

Zusammenfassung

In der schweizerischen Lehre finden sich kaum vertiefte Ausführungen zu den Schutznormen. Sie werden lediglich vage und in grosszügiger Weise umschrieben. Während dies bei Verletzung persönlicher und dinglicher Rechtsgüter unproblematisch ist, würde Entsprechendes bei reinen Vermögensschädigungen zu Haftungsausuferungen führen. Im Bereich der reinen Vermögensschäden ist der Begriff der Schutznorm infolgedessen eng zu verstehen. Wie dies erfolgen soll, ist freilich weitgehend ungeklärt. Mit Sicherheit führt das Heranziehen zufällig bestehender Normierungen nicht zu einem kohärenten Haftpflichtrecht. Aus diesem Grund dürfen Schutznormen bloss in Ausnahmefällen zur Begründung reiner Vermögensschädigungen dienen. Insbesondere sollten die verwaltungsrechtlichen Normierungen nicht als Quelle von Schutznormen herangezogen werden.

Résumé

Il n'existe guère dans la doctrine suisse d'explications détaillées sur les normes protectrices. Elles ne sont décrites que de manière vague et dans les grandes lignes. Alors que cela ne représente pas un problème s'agissant de la violation de droits personnels et réels, une telle imprécision pourrait conduire à des débordements de la responsabilité en cas de préjudices purement patrimoniaux. Dans le domaine des dommages purement patrimoniaux, le terme de norme protectrice doit par conséquent être compris de manière étroite. La manière de procéder à cela reste cependant dans une large mesure indéterminée. L'utilisation de normes préexistantes, pour un cas non prévu par lesdites normes, n'aboutit certainement pas à un droit de la responsabilité civile cohérent. Pour cette raison, les normes protectrices ne doivent servir à justifier des préjudices purement patrimoniaux que dans des cas exceptionnels. Les normes de droit administratif ne devraient en particulier pas être utilisées comme sources des normes protectrices.

La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales

LAURENT BIERI*

Mots clés: Conditions générales; conclusion des contrats; information des parties à un contrat; protection des consommateurs

A. Introduction

Pour que des conditions générales soient intégrées à un contrat, il est largement admis qu'il ne suffit pas que les parties conviennent que ces conditions régleront tout ou partie de leur relation¹. Il faut aussi que les parties puissent prendre connaissance de ces conditions générales avant la conclusion du contrat². Il n'est en revanche pas nécessaire que les parties en prennent effectivement connaissance³.

La règle selon laquelle des conditions générales ne sont intégrées à un contrat que si les parties ont eu la possibilité d'en prendre connaissance a été

* Professeur à l'Université de Lausanne. Je remercie M^e Emmanuel Piaget, docteur en droit, de ses précieux commentaires, ainsi que MM. Pascal Martin et Pierre Marty, assistants diplômés, de leur assistance.

1 Sur l'intégration des conditions générales, voir notamment PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, 9^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, n^o 1128 ss; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3^e éd., Berne 2009, § 23 n^{os} 13 ss; INGEBORD SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5^e éd., Berne 2009, n^{os} 45.01 ss.

2 ATF 100 II 200/209 s.; ATF 77 II 154/156; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 1), n^o 1140; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3^e éd., Zurich 2008, n^o 415; JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, 3^e éd., Zurich 1980, n^o 473 ad art. 18 CO; ERNST KRAMER, Berner Kommentar, 3^e éd., Berne 1986, n^o 188 ad art. 1 CO; ARIANE MORIN, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 2009 I 497 ss, p. 518; ROMAN PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel: das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, thèse Bâle 2011, p. 30 ss; SCHWENZER (note 1), n^o 45.02. Voir cependant FRANÇOIS DESSEMONTET, in LUC THÉVENOZ/Franz Werro (édit.), Commentaire romand – Code des obligations I, Genève/Bâle/Munich 2003, n^o 45 ad art. 1, et KOLLER (note 1), § 23 n^o 28.

