

Le contrôle judiciaire des conditions générales - Réflexions sur le nouvel article 8 LCD

par

Laurent Bieri

Professeur à l'Université de Lausanne

I. Introduction	48
II. Le contexte.....	48
<i>A. En général.....</i>	<i>48</i>
<i>B. L'intégration des conditions générales</i>	<i>48</i>
<i>C. L'interprétation des conditions générales</i>	<i>50</i>
<i>D. Le contenu des conditions générales.....</i>	<i>51</i>
III. L'état de fait visé par l'article 8 LCD.....	51
<i>A. En général.....</i>	<i>51</i>
<i>B. L'utilisation de conditions générales</i>	<i>52</i>
<i>C. Un désavantage pour un consommateur</i>	<i>53</i>
<i>D. Une disproportion notable et injustifiée.....</i>	<i>53</i>
<i>E. La contradiction avec les règles de la bonne foi</i>	<i>55</i>
IV. Les conséquences de la violation de l'article 8 LCD	57
<i>A. La nullité des clauses intégrées dans le contrat</i>	<i>57</i>
<i>B. Les articles 9 et 10 LCD.....</i>	<i>58</i>
V. Deux questions particulières.....	58
<i>A. Le droit de l'Union européenne.....</i>	<i>58</i>
<i>B. Le droit intertemporel.....</i>	<i>59</i>
VI. Conclusion.....	60

I. Introduction

1. L'Assemblée fédérale a approuvé le 17 juin 2011 une révision de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). Parmi les dispositions modifiées figure l'article 8 LCD sur l'utilisation de conditions générales abusives.
2. Les nouvelles dispositions de la LCD sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2012, à l'exception du nouvel article 8 LCD, qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012.
3. Cette contribution présente les conséquences principales de cette révision sur le contrôle judiciaire des conditions générales.

II. Le contexte

A. En général

4. Afin de comprendre la portée du nouvel article 8 LCD, il convient dans un premier temps de rappeler les règles sur l'intégration, l'interprétation et finalement le contenu des conditions générales.

B. L'intégration des conditions générales

5. La modification de l'article 8 LCD ne change pas les règles permettant de déterminer si des conditions générales ont été intégrées à un contrat. Les règles sur l'intégration des conditions générales applicables jusqu'ici restent donc pleinement valables¹.

¹ Sur l'intégration des conditions générales, voir notamment GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 9^e éd. Zurich/Bâle/Genève 2008, N 1127 ss ; KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Berne 2009, § 23 N 13 ss ; MORIN ARIANE, Art. 1, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), *Code des obligations I - Commentaire romand*, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich 2012, N 165 ss ; SCHWENZER INGEBORD, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 5^e éd., Berne 2009, N 45.01 ss. Pratiquement, il n'est toutefois pas exclu que l'entrée en vigueur du nouvel art. 8 LCD ait pour conséquence que les tribunaux appliqueront avec un peu moins de rigueur la règle de l'insolite.

6. Cela signifie notamment que lorsqu'un tribunal est confronté à des conditions générales intégrées globalement, il doit toujours se demander si, selon le principe de la confiance, l'utilisateur des conditions générales pouvait admettre que l'autre partie acceptait la clause litigieuse². Si cette clause est insolite, ce ne sera pas le cas, et la clause sera considérée comme non écrite³.
7. Par ailleurs, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et quelques dispositions spéciales⁴, pour que des conditions générales soient

² Sur le lien entre la règle de l'insolite et le principe de la confiance, voir notamment TF 4A_24/2012 du 30 mai 2012, c. 3.1 ; ATF 135 III 1, c. 2.1 ; ATF 119 II 443, c. 1 ; BAUDENBACHER CARL, *Lauterkeitsrecht : Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWB)*, Bâle/Genève/Munich 2001, N 12 ad art. 8 ; KOLLER (n. 1), § 23 N 39 ; PROBST THOMAS, Art. 8, in : Peter Jung/Philippe Spitz (éd.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWB)*, Berne 2010, N 6 ; STEINAUER PAUL-HENRI, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Bâle 2009, N 525.

