-il chercher une solution de remplacement, peut-il rentrer en Suisse (quitte à se faire rembourser)?

f. Les organisateurs de voyages stipulent dans leurs CG

- l'application du droit suisse
 - généralement le for de leur siège,
- et ceci même si la clause d'intermédiaire figurant dans leur CG et déclarant que le voyageur n'a de prétentions qu'à l'égard des prestataires de service, devrait, le plus souvent, renvoyer, selon les règles du droit international privé, au droit du pays étranger où la prestation caractéristique a été fournie.

III. Les intérêts en cause

Le contrat de voyage à forfait est conclu entre l'agence organisatrice de voyages et le voyageur. Il s'agit donc, juridiquement, d'un contrat bilatéral. Cependant, comme le voyage est préorganisé par l'agence et offert aux voyageurs, en principe sans modifications sur la base des CG de voyage auxquelles ils doivent se soumettre, le contrat de voyage présente aussi une dimension «supra-individuelle». Cette constatation permet de mieux cerner les intérêts des deux parties en cause.

1. *L'agence organisatrice de voyages*, avant de proposer un voyage aux clients, l'a conçu et a combiné diverses prestations en un tout, donc «fabriqué» le voyage, en tant que produit standardisé. A cette fin, elle a conclu un certain nombre de contrats avec les prestataires effectifs (transporteurs, hôteliers etc.) et a dû préfinancer, au moins en partie, ces prestations futures.

Ses intérêts, économiques surtout, se lisent à travers les CG de voyage. Ils se concentrent avant tout dans les deux domaines du prix et de la responsabilité.

A cause de ce préfinancement surtout, les CG prévoient régulièrement un acompte à verser par le voyageur au moment de l'inscription ou de la confirmation du voyage et le paiement intégral du solde avant le début de ce voyage. Les clauses strictes sur le dédommagement forfaitaire en cas d'annulation du voyage sont justifiées essentiellement par les mêmes raisons. Enfin, comme les voyages sont organisés au moins plusieurs mois à l'avance, l'agence de voyages désire se mettre à l'abri de hausses ultérieures de prix imposées par ses prestataires de services en prévoyant dans les CG la possibilité de les répercuter sur ses clients.

Comme, en règle générale, l'agence, pour exécuter ses obligations contractuelles, a recours à des tiers qui, souvent, sont des entreprises étrangères, elle a tendance à limiter sa responsabilité. Les techniques sont diverses et ont été décrites lors de la présentation des CG: clause d'intermédiaire, clause expresse de limitation de responsabilité, conditions strictes en cas de réclamation. Si une responsabilité devait néanmoins être engagée, le risque financier devrait être calculable. Ainsi, souvent les prétentions du voyageur en dommages-intérêts sont limitées à un maximum, par exemple au prix du voyage, indépendamment du montant du dommage effectivement subi par le voyageur.

2. Les intérêts du *voyageur* peuvent être résumés par les trois mots: prix, qualité, dédommagement.

Quant au prix, c'est d'abord sa transparence qui fréquemment fait défaut. D'une part les différentes entreprises de voyages offrent le même «produit» par des descriptions différentes de sorte que la comparaison des prix devient une quasi-impossibilité. D'autre part, pour les prestations d'une même agence, le prix de base, les suppléments à payer, les éventuelles réductions accordées sont présentés de manière peu claire. Ensuite, le voyageur s'attend à ce que le prix une fois fixé lors de l'inscription ou de la confirmation du voyage ne soit plus augmenté. Or, de telles clauses d'augmentation de prix sont habituelles.

Le voyageur qui consacre une part importante de son budget annuel à un voyage organisé tient à ce que d'une part celui-ci corresponde à la description qui en a été faite dans les catalogues et oralement, et d'autre part, que des éléments importants d'appréciation ne lui soient pas cachés. Si contre toute attente le voyage ne se déroule pas comme promis, le voyageur a un intérêt à être dédommagé rapidement et entièrement, soit à l'amiable, soit par un recours facile et peu coûteux en justice.

IV. Insatisfaction et réclamation

Le taux d'insatisfaction ou de satisfaction des voyageurs est peu connu. La FSAV qui traite leurs réclamations admet que le nombre relativement petit de réclamations reçues n'a pas une signification statistiquement valable. Bien des plaintes sont objectivement non justifiées, d'autres, justifiées, n'ont pas été adressées à cette organisation. De même, il n'existe aucune statistique sur l'importance numérique et les raisons des réclamations adressées directement à l'agence de voyages par le voyageur et sur le résultat qu'il a pu obtenir. Le nombre insignifiant d'arrêts de tribunaux indique en tout cas que les différends ne sont que très rarement tranchés par la voie judiciaire. Cependant, dans certains cas, l'intervention des organisations de consommateurs a permis d'obtenir un certain «dédommagement à l'amiable»²⁰.

²⁰ Cette affirmation repose sur l'étude de dossiers des organisations de consommateurs. Elle ne trouve pas de confirmation dans le rapport SCHMID-HAUSER (note 16), p. 15.

Le rapport SCHMIDHAUSER²¹ de 1985 contient quelques éléments qui permettent, au moins partiellement, de mieux connaître la situation. Selon cette étude, en 1984 environ 312 000 personnes provenant de 107 000 ménages ont estimé qu'elles ont été lésées lors des vacances. Environ 80 % des personnes interrogées ont formulé des réclamations oralement ou par écrit. Néanmoins, ces chiffres sont à utiliser avec prudence car ils concernent tous les types de voyages. Les voyages organisés n'y représentent que 23 % contre 18 % en 1974. 8,6 % des voyageurs à forfait se sont sentis lésés. Lorsque des réclamations ont été présentées, c'est auprès de l'agence de voyages qui a «vendu» le voyage (26,4 %), auprès de l'organisateur de voyages (27,4 %), auprès de l'hôtelier (20,3 %), auprès d'une compagnie de transport (5,1 %), auprès d'une organisation de consommateurs (0 %!) et auprès de la police (26,7 %). Il en ressort que plus de la moitié des réclamations vise les professionnels du voyage organisé et environ $\frac{1}{4}$ les prestataires de service. 19,5 % des voyageurs se sont plaints de la différence existant entre l'offre décrite dans les prospectus ou catalogues et la prestation effectivement fournie, 11,4 % de réservations fausses ou incomplètes des agences de voyages.

Les réclamations faites sur la place du séjour ont été réglées dans 41 % des cas contre 17,3 % en 1974. 7,9 % ont pu être résolues par l'agence de voyages ou ont dû l'être par un tribunal. Selon l'étude, dans 37,8 % des cas, les réclamations n'ont servi à rien. Ce chiffre doit cependant être nuancé car il concerne aussi des vols non éclaircis. Parmi les voyageurs qui se sont sentis lésés, 71,6 % n'ont pas demandé un dédommagement. Moins de 20 % se sont adressés avec leurs prétentions à l'agence de voyages. Seul dans 1 cas sur 100, les tribunaux ont été saisis. Toutefois, presque les $\frac{2}{3}$ de ces prétentions avaient pour cause un vol et non une mauvaise prestation de l'agence de voyages. La moyenne des prétentions d'un voyageur se serait chiffrée à 346 frs, pour un total de 8,5 millions de frs de dommages estimés.

Seulement 37,5 % des ménages qui ont subi un dommage ont obtenu entière ou partielle satisfaction. Dans la mesure où la prétention visait au paiement de dommages-intérêts les chiffres changent: 67 % ont été dédommagés entièrement et 19 % partiellement. Dans aucun cas, selon cette étude, un avocat ou une organisation de consommateurs n'a été mis à contribution par

²¹ SCHMIDHAUSER (note 16).

le voyageur. Sur ce dernier point, l'étude des dossiers montre le contraire.

Ces chiffres, bien que précieux, doivent être utilisés avec une certaine précaution. Le sérieux scientifique de l'étude n'est pas en cause mais plutôt le fait que les différents types de voyages n'ont pas toujours été séparés lors du sondage. Dès lors, la situation de fait concernant le seul contrat d'organisation de voyage n'est que partiellement connue.

V. La nécessité d'une protection du voyageur

Au vu de ce qui précède, un certain besoin de protection du voyageur se dégage dans les domaines suivants:

- meilleure transparence des prix et des autres conditions de voyage;
- conditions générales de voyage équilibrées;
- liquidation extrajudiciaire facilitée des réclamations et/ou accès plus facile à la justice.

A ce stade du rapport, il faut se contenter de ces constatations toutes générales. Seule l'analyse détaillée du droit positif permettra de dire si des propositions de politique juridique doivent être formulées.

B. La situation légale actuelle

I. Remarques générales

Le droit suisse n'a pas de législation régissant spécifiquement le contrat de voyage. En droit privé, ce sont donc les règles du CO qui sont applicables. En outre, les agences de voyages ne sont soumises à aucune autorisation préalable ni à aucune surveillance administrative particulière, que ce soit au niveau fédéral ou au niveau cantonal. L'Ordonnance sur l'indication des prix donne certes au Conseil fédéral la compétence de la déclarer applicable aux prestations de services qu'offrent les agences de voyages (art. 20 a al. 1 phr. 2 LCD). Mais il n'a pas fait usage de cette compétence.

Certes, il existe la vieille loi fédérale du 22 mars 1888 concernant les opérations des agences d'émigration²². Elle prévoit un système de licence et de surveillance d'une part et des dispositions de droit matériel d'autre part afin de protéger des personnes contre les risques d'un voyage, avant tout par bateau, et essentiellement vers des pays d'outre mer, entrepris afin d'y émigrer. Cette loi, toujours en vigueur, ne trouve quasiment plus d'application, les conditions strictes qu'elle pose à cette fin n'étant aujourd'hui plus guère réunies. Il n'en sera plus traité par la suite²³.

En outre, la Suisse n'a pas adhéré à la Convention internationale relative au contrat de voyage (CCV) du 23 avril 1970.

Enfin, il n'existe guère de règles déontologiques de la branche elle-même. Certes, la FSAV a publié des «Décisions et recommandations» qui traitent des conditions générales, de la publicité et de la revente et vente pour le compte de tiers. Les décisions ont un caractère obligatoire pour les membres de l'association; les recommandations sont, en revanche, non contraignantes.

²² LOAE. Cf., en détail, l'analyse de TERCIER, p. 50 ss.

²³ TERCIER, p. 84 et thèse 3, p. 199, propose, avec raison, d'abroger cette loi.

En outre, le secrétaire général de la FSAV est habilité à recevoir des réclamations de voyageurs et tente de les résoudre. Il n'a cependant aucun pouvoir de décision. Il faut aussi souligner que toutes les agences de voyages ne sont pas regroupées dans cette organisation professionnelle. Hormis de nombreuses petites et moyennes agences, au moins une très importante n'en fait pas partie.

De lege lata, le contrat de voyage doit alors être apprécié et analysé à la seule lumière du droit commun.

II. La terminologie

Conformément à la terminologie aujourd'hui presque uniformément utilisée en Suisse comme à l'étranger, il convient tout d'abord de distinguer le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, les deux étant désignés ensemble par le terme de contrat de voyage²⁴.

Par contrat d'organisation de voyages, on entend habituellement «tout contrat par lequel une personne s'engage, en son nom, à procurer à une autre, moyennant un prix global, un ensemble de prestations combinées de transport, de séjour distinctes du transport ou d'autres services qui s'y rapportent»²⁵.

Le contrat d'intermédiaire est un contrat «par lequel une personne s'engage à procurer à une autre, moyennant un prix, soit un contrat d'organisation de voyage soit une ou des prestations isolées permettant d'accomplir un voyage ou un séjour quelconque»²⁶.

L'activité d'une agence de voyages peut donc être différente. Dans la première hypothèse, elle propose au client un produit fini, conçu préalablement et contenant des prestations diverses fondues en un tout, contre un prix global. Dans la seconde hypothèse, l'initiative vient du voyageur qui demande à l'agence de voyages de mettre son expérience à son service pour lui procurer une seule prestation qui peut être aussi bien un service isolé (commande de billets d'avion) que le voyage à forfait d'un organisateur de voyages.

²⁴ Le droit allemand, en parlant de «Reisevertrag» (§ 651 a BGB) ne traite cependant que le contrat d'organisation de voyage.

²⁵ Art.1 ch.2 CCV; dans le même sens § 651 a BGB; WISWALD, p.55; SCHMUCKI, p.73; FRANK, RSJ 1981, p.144; TERCIER, p.97 s.

²⁶ Art.1 ch.3 CCV; SCHMUCKI, p.36ss.; SCHLUEP/BAUDENBACHER, p.921; TERCIER, p.100.

Nous appellerons organisateur de voyages celui qui propose à sa clientèle de conclure un voyage organisé en son propre nom. Le terme agence de voyages restera en principe réservé à des personnes ou entreprises qui ne sont qu'intermédiaires entre les clients et les personnes qui effectivement fournissent la prestation. Celles-ci sont les prestataires de services. Le voyageur est une personne physique ou morale qui recourt pour elle-même ou pour un tiers aux services d'un organisateur ou d'une agence de voyages.

III. Le contrat d'intermédiaire de voyages²⁷

L'agence de voyages agit comme simple intermédiaire entre le voyageur et le prestataire de services (transporteur, hôtelier ou autre). Elle ne promet pas cette prestation et ne la fournit pas elle-même. L'initiative pour la conclusion du contrat vient du voyageur. Il demande, faute de connaissances et/ou de contacts avec les prestataires, que l'agence, sur la base des conseils qu'elle lui donnera, s'entremette entre lui et le prestataire de sorte qu'un lien contractuel naisse entre eux.

1. La nature juridique du contrat d'intermédiaire de voyages

Comme aucun résultat n'est promis par l'agence (qu'elle ne pourra d'ailleurs souvent même pas garantir, comme p. ex. la commande d'un billet d'avion auprès d'une compagnie d'aviation), elle ne s'engage qu'à rendre des services. D'une manière générale, son obligation se limite à agir avec soin, diligence et fidélité, p. ex. à réserver au nom du client l'hôtel désiré ou un hôtel de la catégorie souhaitée par lui. Nous pouvons donc affirmer avec la doctrine, que le contrat d'intermédiaire de voyages se qualifie de mandat au sens des art. 394 ss. CO²⁸.

Ce mandat est doublé, en principe, d'un pouvoir de représentation donné par le voyageur à l'agence afin qu'elle négocie et conclue le contrat demandé avec un prestataire déterminé ou désigné de façon plus générale. Le contrat principal sera du point de vue juridique conclu entre le voyageur et le prestataire lui-même²⁹.

²⁷ METZ, p. 145 ss.; DALLÈVES (1), p. 2 s.

²⁸ SCHMUCKI, p. 43; DALLÈVES (1), p. 2 s.; SPRECHER, p. 4; FRANK, RSJ 1981, p. 145; TERCIER, p. 113 s.

²⁹ DALLÈVES (1), p. 2.

Des clauses dite d'intermédiaire confirment cette analyse. Les CG contiennent régulièrement pour ce type d'activité de l'agence une clause qui rappelle le caractère spécifique et/ou limité de l'activité de l'agence. Cependant, parfois cette clause et ou la publicité de l'agence ne sont pas parfaitement claires sur ce point, surtout si l'agence agit aussi en qualité d'organisatrice de voyages. Si le voyageur, selon le principe de la confiance, devait en déduire que l'agence promet une prestation propre, c'est avec elle – et non pas avec le prestataire – que le contrat principal sera conclu. Dès lors, elle sera responsable de l'exécution de ce contrat.

2. La conclusion et la forme du contrat d'intermédiaire de voyages

Il faut distinguer le contrat du voyageur avec l'agence de celui qu'il entend conclure avec le prestataire de services.

Le contrat d'intermédiaire de voyages est conclu selon les règles générales du CO. Aucune particularité n'est à signaler. En tant que mandat ce contrat n'est soumis à aucune exigence légale de forme. Il est cependant loisible aux parties de convenir de la forme écrite (art. 16 CO) ce qui est plutôt rare dans la pratique pour la réservation d'un billet d'avion ou d'une chambre d'hôtel.

Il en va en principe de même pour le contrat que l'agence conclut avec le prestataire en représentation du voyageur. Si ce prestataire exige le respect de la forme écrite, le contrat principal doit aussi la revêtir. Tel est le cas lorsque l'agence s'entremet pour la conclusion d'un contrat d'organisation de voyage qui est souvent soumis à la forme écrite.

*3. Les obligations des parties*³⁰

a. Les obligations de l'agence

Les parties assument des obligations principales et accessoires. Sans vouloir être complet, on peut dire ceci:

aa. Les obligations principales

L'agence doit rendre les services qu'elle a promis dans le contrat, à savoir agir en tant qu'intermédiaire avec pouvoir de représentation pour que le contrat principal portant sur une

³⁰ SCHMUCKI, p. 41 s., en particulier p. 52 ss.

prestation de service soit conclu avec un prestataire. Deux hypothèses peuvent être distinguées. Dans la première, le client donne des instructions précises, p. ex. de ne vouloir voler qu'avec une compagnie déterminée. L'agence doit alors prendre contact avec celle-ci pour faire la réservation demandée. Dans la seconde, les instructions sont plus générales, p. ex. un hôtel au centre de la ville, ou encore plus vagues, p. ex. un hôtel de bonne qualité dans une station touristique. L'agence est alors tenue d'agir, dans le cadre de ces instructions, avec diligence, et de choisir l'entreprise prestataire conformément aux instructions exprimées ou reconnaissables pour elle. Ainsi, elle ne saurait faire une réservation d'hôtel qui ne correspondrait pas à ces critères uniquement parce qu'elle n'est pas elle-même en relation d'affaires avec un hôtel du standard souhaité.

Dans le cadre de la deuxième hypothèse, le voyageur attend souvent conseil et information avant de préciser ses instructions. A plus forte raison requiert-il ces services lorsque l'agence s'entremet pour la conclusion d'un contrat d'organisation de voyage, vu la diversité et l'absence de transparence de l'offre. Dès lors, on peut se poser la question de savoir si cette activité de conseil et d'information ne doit pas être qualifiée d'obligation principale et non seulement accessoire. A notre avis, une réponse nuancée s'impose. Pour un voyageur expérimenté, cette information n'est souvent pas nécessaire. Seuls des événements ou faits inconnus normalement de tels voyageurs (fermeture d'aéroports) doivent être signalés. On se trouve donc en présence d'un cas typique d'obligation accessoire. Il en va différemment d'un consommateur/touriste qui manifestement n'a pas les connaissances nécessaires. L'agence est dans ce cas tenue, à titre d'obligation principale, non seulement d'agir en tant qu'intermédiaire lors de la conclusion du contrat, p. ex. d'organisation de voyage, mais aussi d'assumer, à titre principal également, les obligations de conseil et d'information.

bb. Les obligations accessoires

L'obligation principale d'une bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO) implique des obligations accessoires partiellement réglées par la loi, en partie dégagées du principe de la bonne foi.

