

LE NOUVEAU DROIT DES CONDITIONS GÉNÉRALES  
ET PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES



LE NOUVEAU DROIT DES CONDITIONS  
GÉNÉRALES ET PRATIQUES COMMERCIALES  
DÉLOYALES

Edité par  
François Bohnet

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel  
Helbing Lichtenhahn

**unine**

UNIVERSITÉ DE  
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

[www.unine.ch/droit](http://www.unine.ch/droit)

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 pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-3292-0

© 2012 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

## Préface

La dernière révision partielle de la loi fédérale sur la concurrence déloyale avait pour objectif de renforcer la protection des consommateurs face aux pratiques commerciales trompeuses et abusives.

Le nouvel article 3 LCD, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2012, recense désormais un nombre important de pratiques jugées déloyales, notamment en matière de démarchage téléphonique, de jeux recourant au système dit boule de neige, ou encore d'arnaques à l'annuaire. Cet ouvrage contient une étude détaillée des comportements visés par la nouvelle disposition, et des conséquences juridiques pour ceux qui les adoptent.

Le nouvel article 8 LCD, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2012, qualifie désormais de déloyale l'utilisation de 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. Les conditions d'application de cette disposition sont examinées au fil de trois contributions qui synthétisent les avis doctrinaux émis jusqu'ici. La première contribution se veut générale, sous forme de bilan. Les deux autres apportent un éclairage plus particulier sous l'angle des conditions générales d'assurance d'une part et des clauses procédurales d'autre part.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier les auteurs, les conférenciers et les participants au colloque du 11 mai 2012, ainsi que Madame Anouk Gillibert, secrétaire à la Faculté de droit, pour la relecture des textes, l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

François Bohnet

Neuchâtel, septembre 2012



## Sommaire

Christoph Müller Professeur à l'Université de Neuchâtel Olivier Riské Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel L'offre arnaqueuse – notamment par Internet.....	1
Laurent Bieri Professeur à l'Université de Lausanne Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD.....	47
François Bohnet Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat Les clauses procédurales abusives.....	63
Anne-Sylvie Dupont Dr en droit, avocate, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance.....	99





## Abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BK	Berner Kommentar
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BO CN/CE	Bulletin officiel du Conseil national/Conseil des Etats
BSK	Basler Kommentar
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
cf.	comparer ( <i>conferre</i> )
ch.	chiffre(s)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Avant-projet du Cadre Commun de Référence)

## Abréviations

éd.	édition/éditeur(s)
FF	Feuille fédérale
in	dans
infra	ci-dessous
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal officiel
let.	lettre
lit.	lettre(s)
LCD	Loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
N	Numéro
n.	note
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OR	Obligationenrecht
p.	page(s)
PECL	Principles of European Contract Law (Principes du droit européen du contrat)
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
RSPC	Revue suisse de procédure civile
SJ	Semaine judiciaire

## Abréviations

s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
ZK	Zürcher Kommentar

# Les clauses procédurales abusives

par

François Bohnet<sup>1</sup>

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

I. Introduction .....	65
II. Les mécanismes de protection .....	66
<i>A. Les dispositions du CPC</i> .....	67
1. Les règles de for.....	67
<i>a. Les règles matérielles et de forme</i> .....	67
<i>b. Les fors impératifs</i> .....	68
<i>c. Les fors partiellement impératifs</i> .....	69
2. La compétence matérielle.....	70
3. La conciliation préalable.....	70
4. L'arbitrage.....	72
5. Les notifications.....	72
6. Le droit à la preuve et la libre appréciation des preuves.....	73
<i>B. Les règles du CC et du CO</i> .....	74
1. Le fardeau de la preuve (art. 8 CC).....	74
2. Le consentement (art. 1, 18 CO et 2 al. 1 CC).....	75
<i>a. L'intégration des conditions générales</i> .....	75
<i>b. La clause insolite (Ungewöhnlichkeitsregel)</i> .....	76
<i>c. La jurisprudence dite typographique</i> .....	77

---

<sup>1</sup> Je remercie M. Xavier Fitz, MLaw, pour l'aide apportée dans la rédaction de cet article.