³ Dans ce sens JÖRG SCHMID, *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen : Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG*, *Revue de la société des juristes bernois* 2012, p. 1 ss, p. 2 et 19 ; ANSGAR SCHOTT, *Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle Insbesondere zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken*, *L'expert-comptable suisse* 2012, p. 78. La situation est à cet égard identique à celle prévalant sous le régime de l'ancien art. 8 LCD. Voir également, s'agissant d'une question similaire en droit allemand, HEIN KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen 2009, N 264. Cette position ne semble cependant pas contestée. Voir notamment ANNE-CHRISTINE FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant – Etude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand*, Berne 2011, N 1026 ; PASCAL PICHONNAZ, *Clauses abusives et pratiques déloyales : une meilleure réglementation de la concurrence*, *Plaidoyer* 2011/5, p. 38 ; 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*, *Revue Suisse de Jurisprudence* 2010, p. 285 ss, p. 292 s. Le Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 2 septembre 2009, *Feuille fédérale* 2009, p. 5539 ss, ne prend pas position sur la relation entre la règle de l'insolite et le nouvel art. 8 LCD.

⁴ Voir en particulier l'art. 4 de la loi fédérale sur les voyages à forfait et l'art. 3 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance. Voir également les art. 9 ss de la loi fédérale sur le crédit à la consommation. Voir enfin l'annexe 1 let. i de la directive européenne 93/13/CEE sur les clauses abusives. Le nouvel art. 8 LCD ne crée pas un devoir général de mettre à disposition les conditions générales avant la conclusion du contrat.

intégrées à un contrat, il faut aussi que les parties aient eu la possibilité d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat⁵ ; il n'est en revanche pas nécessaire que les parties en aient effectivement pris connaissance⁶. Pour des raisons développées ailleurs, cette jurisprudence devrait être revue⁷.

C. L'interprétation des conditions générales

8. Selon le Tribunal fédéral, largement approuvé par la doctrine, les conditions générales doivent être interprétées de manière individuelle, comme tous les autres contrats⁸. Selon les circonstances, il n'est donc pas exclu de donner un sens différent à des conditions générales identiques⁹.
9. Sans pouvoir faire ici une analyse approfondie des règles d'interprétation des contrats, on rappellera qu'il est généralement admis qu'en cas de doute, ceux-ci doivent être interprétés en défaveur de la partie qui a rédigé le texte¹⁰.

⁵ ATF 100 II 200, c. 5d ; ATF 77 II 154, c. 4 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 1), N 1140 ; MORIN (n. 1), N 171 ; SCHWENZER (n. 1), N 45.02. Voir cependant ATF 103 II 59, c. 2 ; FRANÇOIS DESSEMONTET, Art. 1, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Commentaire romand – Code des obligations I, Genève/Bâle/Munich 2003, N 45, et KOLLER (n. 1), § 23 N 28.

⁶ ATF 119 II 443, c. 1a ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 1), N 1130 ; KOLLER (n. 1), § 23 N 18.

⁷ Voir LAURENT BIERI, La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales, *Revue de droit suisse* 2012, p. 201 ss, et les références citées.

⁸ ATF 135 III 225, c. 1.3 ; ATF 135 III 1, c. 2. Sur l'interprétation des conditions générales, voir notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 1), N 1240 ss et KOLLER (n. 1), § 23 N 68 ss.

⁹ Sur les liens entre le contrôle du contenu des conditions générales et la méthode à suivre pour interpréter celles-ci, voir en particulier WOLFGANG WIEGAND, *Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in : Heinrich Honsell et autres (éd.), *Privatrecht und Methode – Festschrift für Ernst A. Kramer*, Bâle/Genève/Munich 2004, p. 331 ss.

¹⁰ Voir en particulier PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5^e éd., Zurich 2011, N 202, et les références citées. Voir également l'art. 33 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance. Selon le Juge fédéral BERNARD CORBOZ, *Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente*, *Semaine judiciaire* 2011, p. 256, « s'il n'est pas exclu que

10. On précisera également que lorsque des conditions générales sont mises en cause dans le cadre d'un contrôle abstrait, par exemple par une association de consommateurs sur la base de l'article 10 LCD, il faut évidemment faire une interprétation uniforme. Il est alors généralement défendu qu'il ne faut pas faire usage de la règle selon laquelle, en cas de doute, il faut interpréter les clauses en défaveur de la partie qui a rédigé le texte¹¹.