Tout d'abord, l'agence est tenue d'informer le voyageur de tous les faits connus d'elle mais ignorés par le voyageur qui sont susceptibles d'influencer sa décision et/ou de compromettre le bon déroulement du voyage, comme p. ex. des formalités de

passport, de vaccination ou de douane, des grèves dans le pays de destination, des calamités naturelles. Il est évident que l'importance de cette obligation d'information de l'agence dépend du degré d'expérience du voyageur dont elle a connaissance ou dont elle aurait dû se rendre compte lors des pourparlers. Cette obligation d'information concerne surtout les faits ou événements qui ne sont normalement connus que des professionnels du tourisme.

Si la conclusion du contrat conclu entre le voyageur et le prestataire conduit à l'établissement de documents tels des vouchers d'hôtel ou des billets de transport, l'agence est obligée de les remettre au voyageur à temps³¹.

Selon l'art. 400 CO, elle doit aussi, à la demande du voyageur, rendre des comptes sur son activité dans le cas concret.

Si elle est chargée par le prestataire d'encaisser le prix à payer pour la prestation principale convenue, elle est tenue de transmettre cette somme immédiatement au prestataire pour que celui-ci ne puisse prendre prétexte d'un non-paiement par le voyageur pour lui refuser son service.

Enfin, lorsque l'agence s'est entremise pour la conclusion d'un contrat d'organisation de voyage, elle est tenue de transmettre à l'entreprise organisatrice toute réclamation du voyageur dans les meilleurs délais.

Ajoutons que les obligations de l'agence en tant que mandataire s'éteignent en principe avec l'exécution du mandat, à savoir au moment de la conclusion du contrat avec le prestataire. Néanmoins, selon le degré de confiance que porte le voyageur en l'agence, certaines obligations accessoires subsistent. Comme exemples de telles obligations postcontractuelles, on peut citer l'information sur le changement des règles sur les visas ou les vaccinations après la conclusion du contrat mais avant le début du voyage, ou encore l'obligation déjà mentionnée de transmettre des réclamations à un organisateur de voyages.

b. Les obligations du voyageur

aa. Les obligations principales

Le contrat de mandat peut être conclu à titre onéreux ou gratuit. Dans la pratique une convention expresse quant à la rémunération n'est normalement pas passée. Mais celle-ci serait également due si l'usage en assure une à l'agence (art. 394 al. 3 CO). Or, il semble que l'activité de conseil et d'information offerte

³¹ METZ, p. 49.

par l'agence de voyages se fasse gratuitement, les agences y voyant un bon argument de publicité. Il en va de même lorsqu'elles agissent en tant qu'intermédiaires lors de la conclusion d'un contrat. En effet, la rémunération des agences pour leurs activités provient, en règle générale, d'une commission qu'elles perçoivent auprès du prestataire de services. Cette pratique a pour conséquence, à quelques exceptions près, que dans la branche du tourisme il n'existe pas d'usage qui veut que le mandant/voyageur soit tenu de verser une rémunération.

bb. Les obligations accessoires

Selon l'art. 402 al. 1 CO, le voyageur est tenu d'indemniser l'agence de toutes ses avances et frais, comme le téléphone, les télex etc. Si la situation légale est claire à cet égard, la pratique s'en écarte, du moins partiellement, selon les informations que nous avons pu obtenir. En effet, pour une réservation dite «normale» (réservation d'un billet d'avion auprès d'une compagnie aérienne), des frais ne sont pas perçus. Par contre, pour les cas qui impliquent un surplus de travail ou de frais, les agences font valoir leur droit légal. A titre d'exemple, citons la nécessité de recourir à un grand nombre de télex ou téléphones dans des pays lointains, des modifications de réservation.

Si l'information est, selon les cas, une obligation principale ou accessoire de l'agence, en revanche le voyageur n'encourt pas une telle obligation. En effet, s'il n'informe pas l'agence sur certains éléments personnels ou autres qui pourraient empêcher le bon déroulement du voyage et qui ne sont ni connus ni reconnaissables à l'agence (impossibilité d'obtenir un visa, contre-indications à propos d'une vaccination obligatoire), il reste contractuellement tenu à l'égard du prestataire de services. Il subit les conséquences de son silence. Il est difficile de concevoir quel pourrait être le dommage de l'agence qui, comme le contrat a été valablement conclu entre le voyageur et le prestataire, a droit à sa commission et reçoit ainsi la rémunération pour son activité.

4. La responsabilité de l'agence de voyages

Si le voyageur subit un dommage, celui-ci peut être imputable soit à l'agence de voyages soit au prestataire de services.

Comme le contrat ayant pour objet la prestation d'un service (transport, hébergement) a été juridiquement conclu entre le voyageur et le prestataire de services et si le dommage est dû uni-

quement à ce dernier, l'agence n'a pas à en répondre. Elle n'a agi qu'en tant qu'intermédiaire. Toute prétention du voyageur doit être adressée directement au prestataire de services.

L'agence de voyages ne répond donc que de ses propres violations du contrat de mandat y compris celles de ses employés (art. 101 CO). A cet égard, il faut préciser que l'agence n'est en principe pas autorisée à confier le mandat qu'elle a reçu à une autre agence de voyages sauf circonstances particulières (art. 398 al. 3 CO), par exemple lorsque l'exécution du mandat n'est possible que grâce à une agence spécialisée.

Dans un contrat d'intermédiaire de voyage, une action en exécution du mandat est souvent de facto exclue car la non-conformité de la prestation de l'agence de voyages ne se manifeste que plus tard, normalement au début ou en cours du voyage. Seule une prétention en paiement de dommages-intérêts revêt un intérêt pratique.

L'agence répond donc si elle n'a pas respecté les instructions du voyageur; dans le cas d'une instruction précise, tel serait le cas si elle n'avait pas recherché son avis en cas d'impossibilité d'exécuter le mandat (l'hôtel demandé était complet). L'art. 397 al. 1 CO autorise cependant l'agence de s'écarter de ces instructions si les circonstances ne permettent pas de contacter le voyageur (il est déjà parti) et si elle pouvait compter sur une autorisation présumée du voyageur pour la solution de rechange retenue (art. 397 al. 1 in fine CO).

Dans toutes ces hypothèses, l'agence est tenue de choisir le prestataire avec soin et de l'instruire. Certes, l'art. 398 al. 1 CO renvoie, en ce qui concerne le degré de la diligence à celle du travailleur (art. 321 e al. 1 CO). Il est toutefois reconnu en doctrine et jurisprudence que ce renvoi doit être apprécié de façon nuancée lorsqu'il s'agit d'un prestataire de service indépendant. On retient un critère objectif de l'exigence de qualité professionnelle. Ainsi, le voyageur peut s'attendre à ce qu'une agence de voyages observe les critères d'une déontologie de haute qualité de la profession. La qualification personnelle de l'agent de voyages n'est donc pas déterminante. En règle générale, mais surtout lorsque l'agence agit en tant qu'intermédiaire avec un organisateur de voyages pour un consommateur, le caractère professionnel de l'agence, d'ailleurs argument publicitaire important, requiert une qualité de services de très haut niveau.

Ces considérations sur le degré de responsabilité de l'agence de voyages valent pour l'exécution de ses obligations principales et accessoires.

5. *La fin du contrat d'intermédiaire de voyages*³²

Abstraction faite des autres causes qui permettent à l'une ou l'autre partie de mettre fin au contrat, seule la révocation du mandat selon l'art. 404 CO sera examinée ici. C'est dire aussi que le mandat entre le voyageur et l'agence de voyages est indépendant du contrat conclu entre ce voyageur et le prestataire de services. Les causes de nullité, d'invalidation ou de résolution qui pourraient affecter ce contrat ne nous concernent pas. Elles doivent être réglées directement entre ces parties.

La possibilité d'une révocation du mandat, de caractère impératif selon la doctrine et la jurisprudence³³, ne jouit, dans le contrat d'intermédiaire de voyage, que d'une importance pratique toute relative. En effet, les moyens modernes de réservation permettent souvent une réponse quasi-immédiate de telle sorte que le contrat principal est conclu sur le champ. Par conséquent, le mandat est exécuté, a donc pris fin et ne peut logiquement pas être révoqué.

Cependant, on ne peut exclure que les instructions sur la composition d'un voyage individuel soient données bien avant le début de ce voyage. Dans ce cas le voyageur peut révoquer le mandat en tout temps et sans indication de motifs. En principe, il ne devrait ni paiement d'une rémunération si elle n'était pas convenue, ni dommages-intérêts. Mais il serait tenu de rembourser les frais encourus par l'agence selon l'art. 402 al. 1 CO et réparation d'un éventuel dommage dans les conditions de l'art. 404 al. 2 CO.

IV. Le contrat d'organisation de voyages

Bien que statistiquement minoritaire par rapport à d'autres formes de voyages (organisés par les voyageurs eux-mêmes, surtout à l'intérieur de la Suisse, voyages d'affaires où le voyageur a souvent recours à un intermédiaire de voyage³⁴), le voyage organisé sera au centre de cette étude. La raison en est double. D'une part, économiquement et socialement, ce type de voyage revêt une importance capitale pour certaines couches sociales qui y consacrent une part importante de leur revenu annuel.

³² SCHMUCKI, p. 47 ss.

³³ ATF 109 II 467; 106 II 159; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7^e éd., Zurich 1980, p. 465 s.

³⁴ RAPPORT SCHMIDHAUSER (note 16), p. 4 ss.

D'autre part, une analyse plus détaillée s'impose puisque cette forme moderne de prestation dans le secteur du tourisme vit dans une insécurité juridique qui peut nuire aussi bien aux intérêts des organisateurs de voyages qu'à ceux des voyageurs. Cette insécurité est en partie entretenue par les organisateurs de voyages eux-mêmes qui, tout en déclarant vouloir «vendre» un voyage se proclament, dans leurs conditions générales, soit simples intermédiaires soit non responsables des faits dommageables qui leur sont imputables ou qui sont le fait de leurs prestataires de services³⁵.

Il convient dès lors d'examiner tout d'abord la nature juridique de ce type de contrat, avant d'analyser la portée juridique de la clause directe ou indirecte dite d'intermédiaire. Sur la base de ces clarifications, les dispositions légales applicables de lege lata au contrat d'organisation de voyage peuvent être examinées.

1. La qualification juridique du contrat d'organisation de voyages

L'importance d'une telle démarche n'a pas un but purement dogmatique. Comme l'a souligné à juste titre TERCIER³⁶, elle permet d'une part de déterminer quelles sont les règles supplétives que le juge sera appelé à appliquer en interprétant le contrat conclu entre les parties, et en comblant ses lacunes, et d'autre part d'identifier les normes impératives applicables.

a. Le rattachement impossible à un contrat déterminé

Les organisateurs de voyages «vendent» un produit, le voyage à forfait. Cette expression économique doit être écartée d'un point de vue juridique. Tous les auteurs s'accordent pour dire que l'objet du contrat n'est pas une chose, même comprise au sens le plus large³⁷. Au-delà de ces dénominations utilisées dans la pratique, il faut donc rechercher la véritable volonté des deux parties (art. 18 CO).

Le voyageur recherche une prestation de service, le plus souvent basée sur une information soit orale, soit écrite (catalogue ou prospectus) et des conseils sur le choix à effectuer pour se décider pour un voyage déterminé. Ces éléments de fait sont

³⁵ Cf. supra p. 402 s.

³⁶ TERCIER, p. 104; également SCHLUEP/BAUDENBACHER, p. 922 s.

³⁷ DALLÈVES (1), p. 6; DALLÈVES (2), p. 154; FRANK, RSJ 1981, p. 147; TERCIER, p. 105.

certaines importants mais juridiquement ils ne sont pas prépondérants pour la qualification du contrat lui-même. Leur importance se manifeste soit au niveau d'une responsabilité précontractuelle soit d'une responsabilité pour violation de devoirs contractuels accessoires.

Néanmoins ils ne peuvent être négligés lors de la qualification du contrat. Ils relèvent du contrat de mandat et s'ajoutent aux prestations que l'organisateur de voyages doit au voyageur à titre principal.

Dès lors, trois possibilités doivent être analysées³⁸ : Comme le contrat de voyage à forfait entre dans la catégorie des contrats de prestations de services, le mandat et le contrat d'entreprise ne peuvent être écartés d'emblée. Mais si un rattachement direct à un de ces deux types de contrats devait s'avérer impossible, il faut voir d'une part s'il s'agit d'un contrat innommé ou mixte et d'autre part, ce qui est le plus important, quelles sont les règles juridiques qui lui sont applicables.

aa. Le contrat de mandat

Le contrat de mandat vise la prestation de services. Certes, l'agence organisatrice de voyages fournit des services, comme l'information et le conseil au voyageur. Cependant, l'objet principal d'un contrat de voyage organisé est autre. Il s'agit, conformément à la publicité, à la description dans le catalogue et aux affirmations orales, de permettre à un voyageur de jouir d'un ensemble de prestations combinées préalablement par l'agence. L'agence ne promet donc pas d'exercer «une certaine activité avec une certaine diligence»³⁹ mais de fournir un certain résultat.

Si déjà du point de vue de l'objet du contrat, le mandat n'est pas conforme aux intentions des parties, d'autres raisons militent également contre cette qualification juridique. D'une part, le mandant, en l'occurrence le voyageur, serait en droit de donner des instructions à l'organisateur de voyages (Art. 397 CO). Or, le voyage est préconçu et «vendu» tel quel sans que le voyageur puisse intervenir sauf sur des points secondaires comme des alternatives concernant le logement ou la classe de l'avion (s'il est de ligne). D'autre part, les règles sur le mandat présupposent une relation privilégiée de confiance qui se traduit par une responsabilité très étendue du mandataire et la règle im-

³⁸ En détail TERCIER, p. 104 ss.

³⁹ Dans ce sens cependant SPRECHER, p. 6.

pérative de l'art. 404 CO⁴⁰. Même si le voyageur place, pour la réussite de ses vacances, une grande confiance dans la compétence et le sérieux de l'organisateur, on ne peut comparer cette relation à celle qui lierait une personne à un avocat ou à un médecin. Leur activité revêt un caractère strictement personnel, tandis que celle de l'organisateur de voyages consiste à procurer un produit standardisé.

Le contrat d'organisation de voyage ne peut dès lors être qualifié de mandat, même si certains éléments de l'activité de l'agence organisatrice constituent des services à rendre au sens de l'art. 394 al. 1 CO⁴¹.

bb. Le contrat d'entreprise

Si l'obligation principale de l'organisateur de voyages consiste à fournir un certain résultat, le contrat d'entreprise semble être la qualification adéquate. Selon l'art. 363 CO, l'entrepreneur s'oblige à exécuter un ouvrage. La question, toujours controversée, de savoir si l'ouvrage, défini comme le résultat de l'activité de l'entrepreneur, doit être une chose corporelle ou si par ce terme on peut aussi entendre un résultat immatériel, ne doit pas être résolue ici. Le Tribunal fédéral⁴² semble avoir abandonné son interprétation restrictive de la notion d'ouvrage pour l'élargir à des prestations immatérielles, même si la doctrine⁴³, du moins en partie, exige que ce résultat se concrétise en une chose, comme le travail de l'architecte. Il paraîtra donc en principe possible d'apparenter le contrat de voyage à un contrat d'entreprise⁴⁴. Cependant, et ceci est plus important, un certain nombre de dispositions régissant le contrat d'entreprise sont conçues pour l'exécution d'un ouvrage corporel et ne peuvent, sans autre, s'appliquer à un voyage organisé qui présente des spécificités propres. Elles consistent surtout dans le fait qu'un tel voyage, une fois terminé, ne laisse pas de trace «corporelle»

⁴⁰ JÜRGEN PEYER, *Der Widerruf im schweizerischen Auftragsrecht*, thèse Zurich 1974; TERCIER, p. 110; cf. réf. note 33.

⁴¹ TERCIER, p. 110 s.

⁴² ATF 98 II 305 = JT 1973 I 536; 109 II 34 = JT 1983 I 266.

⁴³ PETER ZIMMERMANN, *Der Geist-Werkvertrag*, Bâle/Francfort 1984; PETER GAUCH, *Zurück zum Geist-Werkvertrag, recht* 1983, p. 135; PETER GAUCH, *Die «Requalifizierung» des Architekturvertrags*, DC 1984, p. 49 ss.; TERCIER, p. 106 ss. avec d'autres références; MARIO M. PEDRAZZINI, *Le Contrat d'entreprise*, in: *Traité de droit privé suisse*, vol. VII/1, Fribourg 1985, p. 7 ss, avec références détaillées à la note 2.

⁴⁴ TERCIER, p. 118 s. et thèse 13 (p. 119).

durable et que certaines dispositions, comme l'art. 370 CO sur l'acceptation de l'ouvrage, ne se conçoivent pas dans le domaine du tourisme organisé.

Malgré une «évidente parenté»⁴⁵ du contrat d'organisation de voyage avec le contrat d'entreprise, celui-ci ne peut être soumis sans modifications aux règles des art. 363 ss. CO.

b. Le contrat d'organisation de voyages comme contrat sui generis

Si un contrat n'est pas spécifiquement réglé par la loi et s'il ne peut être, sans difficultés, rattaché à un des contrats nommés, la qualification habituelle est de dire qu'il s'agit d'un contrat sui generis. C'est ce que préconise aujourd'hui pour le contrat d'organisation de voyage la doctrine tout à fait dominante⁴⁶.

Toutefois, selon une partie minoritaire de la doctrine et la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, tout contrat de prestation de services qui ne rentre pas dans les conditions légales d'un contrat nommé doit, selon l'art. 394 al. 2 CO, être considéré comme mandat et soumis à cette réglementation. Cette opinion, combattue par la doctrine majoritaire, n'est plus maintenue par la jurisprudence la plus récente du TF⁴⁷. Des contrats de prestation de services qui ne présupposent pas une relation de confiance privilégiée entre les partenaires contractuels peuvent donc être qualifiés de contrats sui generis ou de contrats mixtes.

Il n'est pas nécessaire non plus de reprendre ici la discussion sur la distinction à faire entre contrat mixte et contrat sui generis⁴⁸. Il convient plutôt de s'occuper des problèmes centraux de l'applicabilité des normes du droit positif et/ou du rôle du juge qui pourrait, selon ses pouvoirs, créer de nouvelles règles. Nous avons déjà relevé que le contrat d'organisation de voyage est proche mais pas identique au contrat d'entreprise et qu'il contient des éléments du contrat de mandat. Au lieu de faire un discours théorique, il semble préférable d'examiner l'application des dispositions légales chaque fois qu'un problème concret sera analysé.

⁴⁵ TERCIER, p. 107.

⁴⁶ DALLÈVES (1), p. 9 s.; SCHLUEP/BAUDENBACHER, p. 922 s.; TERCIER, p. 112 ss.

⁴⁷ ATF 109 II 157 ss. avec références.

