

# Une empreinte sur le Code civil

Mélanges en l'honneur  
de Paul-Henri Steinauer

Edités par

Alexandra Rumo-Jungo

Pascal Pichonnaz

Bettina Hürlimann-Kaup

Christiana Fountoulakis



Stämpfli Editions



---

**Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer**

édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg



W. H. v.

---

# Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer

**édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg**

par

Alexandra Rumo-Jungo

Pascal Pichonnaz

Bettina Hürlimann-Kaup

Christiana Fountoulakis



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA Bern

---

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek  
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

Réalisation intégrale:  
Stämpfli Publications SA, Berne  
Printed in Switzerland

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com).

ISBN Print 978-3-7272-2968-8  
ISBN Judocu 978-3-0354-1032-7



© Stämpfli Editions SA Bern

---

# L'avenir de la règle de l'insolite

LAURENT BIERI\*

## Table des matières

I.	Introduction.....	713
II.	Le fondement de la règle de l'insolite.....	714
III.	L'intérêt de la règle de l'insolite.....	714
IV.	Le nouvel article 8 LCD.....	716
V.	La règle de l'insolite et l'article 8 LCD.....	718
VI.	La reformulation de la règle de l'insolite.....	719
VII.	Conclusion.....	720

## I. Introduction

Selon le Tribunal fédéral, « en vertu de [la règle de l'insolite], sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée. La partie qui incorpore des conditions générales dans le contrat doit s'attendre, d'après le principe de la confiance, à ce qu'un partenaire contractuel inexpérimenté n'adhère pas à des clauses insolites. Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat. Des clauses usuelles dans une branche de l'économie peuvent être insolites pour qui n'est pas de la branche. Il ne suffit toutefois pas que le cocontractant soit inexpérimenté dans la branche économique en question. Il faut en plus de ce critère subjectif que, par son objet, la clause considérée soit étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat. Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du cocontractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite »<sup>1</sup>.

Dans cette contribution, j'examine l'avenir de la règle de l'insolite, notamment en relation avec l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juillet 2012, de la révision de l'art. 8 LCD sur l'utilisation déloyale de conditions générales.

---

\* Je remercie MM. Pascal Martin et Antoine Refondini, assistants-diplômés à l'Université de Lausanne, pour leur travail de relecture.

<sup>1</sup> ATF 138 III 411 cons. 3.1 (traduction du texte original en allemand; cette traduction correspond dans une très large mesure au texte de l'ATF 119 II 443 cons. 1a). Voir également ATF 135 III 225 cons. 1.3; ATF 135 III 1 cons. 2.1; ATF 109 II 452. Pour une perspective historique, voir KATHRIN KLETT/CHRISTOPH HURNI, *Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle*, recht 2012 p. 80 ss.

## II. Le fondement de la règle de l'insolite

La portée du consentement global donné à l'intégration de conditions générales se détermine selon les règles générales sur l'interprétation des manifestations de volonté sujettes à réception<sup>2</sup>.

Selon ces règles générales, il faut « d'abord rechercher ce qu'ont effectivement compris les parties »<sup>3</sup>. En d'autres termes, il s'agit de déterminer « si les parties ont effectivement compris la même chose »<sup>4</sup>.

Si le consentement global n'a pas été compris de la même façon par les deux parties ou – et c'est la situation la plus fréquente – qu'il n'est pas possible d'établir la volonté réelle des parties, il faut appliquer le principe de la confiance pour déterminer la portée de ce consentement<sup>5</sup>.

Selon le principe de la confiance, il faut donner à une manifestation de volonté le sens que le destinataire pouvait et devait lui donner selon les règles de la bonne foi<sup>6</sup>.

La jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'utilisateur de conditions générales doit s'attendre à ce que son partenaire contractuel plus faible ou moins expérimenté n'adhère pas à une clause insolite sur l'existence de laquelle son attention n'a pas été spécialement attirée, n'est donc qu'une concrétisation du principe de la confiance<sup>7</sup>.