<i>d. Les interprétations subjective et objective</i> .....	80
<i>e. La clause ambiguë (Unklarbeitsregel)</i> .....	82
3. Le consentement vicié (art. 23 ss CO) .....	82
4. Le contenu (art. 27 al. 2 CC, 19, 20 et 21 CO).....	83
5. L'article 341 CO.....	84
C. <i>L'article 8 LCD révisé</i> .....	85
1. La portée en générale.....	86
<i>a. La protection exclusive du consommateur</i> .....	87
<i>b. La disproportion notable et injustifiée, à savoir contraire</i> <i>aux règles de la bonne foi</i> .....	88
<i>c. La sanction</i> .....	91
<i>d. Clause abusive et clause insolite</i> .....	92
2. La portée en matière procédurale.....	92
<i>a. Les fors</i> .....	93
<i>b. La compétence matérielle</i> .....	94
<i>c. La conciliation préalable</i> .....	95
<i>d. L'arbitrage</i> .....	95
<i>e. La notification</i> .....	95
<i>f. Le droit à la preuve et le fardeau de la preuve</i> .....	96
<i>g. La renonciation à la voie judiciaire</i> .....	96
III. Conclusion.....	97

## I. Introduction

1. Le consommateur, tel qu'on se le représente généralement, ne s'intéresse qu'au bien ou au service qu'il entend acquérir et à son prix. Il ne cherche pas en principe à connaître les conditions juridiques précises auxquelles son cocontractant entend soumettre leur accord, ni les moyens dont il disposera en cas de litige. Le fournisseur s'en satisfait, son intention étant en principe de conclure aux mêmes conditions avec l'ensemble de ses clients afin de rationaliser ses affaires et maximiser ses résultats. D'où l'utilisation quasi permanente dans le commerce de conditions générales, à savoir de dispositions contractuelles préformulées, non négociées et non négociables, rédigées de manière générale en vue d'une multitude de conclusions de contrats semblables.
2. Les conditions générales modèlent les droits et obligations des parties, structurent la relation entre le consommateur et le fournisseur, en principe à l'avantage de celui-ci. Le plus souvent, elles ne portent pas uniquement sur les droits matériels des parties, mais également sur leurs droits procéduraux, en particulier sur le tribunal localement compétent, voire le mode de résolution des conflits à disposition. Cela n'est pas étonnant : les moyens à disposition en cas de litige ne sont pas sans influence sur les affaires du fournisseur, également intéressé à rationaliser la marche et le coût des conflits résultant de son activité commerciale.
3. En matière procédurale, le droit impératif domine. L'Etat met à disposition des particuliers un dispositif de nature publique – le procès civil – leur permettant d'obtenir la consécration de leurs droits privés. Mais compte tenu de la nature privée desdits droits, les cocontractants peuvent influencer dans une certaine mesure sur les modalités de leur consécration. Cette mesure se jauge à l'aune de règles inscrites dans le Code de procédure civile – auquel on pense en premier –, dans le Code civil et le Code des obligations, mais aussi, en matière de consommation, dans la loi sur la concurrence déloyale, dont l'article 8

révisé<sup>2</sup> suscite un intérêt renouvelé pour l'analyse des clauses procédurales abusives.

4. Les dispositions topiques du Code de procédure civile, du Code civil, du Code des obligations puis enfin l'article 8 LCD révisé vont retenir notre attention dans les lignes qui suivent. Elles permettent de déterminer le régime de protection – du cocontractant en général et du consommateur en particulier – à l'encontre des clauses procédurales abusives.

## II. Les mécanismes de protection

5. Les règles de procédure civile sont en principe impératives. Dès l'instant où une partie saisit la justice, elle et son adversaire sont soumis aux mécanismes légaux inscrits dans le Code de procédure civile. Cependant, sur quelques thèmes et à certaines conditions, les parties sont libres de déroger au régime légal lorsque le rapport juridique considéré est de nature dispositive<sup>3</sup>. Ces dérogations sont en général très encadrées, tant par les règles du CPC, du CC, du CO que désormais, à l'égard des consommateurs, par l'article 8 LCD révisé. Ensemble, ces dispositions constituent le régime suisse de protection contre les clauses procédurales abusives, souvent inscrites dans des conditions générales.