⁴⁸ WALTER R. SCHLUEP, *Innominatkontrakte*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, vol. VII/2, Bâle/Stuttgart 1979, p. 763 ss. avec références détaillées.

c. La clause dite d'intermédiaire

Cette qualification juridique comme contrat *sui generis* pourrait être mise en cause par la clause dite d'intermédiaire qui consiste, pour l'essentiel, à déclarer que l'agence organisatrice ne fait que s'entremettre entre le voyageur et les différents prestataires de services sans pour autant vouloir assumer une responsabilité quant au déroulement du voyage vendu à forfait.

L'analyse des CG a démontré que ces clauses ont un contenu et une formulation variables. Elles visent soit à «tisser» des liens contractuels seulement entre le voyageur et les prestataires de services effectifs, soit à réduire voire à exclure la responsabilité de l'agence. Seule la première interprétation sera examinée ici.

La doctrine et la rare jurisprudence considèrent cette clause d'intermédiaire comme sans effet bien que les arguments divergent⁴⁹. Néanmoins, ces clauses sont encore largement utilisées et peuvent déployer leurs effets dans les discussions extrajudiciaires entre l'organisateur et le voyageur.

La clause d'intermédiaire dans le contrat d'organisation de voyage doit être considérée comme nulle. Plusieurs arguments militent en faveur de cette affirmation:

Une interprétation de la réelle et commune intention des parties (art. 18 CO) démontre que l'agence organisatrice ne veut pas s'entremettre entre le voyageur et les prestataires de services et que le voyageur désire, sur la base des prospectus et des déclarations de l'organisateur, obtenir un voyage préconçu moyennant un prix global. Il est dès lors faux, comme le prétendent certaines CG, que le voyageur conclut une multitude de contrats avec les différents prestataires de services, surtout s'ils sont situés à l'étranger. Il se fie à «son» agence de voyages.

En outre, il y a une contradiction évidente entre certains prospectus qui parlent de «*nos* prestations» dans lesquels cependant les organisateurs refusent d'assumer une responsabilité pour les fautes des prestataires de services pourtant choisis par les agences.

De plus, la clause d'intermédiaire n'aurait de sens que si le voyageur avait une influence sur le choix des prestataires de services. Or, tel n'est pas le cas. Les contrats de transport et

⁴⁹ DALLÈVES, (1), p. 9 s.; SCHMUCKI, p. 79 s.; SCHLUEP/BAUDENBACHER, p. 924; METZ, p. 100; TERCIER, p. 143 ss.; Cour de Justice Genève SJ 1982, p. 585 s.; dans le même sens, mais avec des restrictions FRANK, DRiZ 1979, p. 49; FRANK, RSJ 1981, p. 32 ss.; FRANK, Rechte, p. 158.

d'hôtellerie et autres contrats ont été conclus par l'agence organisatrice bien des mois avant le voyage, de sorte que le produit «voyage» ne peut être modifié.

Enfin, de lege lata, même en l'absence de tout contrôle du contenu des CG, la clause d'intermédiaire doit être considérée comme étant contraire au principe de la bonne foi (art. 2 al. 2 CC). Elle est nulle et ne peut produire aucun effet ⁵⁰.

Cette constatation vaut en tout cas pour les organisateurs de voyages. Elle est aussi valable si une agence de voyages non organisatrice s'entremet sans indiquer clairement qu'elle ne fait que «vendre» le «produit» d'un organisateur. Si le client, de bonne foi, devait supposer que cette agence proposait son propre voyage, selon le principe de la confiance, elle doit être tenue pour responsable comme si elle était elle-même organisatrice du voyage. Par contre, si elle a clairement indiqué qu'elle ne faisait que s'entremettre avec un organisateur de voyages, sa responsabilité serait limitée à sa propre activité, à savoir le bon choix, avec la diligence requise, de l'organisateur du voyage, de ses conseils et informations.

2. Quelques problèmes particuliers

Ce chapitre suivra, dans l'optique d'un consommateur, le déroulement d'un voyage, à partir de la publicité en passant par la commande et jusqu'au retour du voyage. Le but est de mettre en évidence quelles bases légales le droit positif est susceptible de fournir pour une relation contractuelle non spécifiquement régie par la loi et quelles lacunes pourraient ou devraient être comblées par le législateur.

a. La phase précontractuelle

Elle est caractérisée par des prospectus que les organisateurs diffusent et les annonces qu'ils publient dans les journaux afin de susciter des offres de contrats de la part des consommateurs. Le contenu de cette publicité s'est beaucoup amélioré ces dernières années et est devenu plus véridique. Les défauts de certaines prestations ou leur qualité en dessous des standards suisses ne sont plus systématiquement cachés. Néanmoins, la publicité sert avant tout à la promotion de «produits» et elle pêche parfois

⁵⁰ Cour de Justice Genève SJ 1982, p. 585.

par omission. De plus, un langage est souvent utilisé que seuls les professionnels savent lire, concernant par exemple la proximité d'une plage ou la tranquillité d'un hôtel.

Cette publicité destinée aux voyageurs ne suscite pas de problèmes juridiques particuliers. Si elle tombe sous le coup de la LCD, elle peut être réprimée. Il ne s'agit pas d'un problème propre au contrat de voyage organisé mais plutôt d'une préoccupation plus générale dans le domaine du droit de la consommation⁵¹. De lege lata, l'art. 2 al. 2 LCD, combiné avec l'art. 31^{sexies} al. 2 CF, permettrait théoriquement aux organisations de consommateurs d'agir, à condition toutefois qu'il y ait un intérêt d'un membre à défendre. Il faut toutefois relever que la situation légale actuelle ne permet guère, de facto, d'agir contre les abus dans la publicité. Un déficit de protection du voyageur subsiste.

b. La conclusion du contrat de voyage organisé

S'agissant d'un contrat de consommation, le contrat de voyage doit être conclu dans des conditions qui permettent au voyageur de bénéficier d'une pleine transparence des clauses contractuelles et du prix. De plus, le consentement du voyageur doit être libre et éclairé sur ces points.

aa. La conclusion formelle du contrat

La publicité et les prospectus ou catalogues ne constituent, juridiquement, que des *invitationes ad offerendum* (art. 7 al. 2 CO). L'offre de conclure émane donc du voyageur qui s'inscrit à l'agence. Cette offre parvient à l'organisateur de voyages directement ou par l'intermédiaire d'une agence non organisatrice qui agit alors en tant que représentante soit du voyageur soit de l'organisateur, selon les cas. L'acceptation de cette offre peut se faire oralement ou par confirmation écrite. Cette dernière ne revêt alors souvent qu'un caractère déclaratif. Les règles générales sur la conclusion du contrat sont par conséquent pleinement applicables.

bb. L'incorporation des CG de voyage

Cependant, l'incorporation des CG de voyage n'est pas toujours garantie. En effet, différentes hypothèses doivent être distinguées.

⁵¹ TERCIER, p. 124s.

S'agissant d'une commande de voyage par téléphone, qui se pratique pour certains types de voyages, le fait de ne pas rendre attentive la personne désireuse d'entreprendre le voyage à l'existence et l'importance, voire au contenu des CG vaut non-incorporation. Le renvoi à ces CG dans la facture n'intervient qu'après la conclusion du contrat et n'a donc pas de signification juridique. Par contre, lorsque le voyageur s'inscrit pour un voyage, les formules renvoient régulièrement à des CG qu'elles soient jointes ou contenues dans le catalogue. L'incorporation de ces CG n'est valable que selon les critères généraux développés par la doctrine et la jurisprudence à cet égard⁵². Aucun problème spécial ne se pose ici. Il s'agit de nouveau, comme au niveau de la publicité, d'une question plus générale qui touche tous les contrats de consommation⁵³.

cc. Le formalisme du contrat

Aucune forme n'est requise pour la conclusion d'un contrat de voyage organisé. Si dans la plupart des cas, pour des raisons de preuve, la forme écrite est observée, il y a des agences qui se contentent de confirmer une réservation téléphonique, à savoir de confirmer un contrat conclu oralement. Il s'ensuit que même s'il y a un document contractuel, aucune exigence légale quant à un contenu minimum du contrat n'existe.

dd. L'intervention d'une agence de voyages non organisatrice

Dans la majorité des cas, le voyageur s'adresse, pour entreprendre un voyage, à une agence qui n'est qu'intermédiaire. Elle agit alors, sur la base d'un contrat de mandat conclu avec le voyageur, et souvent, d'un autre contrat passé avec l'organisateur de voyages (p. ex. contrat d'agence ou de mandat), avec un pouvoir de représentation de l'une ou des deux parties pour parfaire le contrat⁵⁴.

3. Les obligations de l'organisateur de voyages

L'organisateur promet un certain résultat, le voyage organisé. Afin de pouvoir le fournir, il se sert de ses employés et des prestataires de services. Son marketing se fait à travers son propre

⁵² ATF 100 II 209; 108 II 418; 109 Ia 55; TERCIER, p. 134ss. avec références détaillées.

⁵³ TERCIER, p. 139 s.

⁵⁴ METZ, p. 44 s.

réseau de vente et, surtout, à travers une multitude d'autres agences de voyages qui, sur la base de sa publicité (prospectus, annonces etc.), lui servent d'agents de «vente».

A l'égard du voyageur, l'organisateur de voyages répond de ses propres faits, de ceux de ses employés et, si l'on considère la clause d'intermédiaire comme nulle, de ceux des prestataires de services. Avant d'examiner les problèmes de responsabilité, il convient de décrire clairement les obligations principales et accessoires qui lui incombent.

a. Les obligations principales

L'obligation principale de l'organisateur de voyages est d'exécuter ou de faire exécuter ce voyage conformément à ce qui a été convenu dans le contrat. C'est donc, théoriquement, la *lex contractus* qui régit les rapports entre les parties y compris les indications, promesses et assurances données oralement. Cependant, le voyage étant préconçu et vendu tel quel, l'obligation de l'organisateur se définit normalement, hormis ces rares conventions particulières, d'après la description du voyage dans le catalogue.

Pour mieux saisir ses obligations, il convient de distinguer entre celles qui sont de son ressort et celles de tiers pour lesquels il risque d'encourir aussi une responsabilité.

aa. Les obligations propres de l'agence organisatrice

L'organisateur d'un voyage «à forfait» est tenu de tout faire pour que le voyage se déroule comme promis. Il doit, par des contrats conclus préalablement, s'assurer que les prestataires de services qu'il a choisis soient en mesure de s'exécuter. Il s'agit donc d'une obligation propre de l'organisateur de voyages qui consiste à vérifier régulièrement la disponibilité et la compétence des personnes ou entreprises qui, effectivement, fournissent la prestation qu'il a promise au voyageur.

A cet égard, il répond bien sûr de toute faute de son personnel, soit de son agence, soit de ses représentants sur place au lieu des vacances, qui pourraient compromettre le bon déroulement du voyage.

bb. Les obligations exécutées par des prestataires de services

Les obligations de l'organisateur de voyages s'étendent, une fois la clause d'intermédiaire éliminée, également aux faits des prestataires de services qui doivent être considérés comme

auxiliaires de l'organisateur. Dès lors qu'une obligation principale n'est pas exécutée ou ne l'est pas correctement, l'organisateur en répond sur la base de l'art. 101 CO⁵⁵.

b. Les obligations accessoires

Elles ne sont normalement pas spécifiées dans le contrat ni dans les CG mais découlent du principe de la bonne foi⁵⁶.

*aa. Les obligations d'information*⁵⁷

L'information objective du voyageur revêt une importance primordiale. Vu le manque de transparence des offres, il fait confiance à un professionnel et demande un renseignement ou s'inscrit à un voyage sur la base de renseignements qui lui ont été fournis.

Cette obligation ne peut être décrite de façon exhaustive, vu que les circonstances de l'espèce exigent des informations spécifiques de cas en cas. Cependant, quelques remarques générales s'imposent.

L'information doit tout d'abord porter sur la prestation principale, à savoir les conditions de transport et d'hébergement, et sur le coût global y compris l'importance des frais supplémentaires ou annexes. A cet égard, un langage connu seulement des spécialistes doit être évité. Il doit être accessible à tout voyageur qui consulte de bonne foi le catalogue.

Cette information doit ensuite s'étendre à des aspects que l'on pourrait considérer comme secondaires mais qui revêtent une importance considérable dans la pratique. Souvent, une assurance couvrant les risques d'une annulation pour cause de décès ou de maladie du voyageur ou d'un de ses proches est imposée ou proposée. Or, les conditions générales de cette assurance et les clauses d'exclusion de risques couverts ne sont point communiquées au voyageur à temps. Même si l'on peut, le cas échéant, considérer que de telles clauses n'ont pas été incorpo-

⁵⁵ L'organisateur répond donc si le prestataire de services n'a pas fait preuve dans l'accomplissement de son travail de la diligence que le voyageur aurait été en droit d'attendre de l'organisateur si celui-ci avait personnellement exécuté son obligation. Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, Zurich 1982, nos 1649 s. avec des références à la jurisprudence.

⁵⁶ SCHLUEP/BAUDENBACHER, p. 924; TERCIER, p. 141 s.

⁵⁷ JÜRGEN LAUER, Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, Berne 1983, p. 64 ss., et avant tout p. 292 ss.

rées valablement, il n'en reste pas moins qu'elles sont opposées au client de l'agence. Or, celle-ci faillit à son obligation d'information si elle ne renseigne pas correctement le voyageur sur la portée d'une telle assurance.

L'organisateur de voyages a en outre l'obligation d'informer le client de tout fait survenu après la confirmation du voyage pouvant compromettre sa participation ou le bon déroulement, comme par exemple de nouvelles prescriptions étatiques en matière de visas ou de vaccinations ou des dangers liés dans le pays de destination à des calamités naturelles⁵⁸ ou à des troubles politiques ou encore des changements importants connus ou prévisibles du voyage (destinations changées, escales supprimées etc.).

Enfin, l'organisateur doit donner toutes ces informations aux agences de voyages qui s'entremettent pour placer ses prestations dans le public. En effet, c'est de cette agence non organisatrice que la plupart du temps le consommateur attend conseil et information, aussi bien avant son inscription qu'avant le début du voyage. Dans la mesure où ces agences sont liées par contrat à un organisateur de voyages pour la promotion des «ventes» de leurs propres voyages, celles-ci doivent être qualifiées, en ce qui concerne l'obligation d'information, d'auxiliaires au sens de l'art. 101 CO. Toute faute de l'agence engendre par conséquent la responsabilité de l'organisateur de voyages.

A cette obligation est en partie liée celle de surveiller que les descriptions dans le catalogue, publié quelques mois avant le voyage pour des raisons techniques, correspondent toujours à la réalité. L'organisateur peut ici se fier à ses représentants sur place ou doit créer un réseau de contrôle. Cette obligation existe au moins pour les destinations classiques qui font partie de son programme régulier chaque année. Une exception peut être concevable pour de nouvelles destinations ou des voyages d'aventure.

bb. L'obligation d'accepter un voyageur de remplacement

Lorsqu'un voyageur est empêché d'entreprendre le voyage, que ce soit pour des raisons objectives ou subjectives, et que l'assurance-annulation de voyage ne peut être invoquée, la plupart des organisateurs de voyages acceptent un remplaçant. Même si cette pratique ne semble pas avoir conduit à des problèmes

⁵⁸ Cour de Justice Genève SJ 1982, p. 578, considérant 3.

particuliers, il convient de s'interroger sur la situation légale⁵⁹.

Le voyageur est le partenaire contractuel de l'agence organisatrice. S'il ne peut ou ne veut voyager, il reste néanmoins tenu de payer le prix convenu, sous réserve d'un droit de résolution légal ou contractuel. L'organisateur de voyages sera dans ce cas obligé de réduire ce prix de toutes les dépenses qu'il n'aura pas dû faire à cause de l'absence de ce voyageur. Toutefois, en règle générale, une telle réduction de prix sera relativement modeste vu que l'organisateur sera lié par des contrats préalablement conclus avec les entreprises de transport et les hôteliers.

Le voyageur empêché de participer à un voyage a donc tout intérêt à proposer un remplaçant. Comme il n'y a pas d'intérêt prépondérant de l'organisateur de voyages, il sera tenu, en vertu d'une obligation accessoire, d'accepter un tel remplaçant, du moins si certaines conditions sont réunies. Pour un voyage standardisé, la personne du voyageur est normalement sans importance: Y peut sans autre remplacer X. Il en va différemment si le remplaçant ne remplit pas les conditions de visa ou de vaccinations ou encore, s'agissant d'un voyage d'expédition, s'il ne possède pas les conditions physiques requises.

Si les conditions d'un tel remplacement sont réalisées, le voyageur initial comme partenaire contractuel reste tenu de payer le prix du voyage, quitte à se faire rembourser par son remplaçant. Il doit en outre le paiement des frais de dossier qu'engendre ce changement dans la personne du voyageur.

Juridiquement il serait également possible de considérer cette situation comme une résolution conventionnelle du contrat, avec les conséquences de frais d'annulation du contrat selon les CG et la nouvelle inscription au voyage par le remplaçant. Cette interprétation juridique est cependant à écarter. Si l'on admet que le voyageur initial reste tenu de payer le prix du voyage, il n'y a pas de raisons pour que l'organisateur de voyages profite du changement du voyageur pour encaisser le prix convenu auprès du remplaçant et un dédommagement forfaitaire auprès du voyageur initial.

Même si le voyageur initial n'est pas en mesure de proposer un remplaçant qui remplit les conditions du voyage et que son retrait doit être qualifié de résolution du contrat, l'organisateur est tenu de chercher lui-même un remplaçant afin de minimiser le montant du dommage⁶⁰ que le voyageur lui doit pour non-

⁵⁹ Cf. § 651 b BGB.

⁶⁰ La base légale est l'art. 44 al. 1 CO.

respect des termes du contrat. Concrètement, si l'organisateur, sans devoir faire des efforts excessifs comme la publication d'annonces dans les journaux, trouve, dans le cadre de son activité normale, un autre voyageur, il ne sera pas en droit de réclamer le dédommagement forfaitaire mais uniquement le paiement des frais de dossier causés par ce changement.

4. Les obligations du voyageur

L'obligation principale du voyageur est de payer le prix global convenu pour le voyage à forfait. Cette constatation semble banale, mais certains problèmes liés à la pratique des organisateurs quant aux modalités de l'exécution de cette obligation nécessitent un examen plus détaillé.

a. Le paiement du prix

aa. Le principe

Sous réserve de l'art. 3 LCart et de la loi concernant la surveillance des prix⁶¹, le prix exigé par l'organisateur de voyages et accepté par le voyageur est celui qu'il est tenu de payer. Ce prix est global. La répartition des éléments des prestations diverses comme transport et hébergement n'est pas révélée. Le voyageur peut donc de bonne foi partir de l'idée que ce paiement qu'il effectuera à l'organisateur comporte la rémunération de toutes les prestations décrites dans le catalogue ou assurées oralement lors de l'inscription, sauf si une réserve a été faite très clairement pour des prestations annexes (comme excursions facultatives, théâtres etc.).

bb. Acompte et échéance

Le CO (art. 75, 372) ne s'oppose pas à une réglementation contractuelle, même dans des CG, qui prévoit un acompte et le paiement du solde avant le début du voyage par le voyageur⁶². De telles clauses fixent l'exigibilité de la prestation du voyageur de sorte qu'il aura à s'en acquitter avant le début de toute prestation de l'organisateur.

cc. Modifications du prix avant le départ

Pacta sunt servanda. Cet adage vaut aussi pour le prix fixé par l'organisateur de voyages et accepté par le voyageur. De plus,

⁶¹ Du 20.12.1985, en exécution de l'art. 31^{septies} CF.