## III. L'intérêt de la règle de l'insolite

Si celui qui accepte des conditions générales sans en prendre connaissance était lié par les clauses insolites défavorables, l'utilisateur des conditions gé-

<sup>2</sup> Voir PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 9<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, n. 1127 ss ; ALFRED KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2009, par. 23 n. 13 ss ; ARIANE MORIN, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, Art. 1 n. 165 ss (cité : CoRo CO-MORIN) ; PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in Traité de droit privé suisse II/1, Bâle 2009, n. 516 ss.

<sup>3</sup> STEINAUER, n. 524.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Sur le principe de la confiance, voir STEINAUER, n. 516 ss, et les réf. citées.

<sup>7</sup> Sur le lien entre la règle de l'insolite et le principe de la confiance, voir en particulier ATF 138 III 411 cons. 3.1 ; ATF 135 III 1 cons. 2.1 ; ATF 119 II 443 cons. 1 ; CARL BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht : Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWB)*, Bâle 2001, Art. 8 n. 12 ; KOLLER, par. 23 n. 39 ; THOMAS PROBST, in P. Jung/P. Spitz (édit.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWB)*, Berne 2010, Art. 8 n. 6 ; STEINAUER, n. 525. Voir cependant GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1141a. L'accord (de fait ou de droit) des parties quant à l'intégration des conditions générales n'est toutefois pas suffisant pour que celles-ci soient intégrées ; il faut également, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, que le partenaire contractuel qui consent à l'intégration des conditions générales ait pu raisonnablement prendre connaissance de celles-ci. Pour une critique de cette seconde condition, voir LAURENT BIERI, *La possibilité de prendre connaissance des conditions générales*, RDS 2012 p. 201 ss, et les réf. citées.

nérales pourrait être incité à insérer dans celles-ci des clauses insolites qui lui procurent un bénéfice moins important que les coûts qu'elles imposent à ses partenaires contractuels<sup>8</sup>.

Ce ne serait certes pas toujours le cas, notamment parce que l'utilisateur des conditions générales pourrait avoir un intérêt suffisamment important à maintenir une bonne réputation, ou parce que de telles clauses, si elles étaient intégrées au contrat, seraient de toute façon nulles. Mais le problème serait néanmoins loin d'être négligeable.

Anticipant la présence de clauses insolites défavorables dans les conditions générales, des partenaires contractuelles potentiels pourraient alors renoncer à conclure des contrats qui auraient pu être mutuellement avantageux. Il pourrait aussi arriver que les partenaires contractuels concluent quand même le contrat, mais avec un gain de la coopération réduit<sup>9</sup>.

Avec la règle de l'insolite, le partenaire contractuel n'est pas lié par les clauses insolites, sauf si son attention a été spécialement attirée sur celles-ci. L'incitation de l'utilisateur des conditions générales à insérer des clauses insolites qui lui procurent un bénéfice moins important que les coûts qu'elles imposent à ses partenaires contractuels est alors réduite.

En effet, si l'utilisateur des conditions générales n'attire pas l'attention de son partenaire contractuel sur ces clauses, celles-ci seront considérées comme non écrites. Et s'il attire l'attention de son partenaire contractuel, elles seront certes valablement intégrées, mais le prix que les partenaires contractuels seront prêts à payer aura tendance à diminuer plus que le bénéfice qu'il tire de ces clauses (puisque par hypothèse ces clauses insolites procurent à l'utilisateur un bénéfice moins important que les coûts qu'elles imposent à ses partenaires contractuels)<sup>10</sup>.

La règle de l'insolite présente quand même l'inconvénient que les clauses insolites qui procurent à l'utilisateur un bénéfice *plus* important que les coûts qu'elles imposent à ses partenaires contractuels sont également considérées comme non écrites, à moins que l'attention du partenaire contractuel n'ait été spécialement attirée sur elles.

Cet inconvénient ne semble toutefois pas très important puisqu'il suffit que l'utilisateur des conditions générales attire l'attention de son partenaire contractuel sur de telles clauses pour que celles-ci soient valablement intégrées.

La règle de l'insolite semble donc avoir un effet bénéfique sur le processus de conclusion des contrats.