D. Le contenu des conditions générales

11. En ce qui concerne le contrôle du contenu des conditions générales, il convient de souligner qu'il ne résulte pas seulement de l'article 8 LCD, mais de l'ensemble des règles impératives sur le contenu des contrats. Il était en effet admis que l'ancien article 8 LCD n'était pas une disposition spéciale qui empêchait l'application des règles générales sur le contenu des contrats¹². On ne voit pas pourquoi il en irait différemment avec le nouvel article 8 LCD.

III. L'état de fait visé par l'article 8 LCD

A. En général

12. Le nouvel article 8 LCD a la teneur suivante :

« Utilisation de conditions commerciales abusives

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.

P'on retrouve épisodiquement une référence à l'adage « *in dubio contra stipulatorem* » [dans la jurisprudence du Tribunal fédéral], il est manifeste que celui-ci a perdu de l'importance ».

¹¹ Voir en particulier GAUCH (n. 10), N 203 et GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 1), N 1242 let. b. Voir également les art. 5 et 7 al. 2 de la directive 93/13/CEE.

¹² 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, note 204.

Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

Utilizzazione di condizioni commerciali abusive

Agisce segnatamente in modo sleale chiunque utilizza condizioni commerciali generali che, violando il principio della buona fede, comportano a detrimento dei consumatori un notevole e ingiustificato squilibrio tra i diritti e gli obblighi contrattuali. »

13. Cette disposition a remplacé l'ancien article 8 LCD, qui concernait également l'utilisation de conditions générales abusives, mais qui n'a apparemment eu que très 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 »¹³.

B. L'utilisation de conditions générales

14. Pour commencer, il faut que des conditions générales aient été utilisées. Par conditions générales, il faut entendre des clauses contractuelles préformulées qui doivent servir à conclure un grand nombre de contrats¹⁴. Par utilisation, il faut entendre une utilisation commerciale ; cela ne ressort pas du texte du nouvel article 8 LCD, mais découle de la clause générale de l'article 2 LCD¹⁵.

¹³ Voir le Message, Feuille fédérale 2009, p. 5566 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 1), N 1155 ; KOLLER, (n. 1), § 23 N 74 ; SCHWENZER, (n. 1), N 46.04.

¹⁴ Message, Feuille fédérale 2009, p. 5565 ; PICHONNAZ (n. 3), p. 37 ; SCHMID (n. 3), p. 6.

¹⁵ Sur la notion d'utilisation de conditions générales, voir également les considérations relatives à l'ancien art. 8 LCD de PETER GAUCH, *Die Verwendung « missbräuchlicher Geschäftsbedingungen » – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG*, Droit de la construction 1987, p. 51 ss, p. 56.

C. Un désavantage pour un consommateur

15. Pour que le nouvel article 8 LCD s'applique, il faut également 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 fédérale¹⁶. Elle n'était pas non plus prévue par l'ancien article 8 LCD.
16. Par consommateur, il faut entendre une personne qui conclut un contrat dans un but principalement personnel ou familial¹⁷. Le contrat ne doit pas nécessairement porter sur une prestation de consommation courante ; le nouvel article 8 LCD ne mentionne en effet pas une telle restriction¹⁸.

D. Une disproportion notable et injustifiée

17. Pour que le nouvel article 8 LCD s'applique, il faut également qu'il existe « une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat »¹⁹. Cela signifie, en d'autres termes, que le contrat doit être inéquitable²⁰.

¹⁶ Voir Feuille fédérale 2009, p. 5579 s. Pour une critique de cette restriction, voir notamment PETER GAUCH, Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, Neue Zürcher Zeitung du 30 août 2011, p. 21. D'un autre avis, MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD : un léger mieux sur le front des intempéries, Responsabilité et Assurance 2011, p. 328 ss, p. 330.

¹⁷ Voir notamment PICHONNAZ (n. 3), p. 36 ; SCHMID (n. 3), p. 9. La notion de consommateur au sens de l'art. 8 LCD a déjà donné lieu à quelques controverses. Voir par exemple PICHONNAZ (n. 3), p. 36, qui estime que le consommateur peut être une personne morale, et SCHMID (n. 3), p. 9, qui défend l'opinion inverse. Pour des développements sur la notion de consommateur, voir ANNE-SYLVIE DUPONT, Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance, dans le présent ouvrage, N 15 ss. Sur la notion de consommateur en droit suisse, voir également MORIN (n. 1), N 71 ss.