⁶² TERCIER, p. 156 s.

l'art. 373 al. 1 CO interdit la modification unilatérale des prix à forfait. Selon l'art. 373 al. 2 CO une exception est prévue pour des situations imprévisibles à la suite de circonstances extraordinaires. Cette norme qui n'est que l'expression de la *regula clausula rebus sic stantibus* est interprétée de façon très restrictive⁶³. Dans la pratique du voyage à forfait, elle ne saurait presque jamais être invoquée. En effet, l'organisateur de voyages en tant que professionnel planifie les voyages qu'il offre bien avant l'exécution.

Mais vu son expérience, il tient régulièrement compte de certaines hausses de prix de prestations prévisibles et les inclut dans le calcul de son prix. En règle générale donc, une augmentation des prix du voyage n'est pas autorisée, les «circonstances extraordinaires» aux termes de l'art. 373 al. 2 CO n'étant pas réunies.

C'est la raison pour laquelle les CG de voyage contiennent des clauses de modification du prix global, soit de façon très claire avec indication des motifs justifiant cette augmentation, soit de façon indéterminée, laissant à l'organisateur la possibilité de majorer ses prix selon sa volonté.

L'art. 373 al. 2 CO étant de caractère dispositif, de telles clauses sont licites. Certes le prix n'est pas définitivement déterminé mais il est déterminable. C'est vrai au moins pour les clauses qui indiquent les motifs permettant à l'organisateur de majorer ses prix (augmentation du prix des carburants, des prix d'hôtels). Cependant, une clause laissant à l'organisateur l'entière liberté de changer le prix convenu sans indication de motifs doit être considérée comme nulle car la prestation principale du voyageur n'est plus déterminable. Si une telle clause, comme on en trouve dans la pratique des CG, mentionne à titre d'exemple les motifs mais est formulée de façon générale, de lege lata elle est valable. Les exemples donnés dans la clause constituent les critères qui permettraient de juger les autres causes susceptibles d'être invoquées pour une augmentation des prix.

De toute façon, toute modification des prix même convenue contractuellement ne peut se faire que dans les limites du respect du principe de la bonne foi. Toute augmentation arbitraire serait donc nulle⁶⁴.

⁶³ TERCIER, p. 161 s.; d'une manière plus détaillée PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 3^e éd., Zurich 1985, nos 711 ss.; HERBERT SCHÖNLE, *L'imprévision de faits futurs lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations*, in: *Le Centenaire du Code des Obligations*, Fribourg 1982, p. 413 ss.

⁶⁴ L'art. 27 CC pourrait également être applicable. Cf. TERCIER, p. 163.

b. Les obligations accessoires

Le voyageur n'a pas d'obligations accessoires spécifiques mais il est, bien sûr, tenu de respecter les obligations qui découlent du principe de l'art. 2 al. 1 CC. Ainsi, à titre d'exemple, est-il obligé de ne pas troubler le bon déroulement du voyage.

Les CG semblent mettre à la charge du voyageur des obligations accessoires concernant l'observation des prescriptions sur les visas, les vaccinations exigées etc. En droit, il ne s'agit pas d'obligations mais d'incombances que l'organisateur est tenu de signaler clairement au voyageur. La non-observation de ces incombances pourrait dès lors avoir pour conséquence que le voyageur ne pourra pas partir ou sera renvoyé du pays de destination.

Une exception doit être signalée: si le prix du voyage est calculé en fonction d'une participation minimum de voyageurs à cause d'un tarif préférentiel de groupe pour le transport aérien et que ce tarif ne peut être appliqué à cause du non-respect de règles étatiques susmentionnées par un voyageur, ce dernier aura non seulement à supporter les conséquences du non-respect de son incombance mais il doit être tenu pour responsable de l'augmentation du prix de transport des voyageurs à condition toutefois que l'organisateur de voyages en tant que professionnel ait clairement indiqué ces conséquences au voyageur qui les ignore le plus souvent.

5. *La non-conformité du voyage*

Les réclamations des voyageurs concernent avant tout la mauvaise exécution du voyage. Néanmoins, en droit, il faut distinguer entre la non-exécution, l'exécution tardive et les défauts du voyage. L'application du droit du contrat d'entreprise par analogie et des règles générales donne, de lege lata, la situation suivante.

a. La non-exécution du voyage

Si le voyage n'a pas lieu, différentes hypothèses doivent être distinguées:

(1) L'organisateur de voyages s'est réservé le droit de ne pas organiser le voyage si certaines conditions, comme la participation d'un nombre minimum de voyageurs, ne sont pas réalisées. Ce droit contractuel de résolution du contrat est valable pourvu

que la clause des CG qui le contient ait été valablement incorporée dans le contrat.

(2) L'organisation du voyage est devenue impossible, suite par exemple à des troubles politiques ou des calamités naturelles. L'impossibilité subséquente d'exécution n'est alors pas imputable à l'organisateur de voyages, et il sera libéré de ses obligations (art. 119 CO).

Par contre, en cas d'overbooking par une compagnie charter affrêtée par l'organisateur, l'impossibilité de partir pour le voyageur serait imputable à l'organisateur et engagerait sa responsabilité du fait d'une faute de son prestataire de services considéré comme son auxiliaire.

(3) Les problèmes qui semblent se poser en pratique concernent essentiellement l'exécution partielle (un hôtel est confisqué pour des raisons d'Etat pour quelques jours, certaines destinations ne peuvent être atteintes). La réglementation sur le contrat d'entreprise n'offre pas de solution spécifique, même adaptée par application analogique. Il faut donc se référer à la réglementation générale. Les règles sur l'exécution partielle, imputable à l'organisateur pour sa propre faute ou celle de ses auxiliaires, y compris ses prestataires de services, seraient alors applicables, encore que la distinction entre exécution partielle et exécution défectueuse ne soit pas toujours aisée à tracer. A titre d'exemple, nous citons le cas où une visite d'un temple n'a pas pu avoir lieu: exécution partielle ou défaut? En droit positif, une certaine insécurité juridique règne.

b. L'exécution tardive⁶⁵

L'organisateur qui ne remplit pas ses obligations à temps est soumis au régime général de la demeure. Le voyageur n'a pas à lui fixer un délai pour le mettre en demeure (art. 102 al. 2 CO) ni un délai supplémentaire au sens de l'art. 107 al. 1 CO (art. 108 ch. 3 CO). Concernant les dommages-intérêts au sens de l'art. 103 al. 2 CO, l'organisateur de voyages ne peut s'exonérer si un prestataire de services retarde fautivement le voyage.

Le problème principal est de savoir si le retard du voyage permet au voyageur de renoncer au voyage. Selon l'art. 107 al. 2, 3^e hypothèse, combiné avec l'art. 108 ch. 3 CO, cela est possible

⁶⁵ TERCIER, p. 166s.

étant donné qu'il s'agit d'un contrat contenant une clause à terme fixe⁶⁶.

Néanmoins, la possibilité pour l'organisateur de voyages de s'exonérer pour ses faits propres ainsi que pour ceux de ses prestataires de services est importante en pratique. Un retard de voyage dû au brouillard ne lui est pas imputable. Il en va autrement si notoirement une compagnie de charter ne tient pas ses horaires⁶⁷.

c. La mauvaise exécution

La plupart des réclamations des voyageurs concernent une mauvaise exécution du voyage. C'est donc, au chapitre de la non-conformité du voyage, le centre de l'analyse.

Une remarque préalable doit être formulée qui ressort de l'analyse des faits. Souvent le voyageur n'est pas satisfait parce qu'il s'attendait à un niveau de prestation élevé conformément à la tradition suisse, alors qu'il se rendait dans un pays lointain. Ensuite, inversement, des promesses n'ont pas été tenues et les organisateurs de voyages refusent d'en discuter.

Avant de voir quelle est la situation de lege lata, il convient de rappeler l'importance d'une information complète du voyageur plus ou moins expérimenté⁶⁸ afin d'éviter des déceptions et des réclamations non justifiées.

aa. Les règles applicables

L'incertitude sur la nature juridique du contrat d'organisation de voyage a des conséquences sur le régime de la garantie à appliquer en cas de mauvaise exécution de l'«ouvrage», à savoir en cas de «défaut du voyage». La doctrine est divisée et hésite entre une application soit des règles du mandat, soit des normes du contrat d'entreprise, alors que certains auteurs préconisent des solutions différenciées⁶⁹. Le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché cette question.

⁶⁶ Le voyageur peut aussi se référer à l'art. 366 al. 1 CO, appliqué par analogie, cf. TERCIER, p. 167.

⁶⁷ Cf. l'énoncé des faits dans l'arrêt de la Cour de Justice Genève, SJ 1982, p. 579 ss.

⁶⁸ Supra p. 427 s.

⁶⁹ SCHMUCKI, p. 113 s.; DALLÈVES (1), p. 13 ss.; METZ, p. 109; FRANK, p. 42 ss.; SCHLUEP/BAUDENBACHER, p. 924; TERCIER, p. 169 ss.

L'organisateur de voyages promet au voyageur un ensemble de prestations moyennant un prix global, donc un certain résultat. Contrairement à la clause d'intermédiaire qui doit être considérée comme nulle, il ne fait pas que s'entremettre en choisissant et en surveillant ses prestataires de services. La conception et la réalisation d'un voyage «tout compris» relève donc de l'activité d'un entrepreneur et non d'un mandataire⁷⁰.

Pour le contrat d'organisation de voyage, c'est donc le régime de la garantie du contrat d'entreprise qui doit être retenu. Cette solution peut encore être étayée par un autre argument de principe: vouloir soumettre les cas de mauvaise exécution aux seules règles du mandat signifierait introduire indirectement une clause d'intermédiaire; l'organisateur ne devrait alors que la diligence requise lors de la préparation du voyage mais non lors de son déroulement. Certaines clauses des CG semblent cependant, de par leur formulation, toujours aller dans ce sens.

Pour l'organisateur de voyages, cette différence du régime de garantie est de première importance. Alors que la mise en œuvre de la responsabilité dans le contrat de mandat exige l'existence d'une faute, la responsabilité sera causale dans le contrat d'entreprise comme dans le contrat de vente⁷¹.

Comme le souligne à juste titre TERCIER,⁷² l'application des règles sur la garantie en matière de contrat d'entreprise ne saurait se faire sans adaptation, tant ces normes sont conçues pour un résultat matériel, alors que le voyage, tout en étant un produit unique, se consomme et ne laisse pas de trace matérielle durable. Il n'est pas susceptible d'être réparé après sa «finition» ou «réception».

Lors de l'application par analogie du régime de la garantie au contrat d'organisation de voyage comme contrat *sui generis*, il faut donc procéder avec prudence.

bb. Le «défaut» du voyage

La garantie de l'organisateur de voyages n'est engagée que lorsque, d'une façon générale, le voyage ne correspond pas aux attentes légitimes du voyageur, donc lorsqu'il y a ce que nous appellerons «défaut» de voyage. Il n'est pas facile de donner, avec précision, une définition de ce qu'est un tel défaut, tant

⁷⁰ TERCIER, p. 170.

⁷¹ TERCIER, p. 169 s.

⁷² TERCIER, p. 170.

sont souvent contraires les attentes du voyageur et les réalités du voyage.

La référence à la définition du défaut dans le contrat d'entreprise et dans le contrat de vente très similaire (le voyage n'est-il pas vendu?) est susceptible de donner des indications très précieuses. Il faut donc distinguer entre les promesses faites (la qualité promise) et l'attente objectivement légitime du voyageur à une certaine qualité du «produit» voyage.

(1) Les qualités promises⁷³

L'organisateur de voyages sera tenu à garantie tout d'abord si le voyage ne correspond pas à ses promesses. Le voyageur, sur la base des informations que l'organisateur lui fournit, prend sa décision. Il paraît normal que l'organisateur réponde sur cette base. Mais des précisions s'imposent.

Les qualités promises expressément, dans un document de voyage, ne font pas problème, ni celles données oralement au voyageur, à condition toutefois qu'il puisse les prouver en cas de litige.

Mais il faut surtout s'interroger sur la situation typique où le voyageur se fie à la publicité et/ou au contenu du catalogue avec description plus ou moins détaillée des prestations que l'organisateur propose de fournir.

Certes, la publicité vante des «produits» aussi dans le domaine du tourisme organisé. Une publicité superlative («voyage de rêve») ne saurait tromper personne et ne pourrait être considérée comme une promesse de qualité spécifique du voyage. Cependant, chaque fois que la publicité fait état de faits concernant un voyage, il faut y voir une promesse au sens du régime de la garantie. Les descriptions des prestations dans le catalogue de voyages doivent également être qualifiées de qualités promises⁷⁴. Il n'y a pas de raison déterminante de considérer cette publicité ou le contenu des catalogues comme étant sans importance contractuelle et ne faisant que vanter le voyage. En résumé, tous les faits concernant un voyage qu'ils soient donnés dans la publicité, dans les catalogues ou autres prospectus, oralement lors de la discussion sur le voyage ou encore dans le document contractuel («confirmation de voyage») doivent être qualifiés, de lege lata déjà, de qualités promises engageant la responsabilité de l'organisateur de voyages.

⁷³ TERCIER, p. 171 s.

⁷⁴ Dans le même sens TERCIER, p. 171.

(2) Les qualités attendues ⁷⁵

A défaut de qualités promises ou en complément à celles-ci, le voyageur est en droit de s'attendre à certaines qualités du voyage, selon le principe de la bonne foi. Le type de voyage, la destination, le prix en sont certains facteurs d'appréciation. Ici également, l'organisateur de voyages répondra de ses propres faits, de ceux de ses auxiliaires, y compris de ses prestataires de services.

La garantie de l'organisateur est tempérée par le principe de la bonne foi. L'application par analogie des règles du contrat d'entreprise, qui reprennent, pour l'essentiel, celles de la garantie en matière de vente, exclut des prétentions basées uniquement sur des attentes purement subjectives, comme par exemple la qualité hôtelière suisse même dans des pays lointains. Cependant, en même temps elle exige de l'organisateur qu'il fournisse un minimum de prestations conformes à l'attente d'un voyageur européen quitte à l'informer très correctement de l'existence ou de la possibilité de certains inconvénients du voyage.

Ces règles sur la garantie, une fois de plus, devraient inciter les organisateurs de voyages à être le plus près de la vérité dans les informations qu'ils donnent ou devraient donner aux voyageurs.

(3) Les aspects particuliers

Deux aspects particuliers peuvent atténuer ou même éliminer la garantie de l'organisateur. Il est évident qu'il ne devra pas répondre si le défaut du voyage est imputable au voyageur. De plus, la garantie n'entre pas en ligne de compte si les circonstances ayant conduit à un défaut du voyage ne pouvaient pas être maîtrisées par l'organisateur de voyages. Certes, la garantie ne repose pas sur la faute de l'organisateur, mais elle présuppose au moins la possibilité de contrôler le bon déroulement du voyage. Ceci est vrai pour tous les faits de ses prestataires, mais non pour des causes extérieures comme des calamités naturelles ⁷⁶.

cc. Les conséquences juridiques

En cas de défaut du voyage, l'application par analogie des règles sur le contrat d'entreprise mettrait le voyageur au bénéfice de plusieurs prétentions: droit à la réparation, à la diminution du

⁷⁵ TERCIER, p. 171 s.

⁷⁶ TERCIER, p. 171 s.; SPRECHER, p. 11.

prix, à la résolution du contrat, et, sous certaines conditions, au paiement de dommages-intérêts. Si le principe de cette application est pour nous acquis, il convient toutefois, pour le contrat d'organisation de voyage, d'en adapter les conséquences. La situation légale doit, dans cette perspective, aussi être examinée à la lumière de la pratique contractuelle telle qu'elle se reflète dans les CG.

(1) La «réparation»

Selon l'art. 368 al. 2 CO, le maître dispose à l'égard de l'entrepreneur, dans l'hypothèse d'un défaut «de moindre importance», d'un droit à la réparation ou encore, dans des conditions strictes, d'un droit de faire réparer l'ouvrage par un tiers aux frais de l'entrepreneur (art. 366 al. 2 CO).

Ces dispositions ne peuvent être appliquées telles quelles au contrat d'organisation de voyage. Le voyage n'est pas une chose qui se répare mais une prestation de services composée de plusieurs éléments fondus en un tout.

Néanmoins, lors d'un voyage il est possible de remédier à certains «défauts». Un hôtel de remplacement de même qualité peut être trouvé si l'hôtel réservé est complet. La chambre retenue avec vue sur la mer peut être trouvée si le voyageur se voit attribuer une chambre donnant sur la cour.

La question de savoir si ce «défaut» est de «moindre importance» dépend de toutes les circonstances du cas particulier. Notons toutefois que des qualités auxquelles l'on ne peut s'attendre légitimement peuvent faire l'objet d'une promesse et constitueront donc, au sens de la loi, une qualité promise.

Ce droit à la réparation est toutefois soumis à la condition qu'elle n'entraîne pas, pour l'organisateur de voyages, des «dépenses excessives». De nouveau, ce seront les circonstances d'espèce qui devraient être déterminantes. En règle générale, il faut plutôt pencher en faveur du voyageur qui n'a pas de prise sur le choix des prestataires de services. Pour prendre un exemple: en cas d'overbooking d'un hôtel de classe moyenne et en l'absence d'une solution de rechange dans la même catégorie d'hôtel, le logement dans un hôtel de classe supérieure et le paiement de son prix ne constituerait pas une dépense excessive pour l'organisateur de voyages.

Reste le problème de savoir si le voyageur peut, en cas de refus de l'organisateur ou de son représentant sur place, ou en l'absence de tout représentant de l'organisateur, chercher lui-même une solution de remplacement, même plus coûteuse, et ceci aux

frais de l'organisateur⁷⁷. L'application par analogie de l'art. 366 al. 2 CO permet, à notre avis, cette solution. L'argument consistant à dire que les autres remèdes du voyageur sont suffisants ne semble pas convaincant: si l'hôtel est misérable, si le représentant local de l'organisateur refuse d'agir pour trouver une solution de remplacement, il n'est pas possible de consoler le voyageur avec une réduction de prix, à obtenir éventuellement. Notons que cette interprétation de la loi ne risque pas de conduire à des «contestations sans fin»⁷⁸. Le voyageur, ayant sommé l'organisateur de remédier à une situation non conforme au contrat, prend les mesures de remplacement à ses risques; il en sera discuté après le voyage dans le cadre de la garantie de l'organisateur.