3 ATF 119 II 443/445; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 1), n^o 1130; KOLLER (note 1), § 23 n^o 18; SCHWENZER (note 1), n^o 45.03.

énoncée de manière générale par le Tribunal fédéral⁴. Il existe également quelques lois spéciales, qui ne seront pas discutées ici, qui prévoient des réglementations similaires⁵.

L'objectif de cette contribution est de montrer, en s'appuyant sur des contributions publiées à l'étranger à propos de problèmes similaires⁶, que cette jurisprudence, approuvée par la plus grande partie de la doctrine suisse⁷, devrait être modifiée. Les conditions générales devraient pouvoir être intégrées à un contrat même si l'une des parties n'a pas pu en prendre connaissance.

L'argument central de cette contribution, qui est développé et nuancé par la suite, est que cette jurisprudence a pour effet d'augmenter les coûts de transactions sans véritablement améliorer l'information des clients, car ceux-ci ne prennent de toute façon presque jamais connaissance des conditions générales⁸.

La suite de cette contribution s'organise de la manière suivante. La section B présente la jurisprudence du Tribunal fédéral. La section C explique pourquoi la situation prévalant aujourd'hui est insatisfaisante. Finalement, la section D conclut.

B. La jurisprudence du Tribunal fédéral

La règle selon laquelle des conditions générales ne peuvent être intégrées à un contrat que si les parties ont pu en prendre connaissance a été énoncée par le Tribunal fédéral dans deux arrêts de principe, fréquemment cités par la doctrine⁹.

Dans le premier arrêt, daté du 20 février 1951, le Tribunal fédéral a clairement affirmé que, pour intégrer des conditions générales à un contrat, il faut que le client «soit en mesure d'en prendre connaissance»¹⁰. L'arrêt ne contient aucune explication quant à la justification de cette exigence et ne donne aucune référence.

4 ATF 100 II 200/209 s.; ATF 77 II 154/156 = JdT 1952 I 11/16.

5 Voir en particulier l'art. 4 de la loi fédérale sur les voyages à forfait (LVF) et l'art. 3 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA). Voir également les art. 9 ss de la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC). On trouve des règles similaires à l'art. II-9:103 du Cadre commun de référence, et à l'art. 2:104 des Principes du droit européen des contrats. Voir également l'annexe 1 let. i de la directive européenne 93/13/CEE sur les clauses abusives.

6 Voir en particulier RANDY E. BARNETT, *Consenting to Form Contracts*, *Fordham Law Review* 71/2002 627 ss; OMRI BEN-SHAHAR, *The Myth of the Opportunity to Read in Contract Law*, *European Review of Contract Law* 5/2009 1 ss; OMRI BEN-SHAHAR/CARL SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, *University of Pennsylvania Law Review* 159/2011 647 ss; FLORENCIA MARRONTA-WURGLER, *Are «Pay Now, Terms Later» Contracts Worse for Buyers? Evidence from Software License Agreements*, *Journal of Legal Studies* 38/2009 309 ss; ERIC A. POSNER, *ProCD v. Zeidenberg and Cognitive Overload in Contractual Bargaining*, *University of Chicago Law Review* 77/2010, 1181 ss.

7 Voir les références citées à la note 2.

8 Sur ce point, voir en particulier BEN-SHAHAR (note 6), p. 2 ss.

9 Voir par exemple GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 1), n° 1140, PERRIG (note 2), p. 156 et SCHWENZER (note 1), n° 45.01 s. Voir en outre les arrêts cantonaux cités par PERRIG, note 1030.

10 ATF 77 II 154/156 = JdT 1952 I 11/16.

Dans le second arrêt, du 1^{er} juillet 1974, le Tribunal fédéral semble avoir confirmé sa jurisprudence, malgré une formulation légèrement différente, en précisant que celui qui entend proposer à son cocontractant l'intégration de conditions générales doit l'avoir «mis en demeure de les lire»¹¹. A l'appui de cette affirmation, le Tribunal fédéral mentionne l'arrêt précité de 1951, et renvoie à un ouvrage de 1964, qui ne donne cependant aucun argument en faveur de la jurisprudence discutée¹².