¹⁸ Du même avis PICHONNAZ (n. 3), p. 36 ; SCHMID (n. 3), p. 9. D'un autre avis, ANDREAS FURRER, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz, Responsabilité et Assurance 2011, p. 324 ss, p. 326 ; MARCHAND (n. 16), p. 330 ; SCHOTT (n. 3), p. 79.

¹⁹ Comme le relève FRANÇOIS BOHNET, Les clauses procédurales abusives, dans le

18. Afin de déterminer si une « disproportion notable et injustifiée » existe, le tribunal doit se replacer au moment de la conclusion du contrat et examiner l'ensemble des clauses. Il doit donc faire une évaluation globale du contrat²¹.
19. Concrètement, cela signifie que le tribunal doit examiner si une clause « dure » à l'égard du consommateur est contrebalancée, par exemple par un prix très favorable²². Ainsi, si une clause excluant la garantie pour les défauts dans une vente permet une réduction suffisamment importante du prix, on ne sera pas en présence d'une disproportion notable et injustifiée²³.
20. La situation est différente avec la règle de l'insolite. En effet, avec la règle de l'insolite, le tribunal doit seulement se demander si une clause est insolite ; il ne doit pas examiner si la clause insolite est contrebalancée par d'autres clauses²⁴.

présent ouvrage, N 64, la version allemande de l'art. 3 de la directive 93/13/CEE parle, comme la version allemande du nouvel art. 8 LCD, de « *erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis* ». En revanche, la version française de la directive parle de « déséquilibre significatif » et pas de « disproportion notable et injustifiée ». La version italienne de la directive parle de « *significativo squilibrio* » et pas de « *notevole e ingiustificato squilibrio* ». Quant à la version anglaise de la directive, elle parle de « *significant imbalance* ».

²⁰ Voir PICHONNAZ (n. 3), p. 37. Voir également le Message, Feuille fédérale 2009, 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 »).

²¹ Voir MORIN (n. 1), N 179 ; PICHONNAZ (n. 3), p. 37 ; SCHMID (n. 3), p. 14 s. Il est aussi possible de prendre en considération d'autres contrats liés. Sur ce point, voir MORIN (n. 1), N 179 et PICHONNAZ/FORNAGE (n. 3), p. 289. Vu qu'il s'agit de faire une évaluation globale du contrat, on ne s'inspirera qu'avec la plus grande prudence de la liste de clauses annexée à la directive 93/13/CEE. D'un autre avis, SCHMID (n. 3), p. 15 s. Sur la relation entre l'art. 8 LCD et le droit de l'Union européenne, voir en outre la section V.A ci-dessous.

²² MORIN (n. 1), N 179 ; PICHONNAZ (n. 3), p. 37.

²³ Dans ce sens MORIN (n. 1), N 179. Voir en outre ERIC POSNER, *Contract Law and Theory*, New York 2011, p. 96 : « *There is nothing wrong in principle with limitations on liability* ».

²⁴ Voir cependant FORNAGE (n. 3), N 965, qui estime que la règle de l'insolite permet une « appréciation de l'équilibre des droits et obligations des parties au

21. La tâche d'un tribunal qui doit déterminer s'il existe une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations des parties est extrêmement délicate²⁵ ; bien plus délicate que la détermination du caractère insolite d'une clause.
22. Comment un tribunal doit-il procéder pour déterminer si une clause contractuelle, par exemple une clause exclusive de responsabilité, est contrebalancée, par exemple par une réduction suffisamment importante du prix ?
23. Il faut reconnaître que les tribunaux sont mal équipés pour répondre à ce type de questions²⁶. Mais il s'agit de questions cruciales. En effet, si les tribunaux prennent l'habitude de considérer comme abusives des clauses qui, en réalité, permettent par exemple une baisse substantielle du prix payé par les consommateurs, l'intervention judiciaire risque d'être contre-productive²⁷.