---

<sup>2</sup> Modification de la loi sur la concurrence déloyale du 17 juin 2011, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2012.

<sup>3</sup> Pour des développements, voir GULDENER MAX, Über dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössisches Betreibungsrecht, RDS 1946 185 ; STAEHELIN ADRIAN, Dispositives Zivilprozessrecht, in : Freiheit und Zwang : rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte : Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Berne 1989, p. 643 ss ; SCHWANDER IVO, Einflussnahme der Parteien auf den Zivilprozess, ZZZ 2004 365 ; le même : Menschenrechte und schweizerisches Zivilprozessrecht, RSDIE 2007 481 ; TREZZINI FRANCESCO, Celerità e lentezza della giustizia civile di primo grado, Thèse Zurich 2010, p. 194 ss.

## ***A. Les dispositions du CPC***

### **1. Les règles de for**

6. Lorsqu'une partie entend agir en justice pour obtenir satisfaction, la recevabilité de sa demande suppose qu'elle saisisse un tribunal compétent, localement et matériellement. La loi (art. 9-19 CPC) lui indique le lieu où agir. Cependant, les règles de for ne s'imposent en principe pas aux parties. Elles peuvent convenir d'un autre for, à certaines conditions matérielles et formelles (a), lorsque la loi ne déclare pas celui-là impératif (b) ou partiellement impératif (c).

#### ***a) Les règles matérielles et de forme***

7. Seul un *rapport de droit déterminé* peut être l'objet d'une élection de for (art. 17 al. 2 CPC)<sup>4</sup>. Des conditions générales qui prévoiraient que toute relation actuelle ou future entre le fournisseur et le client sera jugée en cas de litige au siège du fournisseur, seraient nulles (art. 17 al. 2 CPC et 19 al. 2 CO), à tout le moins partiellement (art. 20 al. 2 CO) en tant que sa portée devrait être limitée au contrat visé par lesdites conditions générales.
8. Une prorogation de for peut être convenue *par écrit*, forme définie aux articles 12 ss CO, ou par tout *autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte* (art. 17 al. 2 CPC). Un contrat signé par les parties comprenant au verso des conditions générales comprenant une clause de prorogation de for ou renvoyant à de telles conditions générales<sup>5</sup> ou

---

<sup>4</sup> TF, RSPC 2007 6 ; FF 1999 2611 ; WIRTH MARKUS, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zurich 2001, Art. 9 N 29 ; REETZ PETER, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Bâle 2001, Art. 9 N 8 ; BSK ZPO-INFANGER, Art. 17 N 17 ; SG ZPO-FÜLLEMANN, Art. 17 N 11. Voir également WIDMER MICHAEL/LEIS TIMO, Zuständigkeit gemäss ZPO im immaterialgüterrechtsprozess, sic ! 2012 365.

<sup>5</sup> WIRTH (n. 4), Art. 9 N 47, impose la remise au cocontractant. Il confond se faisant les exigences de pure forme de la LFors (désormais du CPC) avec un des éléments de la règle de l'insolite, dont il conteste pourtant l'application sous l'empire de la LFors (et donc désormais du CPC).



figurant dans une version datée figurant sur Internet<sup>6</sup> est donc valable sous l'angle de la forme imposée par le CPC, puisqu'il y a bien preuve par un texte, à savoir le contrat, renvoyant le cas échéant à des conditions générales<sup>7</sup>. En revanche, si les conditions générales sont simplement remises lors d'un achat en magasin, sans signature d'un document, une clause de prorogation de for y figurant ne serait pas valable en la forme et donc nulle (art. 17 al. 2 CPC et 19 al. 2 CO)<sup>8</sup>. Ne le serait pas plus, faute de preuve par un texte, une clause d'élection de for figurant dans des conditions générales accessibles sur Internet lorsque le *contrat est conclu online*, avec l'admission des conditions générales par un simple clic dans une case<sup>9</sup>.

9. Se posent également les questions de la clarté de la clause, de son caractère insolite, voire abusif. Celles-ci seront examinées au moment de traiter les dispositions pertinentes du CC, du CO (N 28 ss) et de la LCD (N 59 ss).