<sup>8</sup> Voir HANS-BERND SCHÄFER/PATRICK C. LEYDENS, *Judicial Control of Standard Terms and European Private Law*, in P. Larouche/F. Chirico (édit.), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich 2010, p. 97 ss.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Voir RICHARD CRASWELL, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, *Stanford Law Review* 1991 p. 361 ss.

## IV. Le nouvel article 8 LCD

Selon le nouvel art. 8 LCD, « agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des 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 ».

Cette disposition a remplacé l'ancien art. 8 LCD, qui concernait également l'utilisation de conditions générales abusives, mais qui n'a apparemment eu que peu d'effet, car il prévoyait notamment que des conditions générales ne pouvaient être qualifiées de déloyales que si elles étaient « de nature à provoquer une erreur »<sup>11</sup>.

Quatre conditions doivent être réunies pour que l'usage de conditions générales soit considéré comme un acte de concurrence déloyale au sens de l'art. 8 LCD<sup>12</sup>. Premièrement, il faut que des conditions générales aient été utilisées. Par conditions générales, il faut entendre des clauses contractuelles pré-formulées qui doivent servir à conclure un grand nombre de contrats<sup>13</sup>. Par utilisation, il faut entendre une utilisation commerciale<sup>14</sup>.

Deuxièmement, il faut que les conditions générales aient été utilisées au détriment d'un consommateur. Le projet du Conseil fédéral ne prévoyait pas une telle restriction, insérée à la dernière minute par l'Assemblée fédérale<sup>15</sup>. Elle n'était pas non plus prévue par l'ancien art. 8 LCD. Par consommateur, il faut entendre une personne qui conclut un contrat dans un but principalement personnel ou familial<sup>16</sup>.

Troisièmement, il doit exister « une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat ». Cela signifie, en d'autres termes, que le contrat doit être inéquitable<sup>17</sup>. Afin de déterminer si une telle disproportion existe, le tribunal doit se replacer au moment de la conclusion du contrat et examiner l'ensemble des clauses ; il ne doit donc pas examiner une ou quelques clauses isolément, mais faire une évaluation glo-

---

<sup>11</sup> Voir le Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 2 septembre 2009, FF 2009, p. 5566 (cité : MESSAGE) ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1155 ; KOLLER, par. 23 n. 74.

<sup>12</sup> Pour plus de détails, voir LAURENT BIERI, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in F. Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales abusives*, Bâle 2012, p. 47 ss, et les réf. citées.

<sup>13</sup> MESSAGE, p. 5565 ; PASCAL PICHONNAZ, *Clauses abusives et pratiques déloyales : une meilleure réglementation de la concurrence*, Plaidoyer 2011 p. 34 ss, p. 37 ; JÖRG SCHMID, *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen : Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, RJB 2012 p. 6.

<sup>14</sup> Voir BIERI, n. 14 et les réf. citées.

<sup>15</sup> Voir MESSAGE, p. 5579 s.

<sup>16</sup> Sur la notion de consommateur, voir BIERI, n. 16 et les réf. citées.

<sup>17</sup> Dans ce sens également PICHONNAZ, p. 37. Voir aussi MESSAGE, p. 5567 (« La disproportion créée au détriment de l'autre partie contractante doit être notable et injustifiée de sorte que le maintien de la clause serait incompatible avec le principe d'équité »).

bale du contrat<sup>18</sup>. Concrètement, cela signifie que le tribunal doit examiner si des clauses « dures » à l'égard du consommateur sont contrebalancées par des clauses plus favorables<sup>19</sup>.

Enfin, il faut que l'utilisateur des conditions générales ait agi contrairement aux règles de la bonne foi<sup>20</sup>. En d'autres termes, il faut que l'utilisateur des conditions générales ait d'une manière ou d'une autre exploité une situation de faiblesse du consommateur ; il profite, par exemple, du manque d'expérience de celui-ci<sup>21</sup>. Savoir si l'utilisateur des conditions générales a rendu attentif le consommateur à l'existence d'une clause litigieuse peut être pris en considération afin de déterminer s'il a agi contrairement aux règles de la bonne foi, mais cela n'est pas nécessairement décisif<sup>22</sup>.