(2) La réduction du prix

Rien ne s'oppose à ce que l'action en diminution de prix, prévue à l'art. 368 al. 2 CO, soit applicable par analogie au contrat d'organisation de voyage.

(3) La résolution du contrat⁷⁹

L'art. 368 al. 1 CO permet la résolution du contrat d'entreprise si l'ouvrage est «inacceptable» en raison de la gravité particulière du défaut. Cette disposition, adaptée au contrat d'organisation de voyage, donnerait le résultat suivant: Si le voyage, au vu des promesses faites ou des qualités attendues, s'en écarte sensiblement de sorte que l'on ne peut exiger du voyageur qu'il continue le voyage, il peut résoudre le contrat. La résolution, étant la mesure la plus importante que le voyageur pourra prendre, ne devrait intervenir qu'à titre subsidiaire, à savoir si ses demandes de remédier à une situation grave et non conforme au contrat n'ont pas trouvé de réponse positive et rapide de la part de l'organisateur. Cependant, comme on ne peut demander au voyageur de bonne foi de passer ses vacances à régler ses différends avec l'agence, pourvu qu'il y ait eu effectivement défaut grave du voyage, les exigences quant à la demande et au délai de «réparation» doivent être appréciées dans la perspective d'un voyageur «normal».

⁷⁷ Egalement dans ce sens TERCIER, p. 173.

⁷⁸ Voir cependant TERCIER, p. 175 s.

⁷⁹ Cour de justice Genève, SJ 1982, p. 578 s., considérant 4, et p. 588 ss.

(4) Les dommages-intérêts

(a) *Le principe*: L'art. 368 al. 2 in fine CO renvoie, en ce qui concerne la responsabilité en cas de préjudice, aux règles générales. C'est dire qu'en principe les art. 97 et 101 CO sont applicables aussi en matière de contrat d'organisation de voyage. Trois formes de dommage doivent être distinguées: le dommage direct, le dommage indirect et le tort moral, y compris le tort pour des vacances «gâchées». Le principe de la responsabilité de l'organisateur de voyages pour la réparation d'un dommage direct ne pose pas de problèmes⁸⁰. Répétons seulement qu'il répond du fait de ses auxiliaires, donc non seulement de son propre personnel mais aussi de ses prestataires de services.

(b) *Le dommage supplémentaire*: Si l'on laisse de côté une éventuelle responsabilité extracontractuelle de l'organisateur de voyages, il reste la question de savoir s'il répond d'un dommage supplémentaire. Comme les art. 363 ss. CO ne font pas cette différence, contrairement à l'art. 208 al. 2 et 3 CO, il n'y a pas de raison de ne pas appliquer la règle générale du CO qui veut que tout dommage soit réparé. Une différenciation, selon qu'il s'agisse d'un dommage direct ou indirect, pourra cependant être envisagée sur la base des critères élaborés en matière de contrats de vente.

(c) *Le tort moral*: L'art. 99 al. 3 CO réserve aussi en matière contractuelle la possibilité pour le lésé de demander réparation d'un tort moral. Depuis la révision de l'art. 49 CO, les conditions ont été allégées pour la réclamer. Cette situation est satisfaisante de lege lata⁸¹.

Un seul point mérite examen. Si, par suite de défauts graves, les vacances ont été complètement gâchées pour le voyageur de sorte que son repos et sa détente n'ont pu se réaliser, s'agit-il d'un cas de tort moral à réparer ou non? Dans cette hypothèse, il n'y a pas dommage matériel ni dommage immatériel au sens traditionnel du terme⁸². Le voyageur n'aura pas droit à une indemnité malgré le fait que ses vacances constituaient pour lui et sa famille un moment privilégié dans l'année.

Le droit allemand accorde au voyageur une indemnité pour des dommages immatériels, sur la base d'une longue jurispru-

⁸⁰ TERCIER, p. 179. Le voyageur a droit à la somme due. Il peut refuser un «bon» à utiliser lors d'un prochain voyage avec le même organisateur.

⁸¹ TERCIER, p. 177.

⁸² GAUCH, RSJ 1983, p. 276; cf. aussi Obergericht Zürich, 13.11.1980, RSJ 1981, p. 79 ss.

dence qui les a «commercialisés», pour en faire des dommages matériels. La loi sur le contrat de voyage a consacré cette jurisprudence⁸³. La différence importante entre les régimes allemand et suisse en matière de responsabilité ne permet cependant pas de reprendre telle quelle cette législation. Même si de lege ferenda une telle indemnité, en élargissant le concept du tort moral, serait concevable, de lege lata, il appartient à la jurisprudence de définir le contenu d'une prétention en tort moral. La jurisprudence suisse pourra donc aller dans la direction de celle de l'Allemagne, mais les chances en semblent minimes.

dd. Les conditions d'exercice de la garantie

Le renvoi de principe aux règles du contrat d'entreprise pose aussi certains problèmes quant aux conditions d'exercice de cette garantie. L'art. 367 al. 1 CO prévoit un avis de défauts après la livraison de l'ouvrage. L'art. 370 al. 2 CO consacre une présomption irréfragable d'acceptation d'un ouvrage défectueux en cas d'absence d'avis ou d'avis tardif des défauts.

Ces règles, appliquées par analogie, signifient pour le contrat d'organisation de voyage:

(1) L'avis des défauts

Le voyageur doit signaler à l'organisateur ou à son représentant tous les défauts qu'il a constatés. L'absence d'une telle «réclamation» entraînerait la perte de tous les droits issus de la garantie légale. A défaut de pouvoir faire cette réclamation sur place, elle doit être faite «aussitôt» après le retour, à savoir dans un délai bref qui laisse cependant au voyageur un temps de réflexion.

Notons que c'est le caractère du défaut qui doit être signalé dans ces délais avec une précision suffisante, mais non le moyen juridique que le voyageur entend invoquer contre l'organisateur de voyages, mais sous réserve d'une demande de «réparation» si celle-ci, vu les circonstances d'espèce, peut être attendue de bonne foi et dans des délais raisonnables.

(2) La demande de «réparation»

L'avis des défauts permet souvent à l'organisateur, plus précisément à son représentant sur place ou à son prestataire de services, d'y remédier. Comme il n'y a pas de «réparation» après la

⁸³ § 651 f al. 2 BGB.

fin du voyage, cet avis doit être accompagné d'une demande de remédier au défaut. Les autres moyens de droit seraient exclus si, lors du voyage, le défaut peut «être réparé» dans des conditions acceptables pour le voyageur. De nouveau, il n'est pas possible d'être plus précis. Ce qui est «acceptable» dépend du type de voyage, des promesses faites ou des qualités que le voyageur pouvait légitimement attendre.

ee. Prescription

La prescription de l'art 371 al. 1 CO peut s'appliquer sans autre au contrat de voyage.

ff. Les conditions générales de voyage

Comme les CG régissent en pratique les contrats de voyage, il faut examiner la validité de leur contenu.

Les clauses d'intermédiaire et celles qui doivent lui être assimilées ont déjà été discutées⁸⁴. Elles sont sans valeur juridique.

Il reste à examiner les clauses directement liées à la garantie de l'organisateur de voyages. A cet égard, vu le caractère dispositif de ces normes, elles sont de lege lata en règle générale licites.

Les CG peuvent même être utiles en clarifiant certaines incombances ou devoirs des deux parties: conditions de réclamation lors du voyage ou délai pour cette réclamation après la fin du voyage, fixation d'un délai de prescription s'il devait être inférieur à celui qui est légalement applicable, et surtout: définition de ce qui est défaut mineur ou majeur, laissant au voyageur le droit de résoudre le contrat ou, à défaut d'une «réparation», de demander la diminution du prix.

Il est évident que ces remarques sur les CG présupposent que le Tribunal fédéral continuera à ne pas procéder à un contrôle spécifique du contenu des CG, selon les critères de l'art. 2 CC ou des art. 19 al. 2 et 20 al. 1 CO.

6. La fin du contrat

Incidemment, nous avons déjà parlé de certaines causes qui mettent fin au contrat. Il convient de les rappeler tout en distinguant les causes intervenant avant ou durant le voyage et celles pouvant être invoquées par l'organisateur de voyages ou par le voyageur.

⁸⁴ Cf. supra p. 422 s.

a. Le rappel des causes de fin du contrat admises

L'assimilation du contrat d'organisation de voyage au contrat d'entreprise a pour conséquence de ne pas permettre la libre révocation du contrat de voyage selon l'art. 404 CO, même si cet article prévoit l'obligation pour la partie qui résout le contrat de verser à l'autre partie une indemnité pour cause de révocation du contrat en temps inopportun.

aa. La fin du contrat dans l'optique du voyageur

Avant le début du voyage, deux hypothèses doivent être distinguées:

(1) Le voyageur se fait remplacer par une personne que l'organisateur ne peut refuser. Dans notre optique, il n'y a pas fin de contrat, étant entendu que le voyageur initial reste tenu au paiement⁸⁵.

S'il ne trouve pas de remplaçant, il y a effectivement rupture du contrat avec les conséquences juridiques signalées, avec toutefois l'obligation de l'organisateur de minimiser le dommage qu'il aurait ainsi subi⁸⁶.

(2) En cas d'inexécution ou d'exécution tardive, les règles générales du CO permettent au voyageur de se départir du contrat⁸⁷.

Après le début du voyage, dans les conditions strictes décrites⁸⁸, un défaut grave d'exécution permet au voyageur de mettre fin à ses relations contractuelles et de faire valoir ses droits.

bb. La fin du contrat dans l'optique de l'organisateur de voyages

Avant le début du voyage, la clause d'une participation minimale, à condition qu'elle soit clairement portée à la connaissance du voyageur intéressé, permet à l'organisateur de voyages de mettre fin à toute relation contractuelle. Il en est de même si des circonstances dont il ne peut être responsable aux termes de l'art. 119 CO rendent l'exécution du voyage impossible.

Après le début du voyage, les mêmes principes s'appliquent. L'art. 119 CO permettrait surtout à l'organisateur de voyages d'annuler des étapes du voyage en cas de guerre ou d'autres faits similaires, donc pour des faits qui ne lui sont pas imputables.

⁸⁵ Cf. supra p. 428 ss.

⁸⁶ Cf. supra p. 429 s.

⁸⁷ Cf. supra p. 432 ss.

⁸⁸ Cf. supra p. 439.

cc. Les conditions générales de voyage

Elles prévoient en général un forfait du prix du voyage, proportionnel, en fonction de la date de la résolution du contrat de voyage. Deux rappels d'abord: Ce problème ne concerne pas le remplacement d'un voyageur par une autre personne proposée par le voyageur initial. L'obligation de l'organisateur de trouver, dans son activité ordinaire, un remplaçant au voyageur initial subsiste.

De lege lata, de telles clauses sont licites, sous réserve de l'obligation déjà signalée de l'organisateur de minimiser le dommage.

b. Les problèmes restant ouverts

En matière de contrat d'organisation de voyage, l'on peut s'interroger sur la possibilité d'une application analogique des art. 377 et 378 CO⁸⁹. En l'absence de CG de voyage, par exemple lors d'une commande de voyage par téléphone, les règles du CO s'appliquent. Ainsi, selon l'art. 377 CO, le voyageur pourrait se départir du contrat pendant le voyage tout en indemnisant l'organisateur de voyages des prestations déjà fournies.

L'art. 378 al. 1 CO permettrait à l'agence non seulement le recouvrement de ses frais de dossier, mais aussi de ses dépenses déjà engagées pour le voyage, l'action en dommages-intérêts selon l'al. 2 étant réservée.

V. L'accès à la justice

Une amélioration du droit matériel ne saurait suffire⁹⁰. Il est aujourd'hui reconnu que le consommateur doit avoir un accès facile et peu coûteux à la justice pour faire valoir ses droits. En effet, l'ignorance du consommateur de ses droits, la crainte de devoir agir devant les tribunaux, les frais d'une procédure civile souvent hors de proportion avec la valeur litigieuse, le for fixé au siège du fournisseur, et enfin, le caractère considéré comme impératif des clauses, imprimées souvent en petits caractères, sont autant de facteurs qui, dans la réalité, empêchent le consommateur d'agir. Le souverain l'a compris en acceptant l'art. 31^{sexies} al. 3 CF.

⁸⁹ Cour de Justice Genève, SJ 1982, p. 578 s., 588 ss.

⁹⁰ TERCIER, p. 187 ss.

Le problème touche tous les contrats de consommation, voire même tous les contrats où la valeur litigieuse est basse. Le contrat d'intermédiaire ou d'organisation de voyage ne pose à cet égard aucun problème particulier.

1. La situation actuelle

La Constitution, à son art. 31^{sexies} al. 3, exige des cantons qu'ils «établissent une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide s'appliquant, jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse à fixer par le Conseil fédéral, aux différends qui découlent de contrats conclus entre consommateurs finals et fournisseurs». A notre avis, le contrat de voyage peut sans autre être considéré comme un contrat entre consommateur et fournisseur. La règle constitutionnelle s'applique donc. La valeur litigieuse a été fixée par le Conseil fédéral à 8000 francs⁹¹, donc à une somme qui devrait permettre de couvrir l'essentiel de la problématique des litiges en matière de contrats de voyage.

La compétence pour instituer de telles procédures simplifiées et rapides appartient, conformément à la Constitution, aux cantons. Certains ont déjà introduit, dans leurs codes de procédure, en les modifiant, des règles spécifiques. D'autres cantons, cependant, n'ont pas encore répondu à l'obligation constitutionnelle qui leur a été imposée.

De plus, il convient de rappeler le modèle déontologique de la FSAV qui permet à son secrétaire général de recevoir des réclamations et de s'entremettre entre les parties pour trouver une solution à l'amiable. Nous avons déjà souligné le caractère aussi bien méritoire que limité de ces mesures⁹². Peu connue du public, donc du voyageur, limitée à une intervention à l'égard des seules membres de l'association, cette procédure n'a qu'un impact mineur.

2. Quelques problèmes particuliers

Deux aspects peuvent être signalés de lege lata.

(1) S'il y a litige judiciaire, il se termine normalement en première instance. Les règles d'un recours en réforme ne permettent qu'exceptionnellement de le porter devant le Tribunal

⁹¹ Ordonnance du Conseil fédéral du 19. 5. 1982 (RS 944, 8).

⁹² Supra p. 410.

fédéral. L'absence de jurisprudence au niveau de la Cour suprême en matière de contrats de voyage en est d'ailleurs la preuve. Une jurisprudence uniforme du droit fédéral du contrat de voyage n'est donc pas à attendre. Il s'y ajoute que la publication des arrêts cantonaux, de ce fait particulièrement important, est rare.

(2) L'art. 59 CF qui fixe le for au domicile du débiteur est presque régulièrement écarté par les CG qui le fixent au siège de l'organisateur. La jurisprudence considère une telle clause comme insolite et établit des critères stricts à son incorporation dans le contrat. Ainsi, cette clause de prorogation de for doit être mise en évidence par une présentation typographique claire, et, selon la dernière jurisprudence, le consommateur doit être rendu attentif, par des explications ou autres moyens appropriés, sur la portée de cette clause⁹³. Cette jurisprudence vaut en principe aussi pour les rares clauses d'arbitrage que l'on peut trouver dans les CG de voyage.

⁹² Supra p. 424 s.

C. La situation de lege ferenda

Une législation spéciale réglementant le contrat de voyage à forfait a été demandée par des initiatives parlementaires à plusieurs reprises. Le professeur TERCIER, dans son avis de droit, conclut, lui aussi, à la nécessité d'une intervention législative⁹⁴.

L'analyse de la situation de lege lata a conduit au constat que plusieurs problèmes ne peuvent être résolus de façon satisfaisante sur la seule base du droit en vigueur. Avant de parler du contenu d'une éventuelle révision de la législation actuelle, certaines questions préalables doivent être examinées.

I. Les questions préalables

Actuellement, toute proposition de nouvelle législation ou de complément de loi rencontre des oppositions de principe. Elles sont fondées soit sur le slogan du «moins d'Etat» soit sur l'affirmation que la législation actuelle est suffisante. Dans les deux axes d'argumentations l'idée sous-jacente est que l'inflation des lois ne peut que nuire aux destinataires des normes.

Ces objections doivent être prises au sérieux. En effet, il n'est pas indispensable de faire appel au législateur chaque fois qu'un problème de détail se manifeste. C'est le rôle du juge de le résoudre en appliquant la loi et en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce, voire en développant le droit (art. 1 al. 2 CC).

Cependant, si typiquement les mêmes questions sont soulevées – et ici il faut citer non seulement les rares cas tranchés par la jurisprudence mais aussi et surtout ceux que l'on trouve en étudiant les dossiers des organisations de consommateurs –, il est indispensable de poser la question de principe d'une réforme de la législation.

⁹⁴ TERCIER, p. 198 ss. (thèses).

1. Les besoins de protection du voyageur

L'analyse du droit en vigueur a démontré que celui-ci n'est que partiellement apte à répondre au besoin de protection du voyageur. Lorsqu'il s'agit du contrat d'intermédiaire de voyage, les règles du mandat sont certes parfaitement adaptées. Aucune intervention ne se justifie⁹⁵. Cependant, il en va autrement pour le contrat d'organisation de voyage qui, seul, sera dorénavant discuté dans une perspective de politique législative.

Trois zones problématiques ont pu être dégagées: l'information du voyageur, le contenu équilibré du contrat et l'accès à la justice. A première vue, cette constatation n'a rien de particulier car elle vaut de la même manière pour d'autres contrats de consommation. Cependant, il y a tout de même des spécificités dans le domaine du contrat de voyage qui justifient un examen plus détaillé d'une éventuelle intervention du législateur.

a. L'information du voyageur

L'information du voyageur se fait à travers la publicité, les catalogues et le contenu d'un document contractuel s'il en est établi un. Malgré toutes les améliorations que l'on peut constater dans ce domaine ces dernières années, force est de noter que le manque de transparence des offres et des prix est encore grand.

b. Le contenu du contrat de voyage

Il reste, pour l'essentiel, réglé par les CG qui, formulées préalablement et unilatéralement, avantagent l'organisateur de voyages et doivent souvent être qualifiées d'abusives. Le contrat de voyage n'étant pas réglé spécifiquement par la loi et les tribunaux n'ayant que rarement à trancher des litiges en cette matière, il règne une grande insécurité juridique qui laisse le champ libre à la formulation de ces clauses de CG.

c. L'accès à la justice

En cas d'insatisfaction du voyageur, manifestée par une réclamation, ses moyens de défense sont minimes. Son inactivité souvent résignée en est la preuve. D'une part, il a déjà payé la totalité du prix de voyage avant de l'entreprendre; d'autre part, c'est à lui qu'incombe le fardeau de la preuve pour toute défail-

⁹⁵ TERCIER, p. 117 et thèse 11.

lance dans le déroulement du voyage. Pour le surplus, comme les sommes réclamées sont habituellement relativement modestes, les frais de justice sont hors de proportion avec la valeur litigieuse. De façon générale, il convient de rappeler que pour cette raison, le Tribunal fédéral, encore jamais saisi d'un cas de contrat de voyage^{95 bis}, ne le sera pas non plus à l'avenir à cause des règles très restrictives sur la recevabilité d'un recours en réforme.