### ***b) Les fors impératifs***

10. Le Code prévoit divers fors impératifs auxquels les parties ne peuvent pas renoncer, tacitement ou expressément (art. 9 al. 2 CPC). C'est le cas lorsque le droit matériel en cause relève de l'*ordre public*, en particulier en droit des familles (art. 23 ss CPC), lorsque la procédure est de nature *gracieuse* (par ex. art. 19, 29 al. 4, 30 al. 2, 43 al. 1, 2 et 4 CPC) ou qu'elle porte sur l'*exécution* (art. 339 CPC).

---

<sup>6</sup> FÜLLEMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 17 N 18. Idem pour les contrats conclus sur Internet : l'acceptation des conditions générales doit pouvoir être démontrée par un texte et se rapporter à une version déterminée, voir TC GR du 18 mai 2009, ZK2 09 2 c. 2.2e.

<sup>7</sup> ATF 131 III 398, SJ 2005 I 473 ; CPC-HALDY, Art. 17 N 14.

<sup>8</sup> Comp. ATF 131 III 398, SJ 2005 I 473 et TF du 7 juillet 2000, 4C.108/2000 c. 2b. Voir également ATF 119 II 391, c.3, JdT 1994 I 620 (LDIP) : « il ne suffit pas, à cet égard, que l'une des parties en ait pris ou pu prendre connaissance, par exemple à la lecture du catalogue d'une vente aux enchères comprenant les conditions générales de cette vente » ; WIRTH (n. 4), Art. 9 N 46.

<sup>9</sup> TC GR du 18 mai 2009, ZK2 09 2 c. 2.2a-d.

11. La loi rend également impératifs les fors qu'elle consacre en matière de *mesures provisionnelles* (art. 13 CPC : for compétent sur le fond ou lieu d'exécution). Cela s'explique par le besoin de protection dans ce domaine : si une partie pouvait valablement supprimer le for du lieu d'exécution de la mesure à prendre, la sauvegarde des droits invoqués pourrait être mise en péril. Ainsi, serait nulle (art. 13 CPC et 19 al 2 CO) la clause de conditions générales qui prévoirait que toute prétention, même à titre provisionnelle, ne peut être invoquée qu'au for du siège du fournisseur.

### ***c) Les fors partiellement impératifs***

12. Les fors partiellement impératifs protègent la partie jugée faible dans des domaines où le législateur assume une responsabilité sociale. L'article 35 CPC garantit ainsi le for à disposition du *locataire* en droit du bail (35 al. 1 let. b et c CPC), le for de l'*employé* en droit du travail (35 al. 1 let. d CPC) et le for du *consommateur* partie à un contrat de consommation courante (35 al. 1 let. a CPC) en rendant nulle toute renonciation à l'avance ou par acceptation tacite à l'un de ces fors. L'accord conclu une fois le litige survenu est en revanche expressément réservé par la loi (art. 35 al. 2 CPC).
13. Une clause de prorogation de for n'est pas opposable au locataire, à l'employé et au consommateur en matière de consommation courante. En revanche, elle lie le bailleur, l'employeur et le fournisseur qui peuvent être attaqués au for élu, puisque seule la partie faible est protégée par l'article 35 CPC<sup>10</sup>.
14. La protection spécifique offerte au consommateur en matière de for est incomplète. Contrairement aux droits français<sup>11</sup>, allemand<sup>12</sup> et

---

<sup>10</sup> ATF 137 III 311 ; TF 4C.29/2006 du 21 mars 2006, RSPC 2006 240.

<sup>11</sup> Voir art. 132-1 du Code de consommation : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

<sup>12</sup> Voir § 13 BGB : « *Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit*

autrichien<sup>13</sup> par exemple, l'article 32 CPC limite sa portée aux contrats de consommation dite « courante », dont la définition est donnée à l'article 32 al. 2 CPC<sup>14</sup>.

15. En matière de consommation « non courante », seules les dispositions du CC, du CO (interprétation selon le principe de la confiance, règle de l'ambigu et règle de l'insolite, N 42 ss), et l'article 8 LCD révisé (N 59), pourront être invoquées à l'encontre de for dérogeant au dispositif légal.