E. La contradiction avec les règles de la bonne foi

24. Pour que le nouvel article 8 LCD s'applique, il faut encore que l'utilisateur des conditions générales ait agi contrairement aux règles

contrat, au vu de l'ensemble des circonstances », et MORIN (n. 1), N 179, qui considère que « la notion de clause présentant un déséquilibre significatif se recoupe [...] avec celle de clause objectivement insolite ». Voir en outre PICHONNAZ (n. 3), p. 38, qui affirme que la « jurisprudence relative à la clause insolite pourra largement profiter de celle qui découlera de l'art. 8 LCD révisé ».

²⁵ Voir également PICHONNAZ (n. 3), p. 37, qui relève que « cette exigence est manifestement difficile à apprécier ».

²⁶ Voir par exemple POSNER (n. 23), p. 95, qui relève certaines difficultés que peut rencontrer un tribunal qui essaie de déterminer si un prix est correct.

²⁷ On notera également qu'il existe un risque de subventionnement croisé au détriment des consommateurs les plus faibles. Sur le subventionnement croisé dans les relations contractuelles, voir notamment OREN BAR-GILL/OMRI BEN-SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, New York University Law and Economics Research Paper 12-12, p. 10 ss et GWYN GUILLEN, *Contract Damages and Cross-Subsidization*, *Southern California Law Review* 1988, p. 1125 ss.

de la bonne foi. A mon avis, la référence expresse à la bonne foi à l'article 8 LCD apporte bien une condition supplémentaire²⁸.

25. Cela semble judicieux. En effet, vu qu'il est extrêmement difficile pour un tribunal de déterminer si l'on est en présence d'une disproportion notable et injustifiée, le risque d'une intervention judiciaire contre-productive est – comme déjà mentionné – loin d'être négligeable. Il paraît dès lors opportun de réserver les (prudentes) interventions judiciaires aux cas dans lesquels il a pu être constaté que l'utilisateur des conditions générales a agi contrairement aux règles de la bonne foi²⁹.
26. On peut faire un parallèle entre la structure du nouvel article 8 LCD et celle de l'article 21 CO. En effet, selon l'article 21 CO, il ne suffit pas que l'on soit en présence d'une disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre pour admettre l'existence d'une lésion ; il faut aussi qu'une partie ait exploité une situation de faiblesse de l'autre³⁰.
27. Il est bien sûr difficile de définir abstraitement les actes contraires à la bonne foi au sens de l'article 8 LCD. L'utilisateur des conditions générales agit en tout cas contrairement à la bonne foi s'il trompe le consommateur ou si d'une manière ou d'une autre il exploite une situation de faiblesse de celui-ci ; il profite, par exemple, du manque d'expérience du consommateur, qui n'est pas en mesure de se rendre compte de la portée de son engagement³¹.

²⁸ Dans ce sens, PICHONNAZ (n. 3), p. 38. Voir cependant, notamment, HUBERT STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, *Droit de la construction* 2011, p. 184 ss, p. 184.

²⁹ Pour un raisonnement similaire dans un autre contexte, voir notamment RUSSELL KOROBKIN, Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability, *The University of Chicago Law Review* 2003, p. 1203 ss, p. 1279.

³⁰ Sur cette seconde condition, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 1), N 736 ss, et les références citées.

³¹ Le Message, Feuille fédérale 2009, p. 5567, relève 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

28. Savoir si l'utilisateur des conditions générales a rendu attentif le consommateur à l'existence d'une clause litigieuse pourra être pris en considération afin de déterminer s'il a agi contrairement aux règles de la bonne foi, mais cela ne sera pas nécessairement décisif³².

IV. Les conséquences de la violation de l'article 8 LCD

A. La nullité des clauses intégrées dans le contrat

29. Les clauses abusives au sens du nouvel article 8 LCD sont nulles³³. Cette conséquence n'est pas prévue expressément par l'article 8 LCD mais paraît conforme au but de cette disposition. La nullité doit être prise en compte d'office par les tribunaux.
30. Une nullité partielle du contrat est bien sûr envisageable (art. 20 al. 2 CO). Il est alors généralement défendu que les tribunaux ne doivent pas remplacer les clauses problématiques par des clauses à la limite du tolérable³⁴. L'idée est que si les tribunaux agissaient ainsi, l'article 8 LCD n'aurait que peu d'effet incitatif³⁵.

