

Commission OAV de droit privé

8 mai 2014

Le nouvel article 8 LCD

Ralph Schlosser

Bibliographie (1)

BAHAR R., in : Journée 2011 de droit bancaire et financier, L. Thévenoz/C. Bovet (éd.)

BIERI L., in : Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, F. Bohnet (éd.)

– Jusletter 24.10.2011

BOHNET F., in : Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, F. Bohnet (éd.)

BÜHLER G./STÄUBER R., recht 2012, p. 86 ss

BÜYÜKSAGIS E., PJA 2012, p. 1393 ss

CARRON B., in: Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis, B. Carron/C. Müller (éd.)

COENDET T., RDS 2014 I 45 ss

DUPONT A.-S., in : Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, F. Bohnet (éd.)

Bibliographie (2)

FURRER A., REAS 2011, p. 324 ss

GOBET M.-N., Expert-comptable suisse 2013, p. 539 ss

HESS M./RUCKSTUHL L., PJA 2012, p. 1188 ss

HOLLIGER-HAGMANN E., Jusletter 20.02.2012

JENNY M., Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, DIKE Verlag, 2014

KOLLER T., PJA 2014, p. 19 ss

KUONEN N., SJ 2014 II 1 ss

KUT A./STAUBER D., Jusletter 17.06.2011

MARCHAND S., Droit de la consommation – Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Schulthess, 2012, p. 139 ss

– REAS 2011, p. 328 ss

PICHONNAZ P., BR/DC 2012, p. 140 ss

– Plaidoyer 2011, p. 34 ss

Bibliographie (3)

PICHONNAZ P./FORNAGE A.-C., RSJ 2010, p. 285 ss

RUSCH A. F., recht 2011, p. 170 ss

– PJA 2014, p. 205 ss

SCHMID J., RJB 2012, p. 1 ss

SCHOTT A., Expert-comptable suisse 2012, p. 78 ss

STÖCKLI H., BR/DC 2011, p. 184 ss

STÖCKLI H./AESCHIMANN L., RNRF 2014, p. 73 ss

STUCKI M., Jusletter 10.03.2014

THOUVENIN F., Jusletter 29.10.2012

– in: Basler Kommentar UWG, art. 8

WILDHABER I., RSJ 2011, p. 537 ss

Intégration des conditions générales (1)

Les CG sont intégrées au contrat lorsque :

(1) signées

(2) jointes au contrat signé

(3) disponibles sur le site Internet du contractant, du moins quand les parties communiquent par e-mail (ATF 139 III 345 c. 4.4.1)

Intégration des conditions générales (2)

Les clauses insolites sont réputées non intégrées au contrat

Interprétation (1)

Interprétation selon les règles ordinaires :

- principe de la confiance
- in dubio contra stipulatorem

Interprétation (2)

Dans le doute, une clause comprise dans des CG s'interprète dans le sens qui conduit à son invalidation

Rusch, PJA 2014, p. 206

Interprétation (3)

«Toute responsabilité est exclue»

→ nulle purement et simplement, car couvre une exclusion de responsabilité pour dol et faute grave

Rusch, PJA 2014, p. 208 s.

Art. 8 aLCD (1)

Art. 8 aLCD

Art. 8 Utilisation de conditions commerciales abusives

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont **de nature à provoquer une erreur** au détriment d'une partie contractante et qui:

- a. Dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou
- b. Prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat.

Art. 8 aLCD (2)

Le problème des conditions générales, ce n'est pas qu'elles trompent le consommateur, c'est qu'il ne les lit pas. Avec le critère de la tromperie, les plus improbables des monstruosité juridiques passaient la rampe, dès lors qu'elles étaient exprimées clairement dans les CG.

S. Marchand, p. 149

Art. 8 aLCD (3)



Art. 8 LCD : modifications

Art. 8 aLCD (jusqu'au 30.06.2012)

Art. 8 Utilisation de conditions commerciales abusives

Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont **de nature à provoquer une erreur** au détriment d'une partie contractante et qui:

- a. **Dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou**
- b. **Prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat.**

Art. 8 nLCD (depuis 01.07.2012)

Art. 8 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.**

Conditions

Agit de façon déloyale celui qui

- utilise
- des conditions générales qui
- en contradiction avec les règles de la bonne foi
- prévoient au détriment du consommateur
- une disproportion entre les droits et obligations découlant du contrat
- qui soit notable
- et injustifiée

Utilisation

Controverse :

- l'utilisation suppose la conclusion d'un contrat (Thouvenin, BSK, N 134; Kuonen, p. 27; Jenny, p. 25)
- la proposition en vue de la conclusion d'un contrat suffit (Hess/Ruckstuhl, p. 1194; Kut/Stauber, N 114; Schmid, p. 6)

Conditions générales (1)

CG = clauses contractuelles préformulées, «standardisées»,
qui ne font pas l'objet d'une négociation

Kuonen, SJ 2014 II 4

Conditions générales (2)

Quid du contrat élaboré par un notaire sur mandat d'un entrepreneur total, contrat destiné à 12 acheteurs ?