## 2. La compétence matérielle

16. La compétence des tribunaux dépend essentiellement du droit cantonal (art. 3 CPC). C'est donc ce droit qui détermine s'il est possible de déroger aux règles qu'il institue dans ce domaine. Au niveau fédéral, le Code retient que les parties ont la possibilité de prévoir la compétence de l'instance cantonale supérieure lorsque la *valeur litigieuse* atteint CHF 100'000.– (art. 8 al. 1 CPC). Une clause de conditions générales prévoyant la compétence de l'instance cantonale supérieure lorsque la valeur litigieuse atteint cette somme serait donc valable sous l'angle du CPC. Ne le serait pas en revanche comme telle une règle fixant également la manière de calculer la valeur litigieuse. Celle-ci devrait malgré tout être calculée selon les principes légaux inscrits dans le Code (art. 91 ss CPC).

## 3. La conciliation préalable

17. Le CPC prévoit que le procès est en principe précédé d'une conciliation (art. 197 ss CPC), dans le but de favoriser les solutions rapides et

---

*zugerechnet werden kann* ».

<sup>13</sup> Voir § 1 al. 1 Konsumentenschutzgesetz : « *Dieses Hauptstück gilt für Rechtsgeschäfte, an denen 1. einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört, (im folgenden kurz Unternehmer genannt) und 2. andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft, (im folgenden kurz Verbraucher genannt) beteiligt sind* ».

<sup>14</sup> ATF 132 III 272 c. 2.2.2., « [...] la protection sociale se limite, selon la volonté du législateur, exclusivement aux consommateurs privés pour les actes de consommation courante ».

transigées entre les parties. Cette phase du procès est le plus souvent *obligatoire*<sup>15</sup>. Une clause contractuelle qui prévoirait une renonciation à la conciliation préalable serait donc nulle (art. 19 al. 2 CO). En l'absence d'autorisation de procéder, délivrée faute de conciliation (art. 209 CPC), le juge déclare la demande irrecevable (art. 60 CPC).

18. Les parties peuvent cependant *renoncer* conventionnellement à la conciliation en matière patrimoniale lorsque la valeur litigieuse atteint CHF 100'000.– (art. 199 al. 1 CPC). Le Code ne dit rien sur la forme et le moment de la renonciation conventionnelle. Principe de disposition (art. 58 CPC) oblige, elle peut dès lors être antérieure au litige<sup>16</sup>, et tacite<sup>17</sup>, faute de contestation à la saisine du tribunal. La validité d'un tel accord devra encore être examinée sous l'angle des articles 1, 18 CO, 2 CC (interprétation des clauses contractuelles et clauses insolites (N 42) et de l'article 8 LCD (clauses abusives, N 59).
19. Le fait que les articles 259h, 270, 270a, 270b et 273 CO prévoient que le locataire qui entend agir en annulation du congé, en contestation d'une hausse de loyer, en validation d'une baisse de loyer ou en validation d'une consignation doit saisir l'autorité de conciliation dans un certain délai ne remet apparemment pas en cause le principe en matière de bail. Il avait en effet été proposé devant le Conseil national d'exclure la possibilité d'une renonciation conventionnelle au préalable de conciliation dans les litiges relatifs aux loyers et aux fermages. Or cette proposition, qui n'avait de sens que dans la mesure où les dispositions précitées ne l'excluaient pas par définition, a été rejetée, la majorité du Conseil considérant que le locataire était déjà suffisamment protégé, un accord des deux parties – le cas échéant tacite – étant nécessaire pour une telle renonciation<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> L'art. 198 CPC mentionne les cas pour lesquels une conciliation préalable est exclue, parmi lesquels on trouve la procédure sommaire (let. a), les procès d'état civil (let. b), le divorce et la demande de dissolution du partenaire enregistré (let. c et d), et les procédures relatives à la LP (let. e).

<sup>16</sup> CPC-BOHNET, Art. 199 N 8 ; TAPPY DENIS/NOVIER MERCEDES, La procédure de conciliation et la médiation dans le CPC, in : Il Codice di diritto processuale svizzero, Lugano et Bâle 2011, p. 88. *Contra* : BSK ZPO-INFANGER, Art. 199 N 5.