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 ».

³² Voir cependant PASCAL PICHONNAZ, Une réforme nécessaire pour plus de loyauté commerciale, *Le Temps* du 25 février 2011.

³³ Voir PICHONNAZ (n. 3), p. 38 ; SCHMID (n. 3), p. 16, et les références citées. Voir toutefois MORIN (n. 1), N 179. Le Message n'est pas absolument clair sur ce point. Il était largement admis que la violation de l'ancien art. 8 LCD entraînait la nullité des clauses. Voir BAUDENBACHER, (n. 2), N 59 ; GAUCH (n. 10), N 200 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 1), N 1155 ss ; PROBST (n. 2), N 68, et les références citées. Le professeur PETER GAUCH avait précédemment soutenu une position différente. Voir en particulier GAUCH (n. 15), p. 57 s.

³⁴ Voir MORIN (n. 1), N 180 ; PICHONNAZ (n. 3), p. 38. Le Message, Feuille fédérale 2009, p. 5568, relève (prudemment) que la « question de savoir s'il faut réduire les clauses des conditions générales à une mesure admissible est controversée dans la pratique et la doctrine ».

³⁵ Voir TF, 4A_404/2008 du 18 décembre 2008, c. 5.6.3.2.1 ; MORIN (n. 1), N 180 ;

B. Les articles 9 et 10 LCD

31. L'article 9 LCD, qui prévoit notamment le droit, pour celui qui est victime d'un acte de concurrence déloyale, d'interdire l'atteinte, de la faire cesser ou d'en constater le caractère illicite n'a pas été modifié.
32. S'agissant de l'article 10 LCD, la modification concerne la qualité pour agir de la Confédération³⁶. Auparavant, la Confédération ne pouvait agir que si cela était nécessaire « pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger et que les personnes qui ont le droit d'intenter action résident à l'étranger ». Maintenant, la Confédération peut agir si elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public.
33. Il est par ailleurs désormais précisé à l'article 10 alinéa 4 LCD que « lorsque la protection de l'intérêt public l'exige, le Conseil fédéral peut informer le public des pratiques déloyales d'une entreprise en la citant nommément ».

V. Deux questions particulières

A. Le droit de l'Union européenne

34. Le nouvel article 8 LCD s'inspire du droit de l'Union européenne, en particulier de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives. On peut dès lors se demander dans quelle mesure le droit de l'Union européenne doit être pris en considération lors de l'interprétation de l'article 8 LCD³⁷.

PICHONNAZ (n. 3), p. 38 ; SCHWENZER (n. 1), N 32.45. Pour des réflexions nuancées, qui montrent la complexité du problème, voir en particulier OMRI BEN-SHAHAR, *Fixing Unfair Contracts*, *Stanford Law Review* 2011, p. 869 ss.

³⁶ Sur l'extension du droit de la Confédération d'intenter action, voir le Message, Feuille fédérale 2009, p. 5550 s.

³⁷ Sur l'influence du droit de l'Union européenne sur l'interprétation du droit suisse, voir notamment ATF 137 II 199, c. 4.3.1 ; ATF 137 III 226, c. 2.2 ; ATF 129 III 335, c. 6 ; LAURENT BIERI, *L'application du droit privé suisse reprenant de manière autonome des directives communautaires*, *Pratique juridique actuelle* 2007, p. 708 ss, et les références citées.

35. A mon avis, il serait erroné de considérer que toute marge d'appréciation quant au sens à donner à cette disposition devrait être utilisée pour arriver à la même solution que dans l'Union européenne. Il n'existe en effet pas une telle volonté du législateur s'agissant du nouvel article 8 LCD³⁸.
36. En revanche, il n'est évidemment pas exclu de s'inspirer des solutions retenues dans l'Union européenne, et il est même recommandé de prendre connaissance des publications traitant du droit de l'Union européenne sur ces questions pour interpréter le nouvel article 8 LCD³⁹.