2. La base constitutionnelle d'une intervention législative

Ce rapport se limitant au droit privé, il est évident que l'art. 64 CF peut servir de base constitutionnelle pour que le Parlement édicte des mesures protectrices. Pour le surplus, l'art. 31^{sexies} CF qui oblige la Confédération à agir en faveur des consommateurs, offre une base supplémentaire.

3. Le problème du code unique

Le droit privé suisse est basé sur le principe du code unique. Les mérites de cette approche législative ont été soulignés avec raison lors du centenaire du CO⁹⁶. Toute réglementation du contrat de voyage doit dès lors s'inscrire dans cette perspective encore approuvée récemment. C'est dire qu'une législation spéciale n'entre pas en ligne de compte mais seulement une modification ou une adjonction aux dispositions existantes du CO.

4. La nature des normes

Si l'on accepte l'analyse qui conclut à la nécessité d'une protection du voyageur et par conséquent d'une intervention du législateur dans le domaine du droit privé, les nouvelles normes ne peuvent être de nature dispositive. Elles seraient tout de suite écartées par des CG. Seules des normes impératives entrent en ligne de compte, avec cette particularité toutefois qu'elles ne constitueront qu'un minimum de protection, quitte à ce que les organisateurs de voyages, dans un marché de concurrence,

^{95 bis} Cf. maintenant ATF 111 II 270.

⁹⁶ PIERRE ENGEL, Cent ans de contrat sous l'empire des dispositions générales du Code fédéral des obligations, RDS 1983 II, p. 1 ss.; EUGEN BUCHER, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, RDS 1983 II, p. 257 ss.

ailent au-delà de la protection légale. Les dispositions auraient donc, comme souvent en droit du travail, un caractère semi-impératif. Pour le surplus, rien n'empêcherait les organisations concernées, de la branche du tourisme et des consommateurs, de négocier, sur la base du nouveau droit, des conditions plus strictes concernant la publicité ou les CG, ou encore de convenir de modes de conciliation des litiges.

II. La définition du contrat de voyage

Le CO, pour les contrats nommés, définit les obligations principales des partenaires contractuels. En bonne technique législative, il doit en être de même du contrat de voyage. En outre, s'agissant, de lege lata, d'un contrat *sui generis*, la sécurité du droit exige, pour les partenaires contractuels et pour le juge appelé à appliquer le nouveau droit, une définition légale du contrat d'organisation de voyage.

1. La définition

Suivant la CCV et les solutions législatives étrangères ainsi que TERCIER⁹⁷ qui s'en inspire, le contrat de voyage peut être défini comme étant celui «par lequel une personne (l'organisateur) s'engage en son nom à procurer à une autre (le voyageur), moyennant un prix global, un ensemble de prestations ...»

Cette définition générale appelle quelques remarques spécifiques.

2. Les précisions sur la terminologie

L'organisateur de voyages est normalement une personne ou une entreprise qui agit à titre professionnel. Dans la perspective d'une protection efficace du voyageur, il n'y a pas de raison déterminante pour ne pas appliquer, en droit privé, les mêmes règles aux organisateurs occasionnels, même s'ils n'agissent qu'à titre non lucratif.

Le voyageur est la personne qui souscrit le contrat de voyage, qu'il l'entreprenne ou non, qu'il se fasse remplacer ou non. Le terme de consommateur ne doit pas être défini ici. Il suffit de décrire sa qualité de partenaire à un contrat d'organisation de voyage.

⁹⁷ Cf. TERCIER, thèse 13.

3. La clause dite d'intermédiaire

Dans les contrats d'organisation de voyage elle est nulle déjà de lege lata. Mais des précisions s'imposent. Lorsqu'une agence de voyages non-organisatrice «vend» un voyage sans pour autant révéler sa qualité de pur intermédiaire et en laissant croire à un client de bonne foi qu'elle est l'organisatrice de ce voyage, elle doit être considérée comme telle et répondra comme l'organisateur⁹⁸.

4. La prestation unique de l'organisateur

L'objet du contrat de voyage a été défini comme «un ensemble de prestations». Ceci excluerait l'application des nouvelles dispositions à tout contrat ayant pour objet une prestation «unique», avant tout la location de chalets ou d'appartements de vacances. En règle générale, l'agence n'est qu'intermédiaire. Mais, parfois, et les dossiers des organisations de consommateurs le prouvent, cette location se fait au nom de l'agence; le nom du bailleur n'est connu qu'à la dernière minute ou pas du tout. Toute relation contractuelle n'existe qu'entre l'agence et le locataire. Cette situation bien qu'il n'y ait pas un «ensemble de prestations», doit, de lege ferenda, être assimilée à un contrat d'organisation de voyage⁹⁹.

5. Conclusion intermédiaire

Devraient être soumis à une législation sur le contrat d'organisation de voyage, 1^o les contrats qui prévoient un ensemble de prestations offert par l'agence organisatrice contre un prix global, 2^o les contrats où l'agence fait croire au voyageur de bonne foi qu'elle organise le voyage elle-même tout en étant en fait seulement intermédiaire, 3^o les contrats à prestation unique conclus entre l'agence et le voyageur si celui-ci devait de bonne foi croire en la qualité d'organisateur de l'agence.

III. La technique législative

TERCIER¹⁰⁰ propose, dans son avis de droit, d'insérer dans le CO un chapitre spécial consacré au contrat d'organisation de

⁹⁸ TERCIER, thèse 19.

⁹⁹ Obergericht Zürich (25.8.1983), ZR 1984, p. 33 ss.

¹⁰⁰ TERCIER, thèse 13: art. 379 a al. 2 CO nouveau.

voyage avec renvoi, pour toutes les questions non réglées spécifiquement, au droit du contrat d'entreprise. Compte tenu de ce que nous avons dit sur le principe du code unique, on ne peut qu'approuver cette démarche qui tient aussi compte de la parenté du contrat de voyage avec le contrat d'entreprise. Reste à fixer l'ampleur de la législation spécifique et l'importance d'un renvoi législatif global aux règles des art. 363 ss. CO. Précisons que s'il y a renvoi, ces règles deviennent, comme les règles spécifiques au contrat de voyage, du fait du renvoi également semi-impératives¹⁰¹. En effet, il n'est pas question que, pour des raisons de technique législative, la pratique contractuelle puisse être en mesure de s'écarter des dispositions protectrices.

IV. Quelques problèmes particuliers

Nous suivons ici le fil de l'analyse du droit actuel dans une perspective de politique juridique.

1. La phase précontractuelle

Elle concerne essentiellement la publicité. La LCD actuelle, mais surtout la LCD future, avec cette disposition qui accorde aux organisations de consommateurs la qualité pour agir, semble suffisante pour prendre des mesures destinées à faire cesser les publicités abusives dans le secteur du tourisme.

Des abus peuvent ainsi être réprimés. On peut cependant se poser la question de savoir si, à l'instar de la réglementation sur la vente par acomptes et de la législation projetée sur le crédit à la consommation, une information positive doit être exigée ou s'il suffit de se contenter de s'attaquer aux seuls abus. Il semble cependant que la concurrence soit vive sur les prix et que seule la tromperie en la matière (non-indication de tous les éléments du prix, prix «à partir de...») doive être éliminée. La LCD suffit à cet égard.

Il n'en reste pas moins que l'information sur le prix du voyage devrait être plus transparente. La législation sur l'indication des prix existe, et il suffirait que le Conseil fédéral, sur la base de la compétence que l'art. 20 al. 1 LCD lui accorde, édicte une ordonnance dans ce sens.

¹⁰¹ Cf. supra p. 449 s.

Une législation spéciale concernant la phase pré-contrattuale n'est pas nécessaire. Les bases légales pour améliorer la situation actuelle existent ¹⁰².

2. Le problème des CG de voyage

L'utilisation des CG de voyage n'est pas un problème spécifique au contrat d'organisation de voyage. Elle peut même, pour un contrat sui generis, rendre des services en clarifiant les droits et devoirs des partenaires contractuels.

Néanmoins, nous avons dû constater le caractère unilatéral de ces clauses. A nouveau, ce problème central du combat contre les clauses abusives des CG n'est pas propre au contrat de voyage mais concerne tous les contrats de consommation, voire même tous les contrats conclus sur la base de CG, même entre professionnels.

L'incorporation et l'interprétation des CG de voyage sont soumises, de lege lata, aux règles générales développées par la jurisprudence. Le problème principal se situe cependant au niveau du contenu même des clauses et de leur équité. Pour l'instant, le TF se refuse à tout contrôle en dehors des limites traditionnelles de l'autonomie de la volonté.

Ce rappel très bref de la situation juridique actuelle situe l'importance de l'art. 8 du projet de LCD qui permettrait aux organisations de consommateurs de demander au juge de prononcer une interdiction d'utilisation de CG contraires aux critères de la loi, donc abusives. Cette disposition proposée aux Chambres fédérales aura son importance aussi dans le domaine du contrat d'organisation de voyage. Pourtant, les limites juridiques de cette règle sont connues: Elle ne concerne que la loyauté dans les affaires, et il n'y a pas de lien direct avec le CO, de sorte que des clauses considérées comme abusives dans les rapports de concurrence ne sont pas automatiquement nulles dans les rapports de droit privé entre l'organisateur de voyages et le voyageur. Si cet art. 8 LCD pouvait, par exemple, à travers un art. 20 al. 3 CO nouveau, avoir une incidence directe en droit privé, une réglementation spéciale du problème très général des CG serait superflue ¹⁰³.

A supposer que le problème des CG trouve une solution satisfaisante dans la LCD, accompagnée d'une norme ayant

¹⁰² Dans le même sens, TERCIER, thèse 14.

¹⁰³ STAUDER (note 9), p. 87

pour objet d'en assurer les effets en droit privé, la situation du voyageur s'en trouverait certainement renforcée. Il n'en reste pas moins que dans des «domaines sensibles», pour reprendre ici les termes du Conseil fédéral, une stratégie pour combattre des CG abusives doit être menée sur deux niveaux. Le deuxième consisterait à édicter des normes impératives de droit privé auxquelles il serait interdit de déroger par une convention de droit privé et surtout par des CG, en défaveur du voyageur.

Dans la suite de l'examen du contrat d'organisation de voyage, cet aspect – la priorité de l'autonomie de la volonté ou la nécessité de normes protectrices impératives – sera au centre de nos analyses.

3. La conclusion et la forme

a. Le principe

Si la conclusion du contrat répond aux conditions générales du CO, on peut se demander si ce contrat, à l'instar d'autres contrats de consommation ¹⁰⁴, doit être soumis à la forme écrite et présenter un certain contenu minimum.

En principe, aucune forme n'est requise pour ce contrat. Une forme écrite lorsqu'elle est légalement prescrite, peut avoir plusieurs fonctions, soit de mettre en garde le débiteur contre le danger de son engagement soit de garantir, dans l'intérêt général, la sécurité juridique d'une transaction ou encore de servir de moyen de preuve. Seules les première et troisième hypothèses peuvent entrer en ligne de compte ici.

Or, une information améliorée telle que proposée selon une nouvelle LCD serait susceptible de donner au voyageur les indications dont il a besoin. Pour le surplus, il n'apparaît pas nécessaire d'interdire des pratiques de réservations téléphoniques de voyage. Avec TERCIER ¹⁰⁵ nous considérons qu'en principe le CO sait répondre aux exigences d'une protection du voyageur lors de la conclusion du contrat de voyage.

b. La réserve

Une réserve doit toutefois être émise. Le voyageur a besoin d'un document lui indiquant tous les éléments des prestations et des

¹⁰⁴ Cf. art. 226 a CO.

¹⁰⁵ TERCIER, p. 129 et thèse 15.

coûts de son voyage, et surtout les frais supplémentaires non inclus dans le «tout compris». Cette nécessité existe pour les contrats conclus dans la forme écrite et surtout lorsqu'ils le sont oralement; elle n'a cependant pas la même signification juridique. Dans la première hypothèse où la forme écrite a été convenue entre les partenaires contractuels, le document contractuel sert de document de preuve surtout pour l'organisateur. Par contre, s'il y a conclusion orale d'un contrat de voyage, la situation se présente en partie autrement. En effet, le voyageur, soit qu'il ne puisse s'appuyer sur aucun document écrit soit que la confirmation ne corresponde pas aux conventions oralement conclues, éprouvera des difficultés de preuve lorsqu'il s'agira plus tard de présenter des réclamations.

Par conséquent, tout en réservant, contrairement à d'autres contrats de consommation, le principe de la liberté de forme, un certain formalisme est de rigueur, qui exigera la remise au client d'un document de voyage contenant toutes les informations nécessaires, surtout celles qui définissent la responsabilité de l'organisateur de voyages ou de son représentant ¹⁰⁶.

c. Les conséquences juridiques

La proposition d'introduire l'obligation pour l'agence de remettre au voyageur un document écrit ne constitue nullement une manière d'exiger, de façon détournée, l'observation de la forme écrite, avec les conséquences légales connues.

Deux hypothèses doivent être distinguées:

(1) Un document contractuel a été remis au voyageur, contenant des informations fausses ou incomplètes. Au niveau de cette description du voyage, il peut lui servir de base pour une prétention en garantie.

(2) Si la réservation a été faite par téléphone ou oralement à l'agence et que les informations exigées n'ont pas été fournies, il y a culpa in contrahendo de la part de l'organisateur de voyages. Il répondra des dommages que peuvent subir les voyageurs à cause de l'absence de cette information.

Dans les deux hypothèses, réservation orale ou réservation écrite sur la base d'une information fausse ou non complète, le voyageur pourra se retourner contre l'organisateur de voyages.

¹⁰⁶ Autre avis TERCIER, p. 134 et thèse 16.

4. *Les obligations des parties*

a. La nécessité de définir les obligations des parties

Conformément à la tradition du CO, il conviendrait de définir le contrat d'organisation de voyage en énonçant les obligations des parties afin de mettre en évidence sa spécificité et en même temps sa parenté avec le contrat d'entreprise ¹⁰⁷.

Cette nécessité législative est contestée. Certes, l'application par analogie de certaines dispositions du contrat d'entreprise pourrait rendre superflue une législation spéciale. Cependant, les obligations des parties au contrat d'organisation de voyage ne peuvent être décrites et définies de façon précise que par une disposition légale.

Il suffit de ne mentionner que les prestations principales, à savoir l'obligation de fournir le voyage organisé promis par l'agence de voyages organisatrice et celle du voyageur de payer le prix global. Les obligations accessoires qui, pour l'essentiel, doivent être déduites, faute d'une réglementation contractuelle, du principe de la bonne foi, n'ont pas de place dans une définition légale, et ceci d'autant moins que les circonstances d'espèce jouent un rôle déterminant dans leur description.

Une définition légale du contrat d'organisation de voyage répondrait à ces postulats. Il n'en reste pas moins que sur certains points une précision législative est susceptible d'être importante.

b. Les obligations de l'organisateur de voyages

Le champ d'application de la nouvelle législative devrait être clairement défini. Comme la clause d'intermédiaire, déjà nulle de lege lata, est toujours utilisée dans la pratique, il convient de la déclarer nulle expressément par une disposition légale spéciale ¹⁰⁸. Il faudrait ajouter que tout contrat ayant un rapport avec un voyage, même s'il n'a pour objet qu'une seule prestation, sera soumis aux nouvelles règles légales si le voyageur, de bonne foi, pouvait déduire des catalogues ou affirmations de l'agence de voyages qu'elle proposait sa propre prestation.

aa. *Les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité*

Si, en principe, la responsabilité de l'organisateur de voyages est ainsi définie, il reste la question de savoir s'il peut s'en libérer par

¹⁰⁷ TERCIER, thèse 13.

¹⁰⁸ TERCIER, thèse 19.

des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité. Les art. 100 et 101 CO lui en donnent la possibilité, même si ces clauses sont intégrées dans des CG.

Comme nous l'avons vu, la clause d'intermédiaire étant nulle, elle se retrouve souvent sous forme de clauses de limitation de responsabilité. De lege ferenda, le problème se pose donc dans les termes suivants: s'agit-il d'un problème général du droit régissant les CG ou y a-t-il des particularités du contrat de voyage qui nécessitent une réglementation spéciale?

En principe, une législation sur les CG serait, comme souligné auparavant, apte à réprimer les abus concernant le contenu contractuel. Cependant, s'agissant du contrat d'organisation de voyage, des problèmes particuliers surgissent qui mettent en opposition les intérêts des voyageurs à être indemnisés et les intérêts des organisateurs de voyages, dépendant pour l'essentiel de prestataires de services, à pouvoir calculer longtemps à l'avance et avec précision le prix de leurs prestations. Si la responsabilité de ces prestataires de services est limitée par une convention internationale comme celle de Varsovie en matière de transports aériens¹⁰⁹ ou, dans certains pays, par une législation spéciale dans le domaine de l'hôtellerie, l'organisateur de voyages, en cas de responsabilité que l'on lui imputerait, ne pourrait pas se retourner contre ces prestataires de services.

Plusieurs situations doivent être distinguées lorsque des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité sont imposées au voyageur dans des CG. En effet, la véritable négociation sur de telles clauses est rare dans la pratique et ne pose pas de problème particulier.

S'agissant de sa propre responsabilité ainsi que de celle du fait de ses auxiliaires, donc aussi de ses prestataires de services, l'organisateur de voyages devra être tenu pour responsable dans tous les cas sauf s'il y a négligence légère. En ce qui concerne les prestataires de services, la faute légère n'a pas seulement trait au choix de ces derniers mais se rapporte aussi aux prestations fournies. L'organisateur de voyages est en mesure de choisir et de surveiller ses prestataires de services, qui lui permettent d'offrir le voyage à forfait. Le fait qu'il ait des difficultés à se retourner contre ses prestataires, le plus souvent domiciliés

¹⁰⁹ SPRECHER, p. 12; cf. aussi KARL-HEINZ BÖCKSTIEGEL, Die IATA-Beförderungsbedingungen für Fluggäste und Gepäck, NJW 1974, p. 1017 ss., et le très important arrêt de la Cour Suprême d'Allemagne du 20. 1. 1983: BGHZ 86, p. 284 ss.

à l'étranger, ne permet pas d'exclure cette responsabilité. D'une part, l'organisateur de voyages a la possibilité de négocier des contrats avec des prestataires de services qui contiennent des clauses de responsabilité. D'autre part, rejeter ce point de vue signifierait que le voyageur devrait essayer d'obtenir satisfaction à l'étranger ce qui lui est impossible. En conclusion, les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité de l'organisateur de voyages doivent être considérées comme nulles dans la mesure où elles ne constituent qu'un substitut de la clause d'intermédiaire.