<sup>17</sup> CPC-BOHNET, Art. 199 N 9.

<sup>18</sup> BOCN 2008 952.

#### 4. L'arbitrage

20. Le CPC reconnaît en principe l'arbitrabilité de toute prétention qui relève de la *libre disposition* des parties (art. 354 CPC). Comme la prorogation de for (N 7), la convention d'arbitrage doit être passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte (art. 358 CPC). A ces conditions matérielles et de forme, est donc valable sous l'angle du CPC toute clause contractuelle prévoyant que les parties auront recours à l'arbitrage pour régler leur litige. En matière patrimoniale, c'est avant tout l'article 341 CO en droit du travail qui suscite l'attention sur le thème de la disponibilité (N 56).
21. La clause contractuelle ne peut cependant pas exclure la compétence des tribunaux étatiques pour prendre toutes les *mesures provisionnelles* requises par l'une ou l'autre des parties comme le mentionne expressément l'article 374 al. 1 CPC<sup>19</sup>. Compte tenu de l'urgence et du temps nécessaire à la constitution du tribunal, il sera d'ailleurs généralement préférable de saisir le juge étatique. En outre, le tribunal étatique peut – contrairement au tribunal arbitral – menacer d'une peine pour insoumission en vertu de l'article 292 CP<sup>20</sup>.
22. En matière de *baux à loyer ou à ferme d'habitations*, l'article 361 al. 4 CPC prévoit que seule l'autorité de conciliation peut être désignée comme tribunal arbitral. On ne trouve en revanche aucune disposition dans le Code en matière de droit du travail et de droit de la consommation.

#### 5. Les notifications

23. Le procès consistant en la succession d'actes le plus souvent écrits, leur notification est fondamentale. Le Code prévoit diverses règles à cet égard, tant pour les actes des parties que pour les actes du tribunal. Cette réglementation relève de l'*ordre public*. Les parties ne peuvent pas y déroger par convention, que la notification porte sur les actes des

---

<sup>19</sup> BRUNNER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 374 N 5; GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zurich 2010, Art. 374 N 2, et 6 pour les mesures superprovisionnelles.

<sup>20</sup> Message CPC, p. 7006.

tribunaux ou des parties à l'occasion du procès. Des conditions générales qui retiendraient par exemple que tout acte de procédure pourra être notifié à la partie adverse au greffe d'un tribunal ou chez un notaire par exemple, violeraient le principe général de procédure qui veut que les actes sont notifiés au domicile des parties<sup>21</sup>. En revanche, si une partie mentionne une certaine adresse sur ses actes, c'est à cette adresse que les actes lui seront notifiés, indépendamment de son domicile légal<sup>22</sup>.

24. Le CPC ne réglemente que les notifications devant intervenir à l'occasion d'une procédure, de l'introduction de l'instance (art. 62 CPC) jusqu'à l'exécution de la décision (art. 335 ss CPC). Les notifications entre parties dans le cadre de leur relation contractuelle échappent au champ d'application du Code. La validité des clauses contractuelles les concernant doit être examinée à la lumière des dispositions pertinentes du CC, du CO et de la LCD.

## 6. Le droit à la preuve et la libre appréciation des preuves

25. Le *droit à la preuve*, qui découle du droit à un procès équitable tel qu'il est consacré à l'article 6 CEDH ainsi que du droit d'être entendu inscrit à l'article 29 al. 2 Cst.<sup>23</sup>, et que le Tribunal fédéral rattachait à l'article 8 CC<sup>24</sup>, est inscrit désormais à l'article 152 CPC. Puisque tout fait allégué, pertinent et contesté (art. 150 CPC) doit être prouvé (art. 8 CC), tout justiciable est en droit de présenter les preuves pertinentes en vue de prouver le bien-fondé de sa demande, ou de contester le bien-fondé de la demande de la partie adverse<sup>25</sup>.
26. Quant au principe de la *libre appréciation des preuves* par le juge, il est inscrit à l'article 157 CPC. Il veut que le tribunal statue selon sa propre conviction, qu'il établit par rapport à l'ensemble des preuves qui lui

---

<sup>21</sup> CPC-BOHNET, N 133 N 9.