Mais dans un arrêt moins souvent discuté, rendu le 15 mars 1977, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si un simple renvoi aux conditions générales serait suffisant¹³. En d'autres termes, sans revenir sur sa jurisprudence, il a laissé entendre qu'un changement était envisageable.

Prise à la lettre, la jurisprudence du Tribunal fédéral semble indiquer que l'exigence serait respectée dès que les conditions générales sont accessibles. La plupart des auteurs admettent cependant que l'accès doit être raisonnable¹⁴. Pour certains, il est même nécessaire que les conditions générales soient remises au client, si celui-ci est un consommateur¹⁵.

C. La critique de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Il n'existe pas de disposition légale ayant une portée générale qui prévoit qu'il est nécessaire de rendre accessibles des conditions générales avant la conclusion du contrat afin que celles-ci puissent y être intégrées¹⁶.

Il n'est notamment pas possible de tirer une telle règle du principe de la confiance¹⁷. En effet, ce principe signifie seulement que, si une manifestation de volonté n'a pas été correctement comprise, elle doit être interprétée dans le sens que le destinataire pouvait et devait lui donner selon les règles de la bonne foi. Il n'empêche nullement les parties de se mettre d'accord pour intégrer des conditions générales dont le contenu est inaccessible.

11 ATF 100 II 200/209 s.

12 Le Tribunal fédéral renvoie à BEAT KLEINER, *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Giro- und Kontokorrentvertrag*, 2^e éd., Zurich 1964, p. 10.

13 ATF 103 II 59/63, Voir PERRIG (note 2), note 1205.

14 Sur le caractère raisonnable de l'accès aux conditions générales, voir en particulier PETER HIGI, *Allgemeine Vertragsbestimmungen – Überlegungen zu Gewöhnlichen und Ungewöhnlichem in Recht und Alltag*, in Sandra Hotz/Klaus Mathis (édit.), *Recht, Moral und Faktizität – Festschrift für Walter Ott*, Zurich/St. Gall 2008, p. 505 ss; SCHWENZER (note 1), n° 45.03. Voir en outre les auteurs cités note 2. Le § 305 BGB mentionne également l'exigence d'un accès raisonnable.

15 Voir DAVID BOUVERAT, *Conditions générales d'affaires: perspectives législatives – Etude de droit suisse à la lumière du droit communautaire et de ses applications en France et en Allemagne*, Berne 2009, n° 41; PETER FORSTMOSER, *Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht*, in Hans Merz/Walter R. Schluep (édit.), *Recht und Wirtschaft heute – Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*, Berne 1980, p. 115. Voir également à ce sujet les art. 4 LVF et 3 LCA.

16 Voir KOLLER (note 1), § 23 n° 28.

17 Voir cependant PERRIG (note 2), p. 44.

Une telle règle ne peut pas non plus être tirée du principe de la réception des actes juridiques¹⁸. L'offre de conclure un contrat doit certes être reçue par le destinataire de l'offre. Mais elle peut sans autre contenir des éléments qui ne sont pas entièrement connus du destinataire; il suffit que ces éléments soient déterminables¹⁹.

Enfin, on notera qu'une telle règle, qui ne peut évidemment pas être tirée de l'actuel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, ne pourra pas non plus être tirée du nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2012. Il n'est en revanche pas exclu que dans certaines circonstances particulières, le fait de ne pas mettre à disposition des conditions générales avant la conclusion d'un contrat puisse être considéré comme contraire à cette nouvelle disposition.

Le législateur ne semble cependant pas avoir renoncé délibérément à régir le problème; on ne se trouve donc apparemment pas face à un silence qualifié²⁰. En l'absence d'une règle coutumière, il apparaît donc que le Tribunal fédéral a fait «acte de législateur» (art. 1 al. 2 CC)²¹.