Reste la question de la limitation financière de la responsabilité de l'organisateur de voyages. Ces limitations sont décrites dans les CG comme suit: «Seul le dommage direct sera remboursé» ou «Le dédommagement est limité au prix du voyage».

De lege ferenda, de telles limitations ne se justifient pas. Certes, l'organisateur de voyages tient à calculer ses risques. Mais cet argument de prix ne saurait être retenu si le dommage du voyageur consiste en une atteinte à son intégrité corporelle et dépasse, toujours dans la perspective d'une faute imputable à l'organisateur de voyages, la somme limitée offerte en cas de dommage. Ceci est surtout vrai si le prestataire a été librement choisi par l'organisateur de voyages qui pouvait, nous le répétons, négocier les termes du contrat.

La situation peut être différente, si des conventions internationales ou des législations nationales prévoient impérativement des limitations de la responsabilité du prestataire de services que l'organisateur ne fait que «répercuter», dans ses CG, sur le voyageur. En effet, aucun recours de l'organisateur de voyages contre son prestataire n'est ici possible et il n'aura pas pu négocier des termes de contrat favorables aux voyageurs. Dans cette optique, une limitation de responsabilité peut être concevable, à la double condition toutefois qu'elle réserve les droits directs du voyageur contre le prestataire de services et que cette limitation ait été portée clairement à sa connaissance avant la conclusion du contrat. Si l'organisateur de voyages faillit à cette obligation d'information (l'imprimé en petits caractères ne saurait en principe suffire) il devra être tenu pour entièrement responsable de tout le dommage subi.

Il s'ensuit qu'il y a des particularités du contrat de voyage organisé qui exigent que, sur les points indiqués, des règles spécifiques soient édictées. Pour le reste, la réforme du droit régissant les CG serait suffisante.

bb. Les obligations d'information

Si l'on estime avec nous que des obligations très larges d'information existent déjà de lege lata, déduites du principe de la bonne foi en tant qu'obligations accessoires, aucune intervention législative n'est nécessaire. Pour le surplus, une réglementation légale ne pourrait que consacrer le principe de l'obligation de l'organisateur de voyages de fournir au voyageur toute information qui lui sera nécessaire avant la conclusion du contrat pour qu'il puisse faire un choix libre et raisonné, et après ce moment en vue du bon déroulement du voyage. Les circonstances d'espèce étant très différentes, aucune spécification plus détaillée ne pourrait être formulée légalement.

cc. L'obligation d'accepter un voyageur de remplacement

Nous avons admis de lege lata une obligation accessoire de l'organisateur de voyages d'accepter une personne de remplacement pourvu qu'elle remplisse les conditions de voyage, étant entendu que le voyageur initial restera tenu de payer le prix du voyage et les frais de dossier consécutifs à ce changement.

Comme dans certaines CG, ce remplacement du voyageur effectif est souvent encore qualifié de résolution du contrat, avec obligation pour le voyageur initial de payer une partie du prix de façon forfaitaire et, pour le voyageur remplaçant, de s'acquitter du total du prix de voyage, il convient de clarifier la situation par une disposition légale. L'intérêt du voyageur qui ne peut ou ne veut voyager a été démontré. Le seul intérêt légitime de l'agence si le remplaçant est apte à entreprendre le voyage, est d'être remboursé des frais de dossier effectifs mais non de se faire payer le voyage, selon les cas, à 160 % ou plus.

Une telle réglementation légale qui, à notre avis, ne ferait que confirmer la situation déjà existante de lege lata, n'excluerait pas qu'un arrangement intervienne entre les trois parties en cause qui consisterait à substituer au voyageur initial le remplaçant comme débiteur du prix de voyage.

dd. L'obligation de minimiser le dommage

Si le voyageur ne peut trouver un remplaçant, l'organisateur est obligé, dans le cadre de son obligation de minimiser le dommage¹¹⁰, de tout faire pour occuper «la place laissée vacante». Si, sans que l'on puisse lui demander des efforts qui vont au-delà de l'activité normale de la promotion de ses voyages, il trouve,

¹¹⁰ Art. 44 al. 1 CO.

dans le cadre de ses activités normales, un autre voyageur, l'organisateur ne peut réclamer que les frais de dossier, mais non les pourcentages forfaitaires indiqués dans les CG. Ces règles découlent, en doctrine et en jurisprudence, des dispositions générales du CO. Une réglementation spécifique en matière de contrat d'organisation de voyage ne s'impose donc pas.

c. Les obligations du voyageur

Le principe de l'obligation de payer le prix du voyage est incontesté. Par contre, de lege ferenda, il faut s'interroger sur les obligations du voyageur quant à l'exigibilité de cette obligation et quant au droit de l'organisateur de modifier le prix avant le début du voyage.

aa. L'acompte

L'acompte, régulièrement demandé, peut servir de garantie de l'exécution du contrat par le voyageur à titre d'arrhes. Il se justifie en principe par la nécessité pour l'organisateur de préfinancer l'essentiel du coût du voyage. Cependant, la pratique qui consiste à demander au voyageur le paiement de cet acompte au moment de l'inscription est critiquable. En effet, l'inscription n'est que l'offre de contracter du voyageur et non encore la conclusion du contrat. L'acompte sera donc versé dans le seul but de lier le client à son offre alors que l'organisateur de voyages se réserve le droit de décliner cette offre.

Si l'on accepte le principe d'un acompte, il ne devrait être dû qu'au moment où le contrat de voyage est définitivement conclu, à savoir lors de la confirmation du voyage. Les dernières versions des CG confirment d'ailleurs que cette vue juridique ne semble pas entraîner de difficultés pratiques. Pour le surplus, les moyens électroniques de réservation devraient permettre de faire suivre une demande d'inscription d'une confirmation presque immédiate de sorte que le problème du paiement de l'acompte au moment de l'inscription pourrait, de ce fait, disparaître sans qu'il faille faire appel au législateur.

bb. L'exigibilité du solde

La pratique veut que le solde du prix du voyage soit payé avant le départ du voyageur. Les arguments avancés en faveur de cette solution contractuelle sont d'une part la nécessité pour l'organisateur de préfinancer le voyage, et, d'autre part, la difficulté

pratique d'encaisser un solde du prix auprès du voyageur une fois le voyage terminé.

Certes, l'art. 372 al. 1 CO qui stipule que «le prix de l'ouvrage est payable au moment de la livraison» ne peut être appliqué sans autre au contrat d'organisation de voyage. Le voyage «se consomme» et ne laisse pas de trace corporelle durable. Une solution plus conforme aux spécificités du contrat d'organisation de voyage doit donc être trouvée. Il est toutefois douteux que le prépayement total du prix, tel qu'il est exigé du voyageur, soit la solution juste.

Quant à la nécessité d'un préfinancement par l'acompte lors de la conclusion du contrat, et par une bonne partie du solde avant le début du voyage, aucune objection ne peut être soulevée. En effet, le caractère spécifique d'un voyage organisé exige que l'organisateur lui-même prenne des engagements contractuels longtemps à l'avance. Il semble de bon sens que le voyageur, avant d'entreprendre son voyage, fasse preuve de sa solvabilité en payant l'essentiel du prix du voyage.

Cependant, le deuxième argument avancé pour justifier le prépayement total du prix de voyage dû par le voyageur suscite des remarques critiques. L'éventuelle difficulté de récupérer le solde après le voyage, de même que l'argument consistant à dire que l'on ouvre toutes les portes à des pressions financières de la part de voyageurs insatisfaits, ne résiste pas à l'examen.

En effet, cet argument peut être tourné et formulé de la manière suivante: Le voyageur n'a aucun moyen de pression pour que le voyage se déroule selon les promesses faites ou selon son attente légitime. En cas de réclamation, il lui incomberait de se retourner contre l'organisateur de voyages. Il portera le fardeau de la preuve d'une non-conformité du voyage et les risques financiers d'un tel procès. En politique juridique, une pesée d'intérêts s'impose chaque fois que ceux-ci doivent être considérés comme légitimes de chaque côté.

La pratique actuelle des organisateurs de voyages d'exiger un préfinancement ne devrait pas être entravée par une nouvelle législation. Reste alors le problème d'une retenue partielle¹¹¹ (certes faible) du voyageur qu'il ne verserait qu'une fois le voyage terminé.

A notre avis, une solution de compromis, à prévoir légalement, consisterait à ce que le voyageur verse le solde sur un compte bloqué avant le départ en voyage. Ce solde serait

¹¹¹ Question posée par TERCIER et réponse négative, p. 158 s.

débloqué s'il ne présente pas de réclamations dans un délai relativement court à définir (p.ex. 4 semaines) ce qui serait la solution normale en cas de satisfaction du voyageur ou s'il n'intente pas une action judiciaire tendant à récupérer cette somme à titre de dédommagement total ou partiel.

On pourrait objecter à cette proposition essentiellement deux arguments:

Premièrement, le système serait lourd et entraînerait des coûts supplémentaires qui devraient être répercutés sur le voyageur. C'est vrai en partie, mais l'alternative consiste à priver le voyageur mal servi, en règle générale du moins, de tout recours, le fardeau de la preuve du dommage subi ou de la non-conformité du voyage étant à sa charge.

Deuxièmement, le voyageur serait incité à «inventer» des défauts inexistantes pour ne pas devoir payer le prix total. Comme nous venons de le dire, le montant sera débloqué peu de temps après la fin du voyage si aucune action en justice n'a été introduite. A ces conditions très strictes, un abus du système proposé semble exclu ¹¹².

cc. La modification du prix avant le voyage

La pratique des contrats a été rappelée ainsi que la licéité de principe des clauses de modification de prix. De lege ferenda, cependant, elles méritent un examen plus approfondi. En principe, l'organisateur de voyages est en mesure de calculer ses prix sur la base des engagements qu'il a lui-même pris à l'avance. Le voyageur compte sur le maintien du prix du catalogue pour être à l'abri de surprises peu de temps avant son départ, et sans solution de rechange.

Toutefois, malgré toutes les précautions prises par l'organisateur de voyages, celui-ci peut se voir imposer de nouveaux tarifs, qu'ils émanent de compagnies de transports ou d'entreprises dont les prix sont fixés directement ou indirectement par l'Etat. Comme de telles circonstances ne sont plus si extraordi-

¹¹² La crainte des professionnels du tourisme que le voyageur doive donner un «feu vert» pour débloquent ce solde semble mal fondée. La non-réclamation dans un délai très bref débloquent automatiquement ce solde. Par contre, si des réclamations sont faites, des discussions extrajudiciaires ou des actions judiciaires permettent au voyageur d'avoir un minimum de garantie. Les détails de notre proposition nécessitent encore un examen plus approfondi. La situation actuelle, qui met non seulement le fardeau de la preuve mais aussi la nécessité de prendre l'initiative à la seule charge du voyageur, ne nous semble pas équitable.

naires (comme le veut l'art. 373 al. 2 CO)¹¹³ il paraît légitime qu'elles soient fixées dans les conditions de voyage, pour être en principe opposables au voyageur. Ces considérations ne valent cependant pas lorsque l'organisateur de voyages s'est trompé dans ses calculs de rentabilité ou si ses partenaires contractuels, à savoir les prestataires de services, en violation du contrat les liant avec l'organisateur, augmentent les prix en cours de période contractuelle.

A nouveau, une appréciation nuancée s'impose. Nous pouvons d'emblée écarter toute modification du prix due à une erreur de l'organisateur ou à la conclusion d'un contrat désavantageux avec un de ses prestataires de services.

(1) La justification d'une modification du prix

Une clause de CG de voyage prévoyant une modification des prix se justifie à la double condition qu'elle soit claire et qu'elle énonce les raisons objectives de cette modification, comme p.ex. le changement du tarif des carburants, des prix d'hôtels augmentés sur ordre d'un gouvernement. Des clauses très imprécises telles que: les prix peuvent être augmentés si les circonstances l'exigent, ou encore celles qui, tout en donnant des exemples de circonstances justifiant une augmentation des prix, se limitent à les citer et laissent formellement la porte ouverte à d'autres motifs d'augmentation, doivent être qualifiées d'inéquitables.

C'est dire, pour reprendre la terminologie de TERCIER¹¹⁴, que seules les clauses à caractère déterminé et non celles à caractère indéterminé peuvent être acceptées de lege ferenda.

(2) Les conséquences d'une modification du prix

Dans l'hypothèse évoquée d'une augmentation justifiée du prix du voyage, le voyageur peut se trouver dans une situation difficile: soit il ne peut supporter cette augmentation financièrement vu la planification de son budget de voyage, soit il doit renoncer à tout voyage faute d'alternatives si l'organisateur accepte une résolution du contrat.

Dans ces conditions, la proposition de TERCIER¹¹⁵ mérite d'être approuvée: Elle contient trois éléments: (1) possibilité pour l'organisateur d'augmenter le prix si cela est prévu dans le

¹¹³ Cf. supra p. 430 s.

¹¹⁴ TERCIER, p. 162 s.

¹¹⁵ TERCIER, p. 115 ss. et thèse 23.

contrat, (2) pour des raisons objectives et clairement indiquées et (3) droit de résolution du voyageur si l'augmentation dépasse un certain seuil en pourcentage du prix. Pour le surplus, cette modification doit être annoncée au voyageur dans un délai raisonnable avant le départ prévu.

Une disposition légale s'impose puisque le droit dispositif applicable ne saurait résoudre la situation. Il faudrait de plus préciser que si l'organisateur de voyages se réserve, dans les conditions décrites, le droit de répercuter certaines hausses de prix, il aura aussi l'obligation d'en faire autant en cas de baisses de prix. La disposition légale devrait donc traiter, de façon uniforme, la modification du prix.

5. La non-conformité du voyage

Si pour les cas de non-exécution ou d'exécution tardive du voyage les règles générales semblent suffisantes, il n'en est pas de même en cas de «défaut» du voyage. La difficile délimitation entre l'exécution partielle et la mauvaise exécution déjà signalée¹¹⁶ peut et doit être laissée à l'appréciation du juge, vu que les circonstances de chaque cas d'espèce interdisent une réglementation générale.

a. La nécessité d'une réglementation particulière

En cas de défaut du voyage cependant, le régime légal applicable reste incertain: contrat de mandat avec responsabilité de l'organisateur basée sur la faute ou contrat d'entreprise avec une garantie causale. Cette incertitude doit être levée par une disposition claire. En outre, quelque soit le régime de la garantie, l'application par analogie des normes pose des problèmes et engendre autant pour le voyageur que pour l'organisateur une insécurité que la jurisprudence ne semble pas être en mesure d'éliminer. Pour ces deux raisons, une disposition légale sur la garantie de l'organisateur de voyages s'impose¹¹⁷.

b. Le principe d'une règle générale

Il ne paraît pas, à la lumière du droit actuel, nécessaire, de régler en détail toutes les questions liées à la garantie de l'organisateur. Une règle générale qui s'apparente à celle du contrat d'entre-

¹¹⁶ Supra p. 433.

¹¹⁷ TERCIER, p. 173 ss.

prise semble suffisante et devrait permettre au juge ainsi qu'aux parties au contrat d'organisation de voyage de disposer des indications nécessaires pour résoudre, dans la «souplesse» des contrats, les problèmes annexes.

Cette règle générale a été formulée et proposée comme art. 379 d CO par TERCIER de la manière suivante ¹¹⁸:

- «1. L'organisateur est tenu à garantie si le voyage n'a pas les qualités qu'il a promises ou celles auxquelles le voyageur pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi.
2. Si, après fixation d'un délai raisonnable, le voyageur n'a pas obtenu satisfaction de l'organisateur ou de son auxiliaire, il peut
 - a. résilier le contrat, si l'on ne peut manifestement pas attendre de lui qu'il accepte ce qui lui est offert, ou
 - b. exiger une réduction proportionnelle du prix si le voyage a une valeur notablement inférieure à ce qui était convenu.
3. Sont réservées les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral pour le préjudice supplémentaire découlant de l'inexécution du contrat.»

Cette clause générale a le mérite de reprendre le style du Code des obligations et de s'apparenter à des formules existantes dans la réglementation du contrat d'entreprise et de la vente. Pour le surplus, elle a un degré à la fois de généralité et de spécificité qui est susceptible de tenir compte tant des situations actuellement connues que de celles qui surgiront dans la pratique à l'avenir. L'approche doit donc être approuvée. Certaines questions méritent cependant un examen détaillé.

c. Questions particulières

aa. Les mesures de remplacement

Le texte exclut indirectement que le voyageur puisse prendre des mesures de remplacement en cas de «défaut» du voyage auquel l'organisateur ou son auxiliaire n'ont pas remédié. TERCIER estime suffisantes les actions en diminution du prix et en réparation d'un éventuel dommage subi ¹¹⁹. Par contre, il propose la «résiliation» du contrat «si manifestement l'on ne peut attendre du voyageur qu'il accepte ce qui lui est offert». Le droit accordé au voyageur de prendre, après avis des défauts resté sans réponse satisfaisante, des mesures de remplacement sur place, mais aux frais de l'organisateur, constituerait une mesure moins

¹¹⁸ TERCIER, p. 174 et thèse 25.

¹¹⁹ TERCIER, p. 175 s.

rigoureuse que la résolution du contrat. Certes, ce droit peut donner lieu à des contestations après le voyage. Mais s'il est soumis aux conditions strictes suivantes: avis du défaut et invitation d'y remédier dans un délai raisonnable, et impossibilité d'accepter la situation actuelle ou celle proposée en remplacement selon les critères de la bonne foi, un droit de remplacement des prestations défectueuses a toute sa signification. L'art. 379 d CO tel que proposé par TERCIER devrait être complété dans ce sens.

bb. La réparation du dommage

La proposition de TERCIER¹²⁰ réserve les actions générales en matière de réparation d'un dommage et du tort moral. Combiné avec l'interdiction de la clause d'intermédiaire, cet alinéa 3 constitue indiscutablement un progrès dans la protection du voyageur. Trois aspects seulement seront analysés.

(1) La limitation du montant du dommage

Vu que l'organisateur de voyages n'a qu'une possibilité restreinte de s'imposer face à certains prestataires de services, il est souvent proposé de limiter sa responsabilité à un certain montant. Cette conséquence déduite de la reconnaissance de la nullité de la clause d'intermédiaire, qui rend l'organisateur de voyages responsable de tous les faits de ses prestataires de services, ne saurait être acceptée. En effet, rien ne permet de voir ici un problème spécifique du contrat de voyage, sauf sur un point. Lorsque des limitations de responsabilité sont imposées par des conventions internationales ou des lois de certains Etats, le voyageur ne saurait tenir l'organisateur pour responsable au-delà de ce qu'il aurait pu obtenir s'il avait contracté directement avec le prestataire de services.