Stöckli/Aeschimann, RNRF 2014, p. 73 ss

Conditions générales (3)

Si certaines clauses des CG font l'objet de négociations,
les autres demeurent soumises au contrôle de l'art. 8

Marchand, p. 142; Stöckli/Aeschimann, RNRF 2014, p. 90

Consommateurs (1)

Controverse 1 :

- **l'art. 8 ne s'applique qu'aux personnes physiques** (Bohnet, N 62; Thouvenin, BSK, N 82; Carron, N 146; Koller, p. 25 s.; Schmid, p. 8 s.; Stöckli, p. 187; Stucki, N 5; Hess/Ruckstuhl, p. 1195)
- **l'art. 8 s'applique aussi aux personnes morales** (Pichonnaz, REAS, p. 141; Jenny, p. 35-37)

Consommateurs (2)

Controverse 2 :

- **art. 8 pas limité à consommation courante** (Bohnet, N 62; Thouvenin, BSK N 83; Carron, N 147; Koller, p. 26 s.; Kuonen, p. 9; Coendet, p. 60; Schmid, p. 9; Stöckli, p. 186; Stucki, N 8)
- **art. 8 limité à consommation courante** (Marchand, REAS, p. 330; Furrer, p. 326; Schott, p. 79; Hess/Ruckstuhl, p. 1195 s.; Kut/Stauber, N 115)

Consommateurs (3)

Il faut que la partie proposant les CG agisse dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale

Koller, PJA 2014, p. 25; Kut/Stauber, N 116; contra : Thouvenin, Jusletter, N 36

Disproportion entre les droits et les obligations (1)

Disproportion = un avantage est octroyé à une partie au détriment de l'autre

Ex. : droit de résiliation unilatéral, exigence de forme à la charge d'une des parties; exclusion de responsabilité; délais de résiliation de durées inégales

Thouvenin, Jusletter, N 35-36

Disproportion entre les droits et les obligations (2)

Systeme de référence ?

Art. 8 aLCD

- (a) dérogation notable au régime légal applicable directement ou par analogie
- (b) réparation des droits et obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat

Disproportion entre les droits et les obligations (3)

Projet du Conseil fédéral

Art. 8 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:

- a. dérogent notablement au régime légal, ou
- b. prévoient une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.

Disproportion entre les droits et les obligations (4)

Pour certains auteurs, il n'est pas concevable de réintroduire par la petite porte les critères abandonnés par les Chambres

Hess/Ruckstuhl, p. 1197 et 1199; cf. aussi Marchand, p. 150; Kut/Stauber, N 120

Disproportion entre les droits et les obligations (5)

Pour la doctrine majoritaire, les normes dispositives doivent servir de système de référence pour les contrats nommés

Thouvenin, BSK, N 127; Coendet, p. 61-64; Jenny, p. 52; Schmid, p. 11; Stucki, N 16; Koller, p. 28; Kuonen, p. 12 s; Carron, N 155

Disproportion entre les droits et les obligations (6)

Pour les contrats innommés, le système de référence tiendra dans le droit dispositif applicable par analogie ou dans la répartition des droits et obligations préconisée par la jurisprudence et la doctrine

Thouvenin, BSK, N 128; Carron, N 155

Contradiction avec les règles de la bonne foi (1)

Selon l'approche majoritaire, il ne s'agit pas d'une condition à part entière, mais de l'aune à laquelle se mesure la «disproportion notable et injustifiée»

Thouvenin, BSK, N 101; Schmid, p. 13 s.; Stucki, N 13; Koller, p. 31; Kut/Stauber, N 125; Büyüksagis, p. 1406 ss; Jenny, p. 44

Contradiction avec les règles de la bonne foi (2)

«[Nous] pouvons aventurer la prédiction que la condition de la contrariété à la bonne foi restera lettre morte, ou cantonnée à son meilleur rôle, celui d'une formule incantatoire»

Kuonen, SJ 2014 II 23

Disproportion notable et injustifiée (1)

La dérogation par rapport au système de référence ne suffit pas.

La disproportion doit encore être :

- notable et
- injustifiée

Disproportion notable et injustifiée (2)

Disproportion «notable» :

- (a) aspect qualitatif : importance des droits et obligations concernés
- (b) aspect quantitatif : ampleur de la dérogation au système de référence au système de référence
- (c) interaction entre les deux aspects

Thouvenin, BSK, N 132; Koller, p. 30; Jenny, p. 56

Disproportion notable et injustifiée (3)

Disproportion «injustifiée»

- pour certains auteurs, cette exigence est superflue (Koller, p. 31; cf. aussi Hess/Ruckstuhl, p. 1201; Carron, N 156)
- pour d'autres, une disproportion notable peut, dans des cas exceptionnels, être justifiée au regard des règles de la bonne foi (cf. Bohnet, N 67; Dupont, N 52)

Disproportion notable et injustifiée (4)

Une disproportion peut être justifiée si elle est «compensée»
par une clause privilégiant le consommateur

Pichonnaz/Fornage, p. 289; Pichonnaz, Plaidoyer, p. 37

Disproportion notable et injustifiée (5)

Éléments à prendre en considération :

- (1) action d'une association de défense des consommateurs
(art. 10 al. 2 lit. b LCD) → contrôle abstrait
- (2) action du consommateur → contrôle individuel

Jenny, p. 47 s.