La question est donc de savoir si le Tribunal fédéral a choisi la règle la plus adaptée à la situation et, si l'on arrive à la conclusion que ce n'est pas le cas, si un changement de jurisprudence se justifie.

L'exigence de rendre accessibles les conditions générales avant la conclusion du contrat présente l'inconvénient d'entraîner une augmentation des coûts de transactions²².

Par ailleurs, l'exigence risque de créer des litiges sur la question même de savoir si les conditions générales étaient suffisamment accessibles²³. De plus, la perspective de tels litiges peut inciter les entreprises à prendre des mesures (coûteuses) afin de s'assurer de moyens de preuves²⁴.

18 D'un avis contraire, THOMAS PROBST, in Peter Jung/Philippe Spitz (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Berne 2010, note 18 ad art. 8.

19 Voir BEN-SHAHAR (note 6), qui ne se prononce pas spécialement sur le droit suisse, p. 9: «People can agree to buy a surprise».

20 Sur la notion de silence qualifié, voir PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil – Traité de droit privé suisse II/1*, 2^e éd., Bâle 2009, n° 368 et les références citées. Le droit à l'égalité de traitement n'impose pas d'appliquer par analogie les dispositions spéciales de la LVP et de la LCA dans toutes les situations (ces dispositions spéciales prévoient d'ailleurs des règles différentes). Sur l'obligation de l'analogie, voir notamment HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, *Die Einleitungsartikel des ZGB: Art. 1–10 ZGB*, Berne 2003, n° 204 ss ad art. 1; ERNST A. KRAMER, *Analogie und Willkürverbot*, in *Beiträge zur Methode des Rechts. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, Berne 1981; VINCENT MARTENET, *La réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique*, RDS 2011 1243 ss, p. 265; ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, Berne 1966, n° 349 ad art. 1 CC. Voir en outre HIGI (note 14), p. 508, qui semble estimer que l'exigence du caractère raisonnable de l'accès relève du droit judiciaire.

21 Sur le juge agissant comme législateur, voir STEINAUER (note 20), n° 400 ss, et les références citées.

22 Voir notamment POSNER (note 6), p. 1183 s.

23 Voir MAROTTA-WURGLER (note 6), p. 316.

24 Si l'utilisateur souhaite pouvoir faire valoir les conditions générales après la conclusion du contrat, il devra quand même être en mesure de prouver leur contenu le moment venu.

Mais il est vraisemblable qu'en l'absence d'une telle exigence, les conditions générales ne seraient pas toujours raisonnablement accessibles²⁵. La question est dès lors de savoir si cette plus grande accessibilité justifie les inconvénients qu'elle engendre.

Pour en juger, il faut avoir à l'esprit que les clients, qui peuvent bien sûr renoncer à conclure le contrat²⁶, sont protégés par de nombreuses règles générales, notamment les règles sur les vices de l'objet, la lésion, les vices du consentement, les engagements excessifs, les clauses limitatives de responsabilité, les clauses pénales, les fors et les crédits à la consommation.

Il faut également se rappeler que les clients ne sont pas liés par d'éventuelles clauses insolites se trouvant dans des conditions générales, à moins qu'ils aient été rendus suffisamment attentifs à leur existence, afin que, selon le principe de la confiance, l'autre partie puisse admettre qu'ils ont consenti à ces clauses²⁷. Le simple fait de mettre une clause insolite en évidence dans les conditions générales ne serait pas suffisant si celles-ci sont inaccessibles.

Par ailleurs, les consommateurs bénéficieront prochainement d'une protection particulière puisque, selon le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, déjà mentionné, les conditions générales qui, «en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat», seront frappées de nullité²⁸.

25 De nombreux utilisateurs rendraient certes leurs conditions générales raisonnablement accessibles même si la règle n'existait pas, mais il paraît vraisemblable que d'autres suivraient une pratique différente.