Si ces quatre conditions sont réunies, les conditions générales intégrées dans un contrat sont nulles<sup>23</sup> ; cette conséquence n'est certes pas prévue expressément par l'art. 8 LCD mais paraît conforme au but de cette disposition. La nullité doit être prise en compte d'office par les tribunaux, une nullité partielle étant bien sûr envisageable (art. 20 al. 2 CO). Par ailleurs, les art. 9 et 10

<sup>18</sup> Voir CoRo CO-MORIN, Art. 1 n. 179 ; PICHONNAZ, p. 37 ; SCHMID, p. 14 s. Il est aussi possible de prendre en considération d'autres contrats liés. Sur ce point, voir CoRo CO-MORIN, Art. 1 n. 179 et 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 2010 p. 289.

<sup>19</sup> CoRo CO-MORIN, Art. 1 n. 179 ; PICHONNAZ, p. 37.

<sup>20</sup> Dans ce sens également PICHONNAZ, p. 38. Cette condition semble judicieuse dans la mesure où elle semble limiter le risque d'interventions judiciaires contre-productives. Sur ce point, voir BIERI, n. 25. Voir cependant FRANÇOIS BOHNET, *Les clauses procédurales abusives*, in F. Bohnet (édit.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales abusives*, Bâle 2012, n. 66 et HUBERT STÖCKLI, *Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle*, *Droit de la construction* 2011 p. 184.

<sup>21</sup> MESSAGE, p. 5567, précise que le « critère de la bonne foi permet d'établir une appréciation nuancée du rapport de force entre l'utilisateur des [conditions générales] et le partenaire contractuel. Il est ainsi possible de tenir compte notamment de l'expérience commerciale du partenaire contractuel et de ses connaissances juridiques. [...] Lors de l'examen de la compatibilité des [conditions générales] avec les règles de la bonne foi, il est possible de tenir également compte, dans le cas du contrôle individuel, des circonstances concrètes de la relation contractuelle. Par contre, si l'on opte pour le contrôle abstrait du contenu, il est absolument nécessaire de mener une approche type, axée sur un partenaire contractuel moyen. ».

<sup>22</sup> Voir cependant RASHID BAHAR, *Conditions générales : a time for change*, *Journée 2011 de droit bancaire et financier*, Zurich 2012, p. 134, qui affirme que « si le contrat semble consacrer un déséquilibre entre prestation et contreprestation, il devrait néanmoins être possible d'éliminer tout risque de comportement déloyal en s'assurant que la contrepartie a effectivement compris la clause et idéalement ce qu'elle implique en termes de conséquences pratiques. Il en résulte que le recours à des outils typographiques ou une explication détaillée des implications d'une clause donnée peut guérir un vice, peu importe qu'il soit matériel et non simplement formel ». Selon CoRo CO-MORIN, Art. 1 n. 179, l'art. 8 LCD « s'applique indépendamment du mode d'incorporation [...] des conditions générales, ainsi que d'une éventuelle mise en évidence de la clause visée ».

<sup>23</sup> Voir PICHONNAZ, p. 38 ; SCHMID, p. 16, et les réf. citées. Voir toutefois CoRo CO-MORIN, Art. 1 n. 179. Le Message du Conseil fédéral n'est pas absolument clair sur ce point.

LCD réservent des actions spécifiques, notamment des actions intentées par des associations de consommateurs ou par la Confédération<sup>24</sup>.

## V. La règle de l'insolite et l'article 8 LCD

La règle de l'insolite ne doit pas être confondue avec la règle énoncée à l'art. 8 LCD. Premièrement, la règle de l'insolite permet de déterminer dans quelle mesure des conditions générales ont été intégrées à un contrat ; l'art. 8 LCD permet en revanche de contrôler le contenu des conditions générales. Cela explique pourquoi la règle de l'insolite continue d'exister malgré l'entrée en vigueur du nouvel art. 8 LCD<sup>25</sup>.