B. Le droit intertemporel

37. S'agissant du droit intertemporel, la question centrale est bien sûr de savoir si l'on pourra appliquer le nouvel article 8 LCD à des contrats conclus avant le 1^{er} juillet 2012.
38. Le législateur n'a pas adopté de dispositions spécifiques à cet égard. Il convient dès lors de se référer aux règles générales du droit intertemporel figurant dans le Titre final du Code civil (Tit. fin. CC)⁴⁰.
39. La règle fondamentale en matière de droit intertemporel, mentionnée à l'article 1^{er} Tit. fin. CC, c'est évidemment l'absence de rétroactivité.
40. Mais l'article 2 alinéa 1 Tit. fin. CC prévoit que « les règles [...] établies dans l'intérêt de l'ordre public et des moeurs sont applicables, dès leur entrée en vigueur, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception ».

³⁸ Voir notamment FURRER (n. 18), p. 328. Sur les différences entre le droit suisse et le droit de l'Union européenne, voir par exemple PICHONNAZ (n. 3), p. 37 et SCHMID (n. 3), p. 10.

³⁹ Sur le rôle de la liste de clauses annexée à la directive 93/13/CEE, voir note 21 ci-dessus.

⁴⁰ ATF 133 III 105, c. 2.1, et les références citées.

41. Selon le Tribunal fédéral, « pour admettre qu'une disposition légale a un caractère d'ordre public au sens de l'article 2 Tit. fin. CC, il ne suffit pas qu'elle soit impérative. Au contraire, l'ordre public et les mœurs ne justifient l'application rétroactive d'une norme que lorsque celle-ci appartient aux principes fondamentaux de l'ordre juridique actuel, en d'autres termes lorsqu'elle incarne des conceptions socio-politiques ou éthiques fondamentales »⁴¹.
42. Le nouvel article 8 LCD, qui a été adopté de justesse par l'Assemblée fédérale, ne semble pas faire partie des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse ; cette disposition ne devrait par conséquent pas s'appliquer avec effet rétroactif⁴².

VI. Conclusion

43. Quel sera l'impact de la révision de l'article 8 LCD ? Tout dépendra évidemment de la manière dont cette nouvelle disposition sera interprétée. Les pronostics sont donc difficiles.
44. A mon avis, l'impact de cette révision sera plutôt modeste. En effet, dans l'écrasante majorité des cas, les conditions générales sont intégrées globalement⁴³. Les consommateurs bénéficiaient donc déjà dans la plupart des cas de la protection découlant de la règle de l'insolite. De plus, lorsque les consommateurs n'étaient pas protégés par la règle de l'insolite, il y avait déjà bien souvent d'autres règles sur le contenu des contrats – ou l'article 2 CC – qui protégeaient le consommateur.

⁴¹ ATF 133 III 105, c. 2.1.3 (citations omises).

⁴² Du même avis GREGOR BÜHLER/RICHARD STÄUBER, Die AGB-Kontrolle gemäss dem revidierten Art. 8 UWG – Anmerkungen zum intertemporalen Recht, recht 2012, p. 86 ss, p. 88 ss ; SCHOTT (n. 3), p. 80 ; MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung ?, Revue Suisse de Jurisprudence 2012, p. 181 s.

⁴³ Pour une étude empirique récente, voir par exemple 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 Working Paper 09-40.

45. La révision de l'article 8 LCD ne devrait pas non plus avoir beaucoup d'effet sur la situation des professionnels qui se voient proposer des conditions générales. Ils ont certes perdu la possibilité d'invoquer l'ancien article 8 LCD, mais la protection apportée par cette disposition semblait de toute façon bien limitée.
46. En fait, on peut se demander si l'impact le plus important de la révision ne se manifesterait pas au niveau des actions intentées sur la base de l'article 10 LCD ; je pense en particulier aux actions intentées par les associations de consommateurs⁴⁴. En effet, précédemment, lorsqu'une association de consommateurs souhaitait agir sur la base de l'article 10 LCD, elle se heurtait à la formulation très restrictive de l'ancien article 8 LCD, et notamment au fait que des conditions générales n'étaient considérées comme abusives au sens de cette disposition que si elles étaient « de nature à provoquer une erreur ». Avec le nouvel article 8 LCD, cette exigence est tombée, et il se pourrait que les actions des associations de consommateurs prennent de l'importance dans ce domaine.

⁴⁴ Dans ce sens FELIX SCHÖBI, *Konsumentenschutz*, Jusletter 9 novembre 2009, N 9.