26 Voir POSNER (note 6), p. 1183. Si le client n'a pas accès aux conditions générales, la réputation de l'utilisateur des conditions générales jouera évidemment un grand rôle. On réservera les cas particuliers où il existe une obligation de conclure un contrat (voir à cet égard GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 1), n° 1101a ss).

27 Voir notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 1), n° 1141 ss; KOLLER (note 1), § 23 n° 39 ss; L'entrée en vigueur du nouvel art. 8 LCD, le 1^{er} juillet 2012, laissera inchangées les règles sur la conclusion des contrats, ce qui implique notamment que la règle dite de l'insolite continuera à s'appliquer pour déterminer si une clause contenue dans des conditions générales a été intégrée, même en cas de contrat conclu avec un consommateur. Cette position n'est pas contestée. Voir à ce sujet LAURENT BIERI, *Qu'apporte le nouvel article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale?*, Jusletter 24 octobre 2011, et les références citées.

28 On notera que le nouvel art. 8 LCD ne précise pas clairement que la sanction de sa violation est la nullité. La question est controversée s'agissant de l'actuel art. 8 LCD. Voir notamment TF, arrêt 4A_404/2008 du 18 décembre 2008; PASCAL PICHONNAZ, *Le centenaire du Code des obligations*, RDS 2001 II 117 ss, p. 194; PASCAL PICHONNAZ/ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *Le projet de révision de l'art. 8 LCD. Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales*, RSJ 106/2010 285 ss, p. 290; CARL BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Bâle/Genève/Munich 2001, n° 59 ad art. 8; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (note 1), n. 1155 ss; PROBST (note 18), n° 67 ss ad art. 8.

Enfin, et surtout, des études empiriques, qui confirment l'expérience générale de la vie²⁹, suggèrent que la plupart des clients ne lisent de toute façon pas les conditions générales, même lorsque celles-ci sont raisonnablement accessibles³⁰. Par exemple, dans une étude récente, portant sur plusieurs milliers de ménages, il a été constaté que, lors de l'achat de logiciels sur Internet, seul un ou deux clients sur mille prenaient la peine de cliquer sur le lien permettant d'accéder aux conditions générales³¹.

On pourrait certes se demander si l'infime minorité des clients qui lit les conditions générales n'a pas une influence positive sur la manière dont les conditions générales sont rédigées, ce qui pourrait profiter à l'ensemble des clients³². Il semble cependant peu probable qu'une infime minorité de clients puisse avoir un impact significatif sur le marché³³; les entreprises vont plus vraisemblablement sacrifier ces quelques clients³⁴, ou leur proposer des arrangements particuliers (segmentation du marché)³⁵.

En résumé, au vu des nombreuses règles protégeant les clients, il semble qu'il n'y a pas d'avantages suffisamment importants pour exiger la mise à disposition des conditions générales, qui ne seront de toute façon presque jamais

29 Voir notamment PETER GAUCH, Ein regelrechter Schluss, RDS 2009 I 215 ss, p. 228 et PERRIG (note 2), p. 24.

30 Voir YANNIS BAKOS/FLORENCIA MAROTTA-WURGLER/DAVID R. TROSSEN, Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts, New York University School of Law, octobre 2009, Law & Economics Research Paper Series – Working Paper 09–40; BEN-SHAHAR/CARL SCHNEIDER (note 6), p. 125 s.; FLORENCIA MAROTTA-WURGLER, Does Disclosure Matter?, 2010, New York University Law and Economics Working Papers 242, ainsi que les références citées. S'agissant des raisons qui poussent les clients à ne pas lire les conditions générales, voir en particulier BEN-SHAHAR (note 6), p. 15 ss; AVERY KATZ, The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation, Michigan Law Review 89/1990 215 ss; AVERY KATZ, Your Terms or Mine: The Duty to Read the Fine Print in Contracts, Rand Journal of Economics 21/1990 518 ss.