Deuxièmement, si le partenaire contractuel a pris connaissance d'une clause insolite, par exemple parce que son attention a été spécialement attirée sur cette clause, celle-ci sera intégrée au contrat. En revanche, si le partenaire contractuel a pris connaissance des clauses qui créent une disproportion entre les droits et les obligations des parties, et même si son attention a été spécialement attirée sur ces clauses<sup>26</sup>, il n'est pas exclu d'admettre que l'utilisation des conditions générales est abusive au sens de l'art. 8 LCD<sup>27</sup>.

Troisièmement, pour apprécier le caractère insolite d'une clause, il est sans importance que celle-ci soit ou non contrebalancée par d'autres clauses plus favorables<sup>28</sup>. Par opposition, pour déterminer si l'usage de conditions générales est déloyal au sens de l'art. 8 LCD, il faut faire une évaluation globale du contrat<sup>29</sup>. Cela ressort clairement du texte de l'art. 8 LCD, qui exige d'examiner s'il existe une disproportion « entre les droits et les obligations découlant du contrat ». On relèvera également que l'art. 8 LCD ne parle pas de « clauses » abusives mais bien de « conditions générales » abusives<sup>30</sup>. La tâche d'un tribunal qui doit déterminer s'il existe une disproportion notable et

<sup>24</sup> Sur les actions intentées par la Confédération, voir GUIDO SUTTER/FLORIAN LÖRTSCHER, *Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB*, recht 2012 p. 93 ss, et les réf. citées.

<sup>25</sup> Dans ce sens notamment BOHNET, n. 40 ; THOMAS PROBST, *Die richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Recht : Ein rückblickender Ausblick in die Zukunft*, in P. Jung (édit.), *Droit privé européen : l'unité dans la diversité*, Munich 2013, p. 223 ss ; SCHMID, p. 2 et 19. La situation est à cet égard identique à celle prévalant sous le régime de l'ancien art. 8 LCD. Cette position ne semble cependant pas contestée. Voir notamment PICHONNAZ, p. 38 ; PICHONNAZ/FORNAGE, p. 292 s. MESSAGE, p. 5539 ss, ne prend pas position sur la relation entre la règle de l'insolite et le nouvel art. 8 LCD.

<sup>26</sup> Voir toutefois ci-dessus n.b 22.

<sup>27</sup> Voir BOHNET, n. 72 ; CoRo CO–MORIN, Art. 1 n. 179.

<sup>28</sup> BIERI, n. 20. Voir cependant ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant*, Berne 2011, n. 965, CoRo CO–MORIN, Art. 1 n. 179, et PICHONNAZ, p. 38.

<sup>29</sup> Sur les difficultés d'une telle évaluation et les risques d'une intervention judiciaire contre-productive, voir BIERI, n. 21 ss, et les réf. citées.

<sup>30</sup> La directive 93/13/CEE porte en revanche sur les « clauses » abusives.

injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat est donc bien plus délicate que la détermination du caractère insolite d'une clause<sup>31</sup>.

Quatrièmement, la règle de l'insolite peut potentiellement jouer un rôle chaque fois qu'une partie accepte d'être liée par un contrat dont elle n'a pas pris connaissance, alors que l'art. 8 LCD ne concerne que l'utilisation de conditions générales aux détriments de consommateurs<sup>32</sup>.

Enfin, la règle de l'insolite, contrairement à l'art. 8 LCD, ne peut pas être invoquée dans le cadre d'un contrôle abstrait découlant, par exemple, d'une action intentée par une association de consommateurs<sup>33</sup>.

## VI. La reformulation de la règle de l'insolite

La formule jurisprudentielle décrivant la règle de l'insolite devrait être revue. Premièrement, cette formule indique que seule « la partie la plus faible ou la moins expérimentée » peut se prévaloir de la règle de l'insolite<sup>34</sup>. Cette restriction devrait disparaître. En effet, lors de l'application de la règle de l'insolite, qui n'est – comme déjà mentionné – qu'un cas d'application du principe de la confiance, la question qui se pose est de savoir comment l'utilisateur des conditions générales pouvait et devait comprendre le consentement donné par son partenaire contractuel. Or il n'est pas exclu d'admettre que l'utilisateur pouvait et devait comprendre que le consentement *ne* portait *pas* sur les clauses insolites sur lesquelles l'attention du partenaire contractuel n'a pas été spécialement attirée, même si le partenaire contractuel n'est pas « la partie la plus faible ou la moins expérimentée »<sup>35</sup>.