Disproportion notable et injustifiée (6)

Dans le contrôle individuel, on prend en compte tous les droits et obligations, qu'ils soient ancrés dans les CG ou dans un contrat connexe

Cf. Schott, p. 80; Kut/Stauber, N 119; Pichonnaz/Fornage, p. 289; Hess/Ruckstuhl, p. 1196 s.; Carron, N 154

Disproportion notable et injustifiée (7)

Prise en compte d'un prix avantageux ?

- pour les uns, le tribunal doit examiner si une clause dure est contrebalancée par un prix très favorable (Bieri, N 19)
- pour les autres, une compensation n'entre en ligne de compte que s'il existe entre les clauses un lien direct et transparent pour le client (Thouvenin, BSK, N 122-123, p. 50 s.; Koller, p. 28 s.)

Disproportion notable et injustifiée (8)

Les critères tenant dans une (1) disproportion (2) notable et (3) injustifiée sont imbriqués, de telle sorte que c'est toujours une appréciation globale qui devra être faite

Thouvenin, BSK, N 126

Disproportion notable et injustifiée (9)

La mise en évidence de la clause ne la guérit pas

Bohnet, N 67; Pichonnaz, Plaidoyer, p. 35; contra : Bieri, N 28

Exemples de clauses abusives (1)

Annexe à la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

Koller, p. 34; Jenny, p. 53; Kuonen, p. 13; plus réticents : Hess/Ruckstuhl, p. 1207; Kut/Stauber, N 127

Exemples de clauses abusives (2)

- 135 III 1, JdT 2011 I 516 : clause des CGA excluant le droit de résiliation de l'assuré dans l'hypothèse où l'assureur adapte le contrat à la suite d'une décision des autorités
- 135 III 225, JdT 2009 I 475 : clause des CGA permettant à l'assureur de limiter les prestations d'assurance (180 indemnités journalières au lieu de 720) en cas de résiliation de la police, même du fait de l'assureur

Dupont, N 42-43

Sanction (1)

La clause contraire à l'art. 8 LCD est nulle (art. 20 al. 2 CO); en principe, on lui substitue la norme du droit dispositif correspondante

Bohnet, N 69; Thouvenin, BSK, N 144; Carron, N 159 s.; Jenny, p. 64 ss; contra : Kuonen, p. 30 s.

Sanction (2)

Une réduction de la clause à une mesure «licite» n'est pas admissible

Thouvenin, BSK, N 146; Koller, p. 34-36; Rusch, PJA, p. 208 s.; Carron, N 161; contra : Kuonen, p. 29 s.

Droit transitoire

Controverse

- non-rétroactivité → art. 8 nLCD applicable aux CG
conclues après le 01.07.2012 (Bieri, N 42; Bühler/Stäuber, p. 89, Stucki, N 10; Thouvenin, BSK, N 154; Hess/Ruckstuhl, p. 1211; Carron, N 151)
- rétroactivité (Pichonnaz, REAS, p. 143; Jenny, p. 43)

Règles de l'insolite (1)

La règle de l'insolite demeure applicable

Bohnet, N 71; Dupont, N 55 ss; Bieri, N 6; Kuonen, p. 24

Règles de l'insolite (2)

ATF 135 III 225, JdT 2009 I 475 :

- (1) la clause modifie de manière essentielle la nature du contrat ou sort notablement du cadre légal d'un type de contrat;
- (2) le cocontractant est la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires;
- (3) l'attention de la partie faible n'a pas été attirée spécialement sur l'existence de la clause

Règles de l'insolite (3)

Avantages de l'art. 8 LCD :

- (1) art. 8 s'applique aux clauses mises en évidence
- (2) art. 8 peut être invoqué par une association de consommateurs (art. 10 al. 2 lit. b) ou par le SECO (art. 10 al. 3 lit. b)

Règles de l'insolite (4)

Avantages de la règle de l'insolite :

- (1) la règle de l'insolite s'applique aux non-consommateurs
- (2) une clause «dure» ne peut pas être contrebalancée par des avantages (Bieri, N 20)



«Le phénix bat
de l'aile»

Cf. Kuonen, SJ 2014 II 35

Merci de votre attention !

Ralph Schlosser
Kasser Schlosser avocats
www.kasser-schlosser.ch