31 Voir BAKOS/MAROTTA-WURGLER/TROSSEN (note 30).

32 Voir en particulier MELVIN A. EISENBERG, The Limits of Cognition and the Limits of Contract, Stanford Law Review 47/1995 211 ss; BEN-SHAHAR (note 6), p. 19; VICTOR P. GOLDBERG, The «Battle of the Forms»: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule, Oregon Law Review 76/1997 155 ss, p. 163; ALAN SCHWARTZ/LOUIS L. WILDE, Equilibrium Comparison Shopping, Review of Economic Studies 46/1979 543 ss; ALAN SCHWARTZ/LOUIS L. WILDE, Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis, University of Pennsylvania Law Review 127/1979 630 ss.

33 Voir notamment BAKOS/MAROTTA-WURGLER/TROSSEN (note 30), p. 5 ss.

34 Voir CLAYTON P. GILLETTE, Rolling Contracts as an Agency Problem, Wisconsin Law Review 2004 679 ss, p. 695; GOLDBERG (note 32), p. 165; RUSSELL B. KOROBKIN, Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability, University of Chicago Law Review 70/2003 1203 ss, p. 1238 s; ALAN SCHWARTZ/LOUIS L. WILDE, Imperfect Information in Markets For Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests, Virginia Law Review 69/1983 1387 ss, p. 1450 ss.

35 Voir GILLETTE (note 34), p. 692; DAVID GILO/ARIEL PORAT, The Unconventional Uses of Transaction Costs, in OMRI BEN-SHAHAR (édit.), Boilerplate – The Foundation of Market Contracts, Cambridge 2007, p. 66 ss. De plus, les (rares) clients qui lisent ne sont pas toujours représentatifs (voir GILLETTE (note 34), p. 692 ss).

lues³⁶. Par conséquent, la question de l'opportunité d'un changement de jurisprudence se pose.

En droit suisse, un changement de jurisprudence «ne se justifie, en principe, que lorsque la nouvelle solution procède d'une meilleure compréhension de la ratio legis, repose sur des circonstances de fait modifiées ou répond à l'évolution des conceptions juridiques; sinon, la pratique en cours doit être maintenue. Un changement doit par conséquent reposer sur des motifs sérieux et objectifs qui, surtout dans l'intérêt de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée comme erronée, ou désormais inadaptée aux circonstances, est ancienne»³⁷.

Les conditions d'un changement de jurisprudence sont réunies en l'espèce. Il existe en effet des motifs sérieux pour y procéder. La jurisprudence est certes ancienne, mais elle n'est pas justifiée, et le Tribunal fédéral a déjà laissé ouverte la question de sa modification. Des études empiriques ont également confirmé qu'aujourd'hui, peut-être plus qu'autrefois, les clients ne lisent presque jamais les conditions générales auxquelles ils peuvent pourtant raisonnablement accéder.

D. Conclusion

Au vu des arguments développés dans cette contribution, la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle des conditions générales ne sont intégrées à un contrat que si les parties ont eu la possibilité d'en prendre connaissance devrait être abandonnée.

Résumé

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, approuvée par la majorité de la doctrine, des conditions générales ne peuvent être intégrées à un contrat que si les parties ont eu la possibilité de prendre connaissance de celles-ci avant la conclusion du contrat. Cette contribution évalue cette jurisprudence et arrive à la conclusion qu'elle devrait être modifiée.

36 Voir aussi BEN-SHAHAR (note 6).

37 ATF 136 III 6/8 = JdT 2010 I 303/305 (citation d'après la traduction au JdT). Sur la force obligatoire de la jurisprudence, voir aussi STEINAUER (note 20), n° 454 ss, et FRANZ WERRO, in Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (édit.), Commentaire Romand – Code civil I, Bâle 2010, n° 39 ss ad art. 1, ainsi que les références citées.