Deuxièmement, selon la formule du Tribunal fédéral, « plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du cocontractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite ». Cette affirmation devrait également disparaître. En effet, lors de l'application de la règle de l'insolite, qui n'est – encore une fois – qu'un cas d'application du principe de la confiance, la question qui se pose est de savoir si l'utilisateur des conditions générales pouvait et devait

<sup>31</sup> Voir BIERI, n. 21.

<sup>32</sup> Sur l'effet de la signature d'un document qui n'a pas été lu, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 934 ss.

<sup>33</sup> Voir également BOHNET, n. 72.

<sup>34</sup> Selon le Tribunal fédéral, « la partie la plus forte, économiquement ou à d'autres égards, doit être considérée comme la plus faible si elle a été pratiquement forcée d'accepter les conditions générales pour trouver un cocontractant » (ATF 109 II 452 cons. 2b, JdT 1984 I 470 ; texte original en allemand, citation d'après la traduction contenue au JdT). Sur la notion de partie faible ou moins expérimentée, voir en outre PROBST, Art. 8 n. 13 s.

<sup>35</sup> Voir également GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1142, qui notent que la règle de l'insolite n'a pas pour fonction de protéger les faibles contre les forts et que certaines clauses peuvent être surprenantes même pour une partie expérimentée. Selon CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht*, Zurich 2012, n. 623, le champ d'application de la règle de l'insolite ne se limite pas au cas où le partenaire contractuel est inexpérimenté.

comprendre que son partenaire contractuel adhère à une certaine clause. Or il est tout à fait possible que l'utilisateur des conditions générales puisse de bonne foi admettre que son partenaire contractuel adhère à une clause qui porte fortement atteinte à ses intérêts, par exemple parce que ce type de clauses est très fréquent, et inversement, il est possible que l'utilisateur ne puisse pas admettre que son partenaire contractuel adhère à une clause qui ne porte pas une grande atteinte à ses intérêts, parce que la clause est inhabituelle<sup>36</sup>. La question du caractère défavorable du contrat ne doit pas être traitée au niveau de la règle de l'insolite, mais au niveau des règles sur le contenu des contrats. En revanche, il est possible que le caractère très défavorable d'une clause soit un indice permettant de conclure que l'utilisateur des conditions générales ne pouvait pas de bonne foi admettre que son partenaire contractuel adhère à celle-ci<sup>37</sup>.

Enfin, la formulation utilisée par le Tribunal fédéral pourrait suggérer que la règle de l'insolite ne concerne que le cas d'une adhésion « donnée globalement à des conditions générales ». En réalité, comme déjà mentionné, la règle de l'insolite, qui n'est – encore et toujours – qu'un cas d'application du principe de la confiance, trouve application chaque fois qu'une personne accepte d'être liée par un contrat – qu'il s'agisse ou non de conditions générales – dont elle n'a pas pris connaissance.

## VII. Conclusion

La règle de l'insolite, qui n'est qu'un cas d'application du principe de la confiance, continue d'exister malgré la révision de l'art. 8 LCD, et semble avoir un effet bénéfique sur le processus de conclusion des contrats. Elle devrait toutefois être reformulée, afin de bien montrer qu'elle peut aussi être invoquée par une partie qui n'est pas « la plus faible ou la moins expérimentée », qu'il n'est pas nécessairement vrai que « plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du cocontractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite », et finalement qu'elle peut jouer un rôle même s'il n'y a pas utilisation de conditions générales.

---

<sup>36</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, n. 1142 ; KOLLER, n. 40 et PROBST, p. 223 ss, soulignent qu'il faut distinguer ce qui est insolite et ce qui est inéquitable. Voir également CARL BAUDENBACHER, *Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz ?*, RJB 1987 p. 517 : « Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel kann entgegen der Auffassung des Bundesgerichts nicht davon abhängen, wie stark eine Klausel die Rechtsstellung des Kunden beeinträchtigt ».

<sup>37</sup> Voir notamment KOLLER, par. 23, n. 40.