(2) Le tort moral

La nouvelle réglementation de l'art. 49 CO permet d'améliorer la situation du voyageur, nous l'avons souligné de lege lata. Reste la question de savoir si la notion de dommage ou de tort moral doit être élargie de lege ferenda pour couvrir également les déceptions du voyageur suite à des «vacances gâchées». Le droit allemand consacre un tel droit à une indemnité, suite à une systématique législative particulière qui n'est pas celle du droit suisse. Il ne s'agit pas d'un tort moral mais d'un dommage

¹²⁰ TERCIER, art. 379 d al. 3 CO nouveau.

matériel, étant entendu que ce dommage sera considéré comme matériel parce que la prestation – ici les vacances – s’achète et ne peut être remplacée, sauf par exemple, par un congé non payé.

Une telle manière de percevoir les dommages ou attentes déçus est contraire au droit suisse¹²¹. Certes, de lege ferenda, ce tort moral – et il s’agit bien de cela – pourrait être introduit dans le CO. Néanmoins, nous ne nous trouvons pas en face d’un problème particulier du contrat d’organisation de voyage (à titre d’exemple: annulation d’un spectacle ou impossibilité de jouir de la voiture après un accident). Le problème doit dès lors être considéré et réglé dans le contexte plus large d’une revision du droit de la responsabilité civile.

Il n’en reste pas moins que les tribunaux, sur la base de l’art. 49 CO nouveau, disposent maintenant, par interprétation de cette norme, d’une possibilité d’élargir la notion de tort moral et de l’appliquer aussi à des cas de «vacances gâchées».

(3) Les CG de voyage

Un bref rappel suffit. Dans la mesure où de nouvelles règles devraient être édictées, elles seront semi-impératives. L’on ne pourrait donc pas y déroger en défaveur du voyageur. Ceci vaut également pour toutes les normes du contrat d’entreprise ou autres normes applicables auxquelles il faut recourir en cas de contrat sui generis.

La liberté des contrats n’est toutefois pas écartée. Pour les modalités, par exemple la forme d’une demande de réparation ou de réclamation, le délai de cette réclamation après le retour des vacances, les CG peuvent les préciser. De telles précisions, portées à la connaissance du voyageur de façon claire et non équivoque avant la conclusion du contrat, donc non cachées dans le texte des CG, seront même très utiles. Mais sur ce point, une intervention législative ne s’impose pas.

6. *La fin du contrat*¹²²

La situation légale semble satisfaisante si le régime du contrat d’entreprise est appliqué par analogie et si certaines adaptations au niveau de la pratique des contrats sont faites.

¹²¹ TERCIER, p. 176 ss.; GAUCH, RSJ 1983, p. 276; Obergericht Zürich (13.11.1980), RSJ 1981, p. 79 ss.

¹²² Cour de Justice Genève, SJ 1982, p. 578 s., considérant 4, et p. 588 ss.

De lege ferenda, un seul problème subsiste, à savoir celui du désistement du voyageur sans cause, sans qu'il fournisse un remplaçant: faut-il, dans ce cas, admettre les forfaits élevés prévus dans les CG? Vu le préfinancement important des organisateurs de voyages, de telles clauses, dans les limites décrites, semblent équitables, sous réserve bien sûr de l'obligation qui incombe à l'organisateur de voyages de minimiser le dommage.

V. L'accès à la justice

De lege ferenda, aucun progrès véritable ne pourra être enregistré si l'accès à la justice n'est pas rendu plus facile.

1. Les modèles

a. L'art. 31^{sexies} al. 3 CF

L'art. 31^{sexies} al. 3 CF est de droit positif. Il répond aux besoins du consommateur, donc aussi du voyageur, de disposer d'un moyen rapide et peu coûteux pour faire valoir ses droits. Aucune réglementation particulière ne s'impose. Il faut tout de même relever la lenteur avec laquelle certains cantons répondent à ce mandat constitutionnel qui date déjà de 1981.

b. La procédure de conciliation

Faut-il en plus songer à imposer une procédure de conciliation peut-être améliorée, à l'instar de celle qui existe déjà? D'abord, rien ne s'oppose à ce que les parties se soumettent à une telle procédure. Elle peut être complémentaire à la procédure judiciaire.

Cependant, les mérites vantés d'une telle procédure – rapidité, moins de frais – ne résistent pas à l'examen¹²³. Pour le surplus, elle ne saurait être acceptable que si elle était l'expression d'un «dialogue» paritaire entre les organisateurs de voyages et les consommateurs ou leurs organisations. Or, tel n'est actuellement pas le cas. Les négociations menées afin de créer un tel organe ont, à notre connaissance, échoué. Enfin, comme

¹²³ BERND STAUDER/JOACHIM FELDGES/PETER MÜLBERT, *Praxis und Perspektiven von Konsumentenschutz durch «soft law» in der Schweiz*, RDS 1984 I, p. 245 ss.; BERND STAUDER/JOACHIM FELDGES, *Außergerichtliche Streitbeilegung bei Verbrauchergeschäften*, RSJB 1984, p. 32 ss.

pour toute solution déontologique, les «outsiders» ne seront pas touchés.

En conclusion, la situation légale semble satisfaisante à condition que certains cantons remplissent leur devoir constitutionnel de créer des procédures simples et rapides, et, faut-il le souligner, en même temps peu coûteuses. Des procédures de conciliation extrajudiciaires, bien conçues, pourraient les compléter, voire même les remplacer dans la pratique.

2. Les problèmes particuliers

Nous avons rappelé la jurisprudence qui soumet les clauses de prorogation de for et d'arbitrage à des conditions particulièrement strictes d'incorporation dans le contrat.

En droit de la vente par acomptes et dans le droit en discussion parlementaire sur le crédit à la consommation, donc dans des domaines «sensibles» de la protection du consommateur, ces clauses sont simplement interdites. La reprise de cette solution dans une réglementation du contrat d'organisation de voyage s'impose pour deux raisons: d'une part, la systématique législative veut que pour des solutions semblables l'on ne crée pas de normes différentes. D'autre part, d'un point de vue matériel, l'accès à la justice est un problème général pour le consommateur¹²⁴. Le fait d'être demandeur ou défendeur devant le tribunal situé au siège du fournisseur constitue un handicap certain pour lui lorsqu'il entend faire valoir ses droits, alors que pour le fournisseur le fait de faire valoir ses droits ou de se défendre devant une juridiction qui n'est pas celle de son siège paraît acceptable.

VI. Le «fonds de solidarité» en cas de faillite de l'organisateur de voyages

1. La problématique

Ce rapport ne propose pas un régime de licence ou de surveillance de l'organisateur de voyages, cette question étant en dehors du thème imposé. Néanmoins, comme nous l'avons souligné dans notre introduction, des liens entre les mesures de droit public et de droit privé existent. Concrètement, en l'ab-

¹²⁴ TERCIER, p. 187 ss.

sence, comme aujourd'hui, de tout contrôle de sérieux et de solvabilité de l'organisateur de voyages, en l'absence aussi de toute garantie financière se rapportant à son aptitude à faire face à ses obligations contractuelles, la faillite de l'organisateur peut poser des problèmes difficiles au voyageur, que ce soit avant ou pendant le voyage. Son prépayement du voyage risque dans les deux cas d'être perdu. Certes, les faillites des organisateurs de voyages n'ont jusqu'ici pas défrayé la chronique, mais elles ont existé et ont entraîné des pertes pour les voyageurs.

2. Les solutions

Trois solutions peuvent être envisagées:

a. La solution libérale

La première consisterait à dire que le voyageur en tant que créancier doit subir le risque de l'insolvabilité de son débiteur. C'est la solution légale existante et la plus conforme au principe de l'autonomie de la volonté. Cependant, le voyageur, forcé de prépayer le voyage, n'a pas le pouvoir de négociation qui justifierait que l'on mette le risque de la faillite de son partenaire contractuel à sa charge.

b. La stipulation pour autrui

Concrètement, le problème se pose souvent de la manière suivante: Le prestataire de services refuse de s'exécuter parce qu'il n'a pas obtenu paiement de la part de l'organisateur. Dès lors l'hôtelier ou le transporteur ne se sentent plus obligés de fournir les prestations d'hébergement ou de transport. Dans la jurisprudence étrangère¹²⁵, il a été reconnu que, sous certaines conditions, le contrat entre l'organisateur de voyages et le prestataire de services peut contenir une stipulation pour autrui, avec la conséquence que le prestataire serait tenu à l'égard du voyageur de s'exécuter même s'il ne pouvait pas obtenir le paiement dû par l'organisateur. Cette solution ne saurait être exclue d'emblée en droit suisse. Une interprétation du contrat liant l'organisateur et le prestataire de services peut bien conduire à la reconnaissance d'un droit direct du voyageur à l'égard de ce dernier. Cependant, en règle générale, il convient de ne pas

¹²⁵ BGHZ 93, p. 271 ss. (arrêt du 17. 1. 1985).

admettre cette solution qui, maintenant au profit du client, introduirait indirectement une sorte de clause d'intermédiaire.

c. Le «fonds de solidarité»

Reste une troisième solution qui existe déjà à l'étranger ¹²⁶ et qui constituerait une solution adaptée aux différents intérêts en cause dans le tourisme organisé. Au cas où un organisateur ne saurait faire face à ses obligations, dans l'hypothèse de sa faillite, un fonds de solidarité de la branche interviendrait. Cette proposition d'un «fonds de solidarité» appelle les remarques suivantes:

(1) La création d'un tel fonds sur une base purement volontaire ne susciterait probablement que l'adhésion d'organismes de voyages déjà organisés dans la branche. Les cas les plus cruciaux ne seraient pas couverts. Même un label tel que «Nous participons au fonds de solidarité» ne saurait suffire. L'importance ou plutôt le peu d'importance d'un tel label en matière de mesures purement déontologiques est connue, lorsqu'il s'agit d'en mesurer l'impact publicitaire.

(2) Il s'ensuit que seule une obligation de participer à un tel fonds de solidarité aurait des chances d'atteindre le but assigné. Cette obligation entraînerait, en droit public, un régime d'enregistrement des organisateurs. Sans cette exigence, la proposition resterait lettre morte.

(3) Le fonds de solidarité obligatoirement constitué pourrait être administré selon des formules de droit privé. Les cotisations seraient calculées en fonction du chiffre d'affaires de chaque organisateur de voyages.

(4) La réglementation devrait prévoir un accès direct du voyageur à ce fonds de solidarité, ou, plus concrètement, un droit à indemnisation si certaines conditions à définir plus précisément étaient réunies.

¹²⁶ PATRICK DEBOYSER, La protection du voyageur, BEUC, Actualités Juridiques 4/1983, (concernant la Grande Bretagne), p. 6 s.

Conclusions: les thèses

1. Le tourisme est devenu un phénomène de masse, avec ses répercussions économiques et sociales. Seul le contrat d'organisation de voyage soulève des problèmes juridiques nouveaux. Il est «vendu» comme un produit standardisé à un large public, qui est invité à l'accepter tel quel.
2. Le contrat d'intermédiaire de voyage (par ex. commande de billets d'avion), par contre, ne pose pas de problèmes. Il est régi par les dispositions sur le mandat.

3. Le contrat d'organisation de voyage est, de lege lata, un contrat sui generis, avec des éléments du contrat d'entreprise et du mandat.

La pratique de ces contrats est très diversifiée et, en l'absence de toute jurisprudence du TF, il règne une certaine insécurité juridique; il convient donc que le législateur intervienne.

Une réglementation légale doit définir le contrat d'organisation de voyage à travers les obligations principales des deux parties et indiquer la parenté de ce contrat avec le contrat d'entreprise, dont les dispositions s'appliqueraient subsidiairement, par analogie.

4. La «clause d'intermédiaire» est considérée comme nulle par la doctrine dominante; cependant, sous des formes diverses, elle continue à être utilisée (clause d'intermédiaire ouverte, limitation de responsabilité pour les faits de prestataires de services, limitation du montant de la responsabilité acceptée en principe).

De lege ferenda, une règle spécifique devrait déclarer nulle une telle clause d'intermédiaire, sous toutes ses formes.

5. Dans la phase précontractuelle du contrat d'organisation de voyage, il faut d'une part éviter toute tromperie du voyageur; d'autre part, une information véridique sur les conditions et le prix doit lui être fournie.

La loi sur la concurrence déloyale actuelle et surtout la loi future suffisent à cet égard. Concernant la transparence des prix, le Conseil fédéral dispose déjà de la compétence pour édicter une réglementation par ordonnance.

6. La conclusion du contrat répond aux critères du CO. L'agence de voyages non organisatrice agit comme représentante soit du voyageur soit de l'organisateur de voyages, et ceci sur la base d'un mandat.

7. La liberté de la forme doit être préservée. Toutefois, le voyageur a besoin d'un document qui puisse lui servir de preuve. Il incombera donc à l'organisateur de fournir ce document, sous peine de ne pas pouvoir se prévaloir de certains droits si le voyageur ne respecte pas certaines obligations, faute d'information sur celles-ci.

8. Comme le contrat d'organisation de voyage est presque toujours soumis à des conditions générales, leur incorporation, interprétation et validité peuvent faire problème. Cependant, il s'agit ici d'une question générale qui concerne tout contrat de consommation; aucune réglementation spécifique ne s'impose donc.

Néanmoins, des règles impératives (auxquelles on ne peut déroger qu'en faveur du voyageur) peuvent et doivent être édictées lorsqu'il s'agit, comme le dit le Conseil fédéral, de «zones sensibles» en droit privé.

9. Si la clause d'intermédiaire est considérée comme nulle, les prestataires de services de l'organisateur de voyages doivent être considérés comme ses auxiliaires au sens de l'art. 101 CO.

Les articles 100 et 101 CO offrent des possibilités d'exonération ou de limitation de responsabilité. De lege ferenda, il faudrait déclarer nulles de telles clauses dans la mesure où elles auraient pour effet d'éluder l'interdiction de la clause d'intermédiaire.

10. L'organisateur de voyages a, de lege lata, l'obligation accessoire d'accepter un «voyageur de remplacement» qui correspond au «profil» du voyageur défaillant.

Malgré une pratique satisfaisante, il conviendrait de consacrer expressément ce principe qui n'a jamais été reconnu par la jurisprudence.

Il faut ajouter que si le voyageur initial reste tenu envers l'organisateur, il ne devrait que le paiement des frais de dossier. Il n'y a pas de raison déterminante pour que l'organisateur ait droit au paiement d'un montant forfaitaire du prix du voyage à l'égard de ce voyageur, et au paiement intégral de ce prix par son remplaçant.

11. Le CO permet la pratique actuelle du prépayement du prix du voyage, par un acompte lors de l'inscription, et du versement du solde avant le voyage.

Vu l'important préfinancement que l'organisateur de voyages doit effectuer à l'égard des prestataires de services, cette pratique, dans son principe, peut être approuvée. Elle suscite, de lege ferenda, certaines questions:

Contrairement à la réglementation relative au contrat d'entreprise, un prépayement total est prévu alors même que, par ce biais, on enlève au voyageur tout moyen de pression en cas de mauvaise exécution du contrat.

La solution intermédiaire consisterait à faire verser par le voyageur une part de son prix de voyage sur un compte bloqué, qui serait débloqué s'il n'a pas formulé des prétentions en garantie dans un certain délai, ou s'il n'a pas introduit une action en justice.

12. Actuellement, il est licite de prévoir des clauses d'augmentation de prix sans indication de motif dans les conditions générales de voyage.

De lege ferenda, il faut maintenir la possibilité pour l'organisateur de voyages d'augmenter ses prix, mais à condition que:

- cette possibilité soit expressément prévue dans le contrat;
- les causes objectives soient énumérées (pour éviter toute augmentation abusive);
- l'augmentation du prix soit annoncée au voyageur dans un délai raisonnable à fixer à l'avance (par exemple 3 semaines);

- le voyageur ait la possibilité de se départir du contrat si l'augmentation dépasse un certain seuil (par exemple 10 %);
- la clause permette non seulement d'augmenter le prix du voyage, mais contienne aussi l'obligation de le baisser si les circonstances invoquées ont conduit les prestataires de services à le faire.

13. Nous sommes d'accord avec les thèses 24 et 25 du professeur TERCIER qui ont la teneur suivante:

a. *«Thèse no 24 (Demeure de l'organisateur)*

Compte tenu des règles générales du droit des obligations et celles appliquées au contrat d'entreprise, il ne paraît pas nécessaire d'introduire dans la loi une disposition spéciale sur la demeure de l'organisateur.

Thèse no 25 (Garantie de l'organisateur)

Pour mettre fin à l'insécurité qui existe à ce sujet, il paraît nécessaire d'introduire dans la loi une disposition nouvelle – art. 379 d – permettant pour l'essentiel une application analogique au contrat d'organisation de voyage des règles du contrat d'entreprise sur la garantie:

«Garantie

- 1 L'organisateur est tenu à garantie si le voyage n'a pas les qualités qu'il a promises ou celles auxquelles le voyageur pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi.
 - 2 Si, après fixation d'un délai raisonnable, le voyageur n'a pas obtenu satisfaction de l'organisateur ou de son auxiliaire, il peut
 - a. résilier le contrat, si l'on ne peut manifestement pas attendre de lui qu'il accepte ce qui lui est offert, ou
 - b. exiger une réduction proportionnelle du prix si le voyage a une valeur notablement inférieure à ce qui était convenu.
 - 3 Sont réservées les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral pour le préjudice supplémentaire découlant de l'inexécution du contrat.»
- b. Il incombera au voyageur de demander sur place de remédier à un défaut constaté s'il ne veut pas perdre ses droits. Si une solution n'a pu être trouvée sur le lieu des vacances, faute de possibilité, ou faute d'un représentant local de l'organisateur de voyages, toute prétention doit être introduite dans un délai raisonnable à définir.
- c. Le problème du dédommagement pour des «vacances gâchées» doit être discuté. Il s'agirait d'un changement radical de l'opinion juridique en Suisse.

14. Le CO offre des solutions, pour l'essentiel équitables, à la résolution du contrat (recours aux dispositions du contrat d'entreprise ou aux dispositions générales du CO).

De lege ferenda, il reste le problème du retour du voyageur en cas de faute de l'organisateur, lorsque le représentant local n'a pas été en mesure de remédier à une situation grave. Les frais devraient être assumés par l'organisateur de voyages, si le défaut lui est imputable.

15. Toute réglementation de droit matériel reste sans signification pratique si elle n'est pas accompagnée par d'autres mesures assurant au voyageur un meilleur accès à la justice. L'article 31^{sexies} al. 3 CF oblige les cantons à créer de telles instances en faveur des consommateurs en général. Même si beaucoup de cantons n'ont pas encore exécuté le mandat constitutionnel, cette norme semble suffisante.
16. Comme les agences de voyages, qu'elles soient intermédiaires ou organisatrices, ne sont pas soumises à un régime de licence ou de surveillance, les voyageurs risquent de subir les conséquences de leur éventuelle insolvabilité. Afin d'y remédier, il y a deux solutions: régime de droit public, qui exige des garanties financières de l'agence; ou régime plus proche du droit privé qui consisterait à créer un fonds de solidarité alimenté par tous les membres de la branche, au pro rata de leur chiffre d'affaires, pour compenser les pertes subies par les voyageurs.