<sup>22</sup> RSPC 2006 156 ; ATF 101 Ia 332.

<sup>23</sup> Voir par exemple TF du 20 mars 2012, 5A\_756/2011 c. 5.1.

<sup>24</sup> ATF 129 III 18 c. 2.6.

<sup>25</sup> CPC-SCHWEIZER, Art. 152 N 1 ss ; ATF 122 III 219 c. 3c, JdT 1997 246 ; TF, RSPC 2006 273.

sont fournies et dont il aurait besoin, selon la nature de la cause<sup>26</sup>. Le droit suisse ne connaît dès lors plus de preuve légale, décisive par nature<sup>27</sup>.

27. Le *caractère impératif* du droit à la preuve et du principe de la libre appréciation des preuves est retenu par la doctrine suisse majoritaire<sup>28</sup>. Comme la preuve présentée n'a de valeur qu'à titre d'indice et est soumise au principe de la libre appréciation par le juge, des conditions générales ne pourraient à notre sens pas valablement prévoir que la preuve devra être faite par expertise ou par titres par exemple, ou qu'un certain nombre de témoins, seront nécessaires à la démonstration d'un certain fait. En revanche, les parties peuvent avoir recours à l'expertise-arbitrage lorsque le droit est à leur libre disposition (article 189 CPC).

## ***B. Les règles du CC et du CO***

### **1. Le fardeau de la preuve (art. 8 CC)**

28. L'article 8 CC détermine qui supporte le risque d'absence de preuve des faits allégués<sup>29</sup>. Le demandeur succombe s'il ne parvient pas à démontrer les faits générateurs de son droit. Le défendeur assume l'échec de la preuve des faits dirimants et extinctifs qu'il a avancés<sup>30</sup>.
29. L'avant-projet de loi de procédure civile prévoyait d'ajouter un nouvel alinéa 2 à l'article 18 CO, aux termes duquel « *[l]es parties peuvent régler par écrit le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de droits dont ils peuvent disposer librement.* » Cette nouvelle mouture, qui visait à clarifier la question des accords sur le fardeau de la preuve, n'a finalement pas été retenue. Il n'empêche que la doctrine majoritaire<sup>31</sup> s'accorde sur la validité des

---

<sup>26</sup> CPC-SCHWEIZER, Art. 152 N 1 ss.

<sup>27</sup> BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile suisse, Neuchâtel et Bâle 2011, p. 250.

<sup>28</sup> GULDENER (n. 3), p. 245 s. ; STAEHELIN (n. 3), p. 643 ss ; SCHWANDER (n. 3), ZZZ 2004 365 ; TREZZINI (n. 3), p. 196 n. 609. Pour des références détaillées, voir PELLI OLIVIA, Beweisverträge im Zivilprozess, Thèse Zurich 2012, p. 83 ss.

<sup>29</sup> ATF 126 III 189 c. 2b et les réf.

<sup>30</sup> BOHNET (n. 27), p. 226 s. ; ATF 130 III 321 c. 3.1 ; TF du 27 avril 2001, 4A\_41/2011 c. 2.1.1.

<sup>31</sup> SCHMID HANS, Zum Beweislastvertrag, RSJ 2004 477 ss ; GULDENER (n. 3),

clauses répartissant le fardeau de la preuve de manière individuelle, pour autant que les droits en jeu soient disponibles<sup>32</sup> et en l'absence de droit impératif, dans la mesure où de telles clauses ont pour seule portée de déterminer qui supporte l'absence de preuve sur tel ou tel fait. KUMMER refuse quant à lui ce type de convention lorsqu'elle est imposée à un client<sup>33</sup>. Il vise en fait des situations qui sont désormais envisagées par l'article 8 LCD, nouvelle mouture, dont il sera question plus bas (N 61 ss).

## 2. Le consentement (art. 1, 18 CO et 2 al. 1 CC)

### a) *L'intégration des conditions générales*

30. Les conditions générales lient le cocontractant dès l'instant où celles-ci sont intégrées au contrat. Tel est le cas si le partenaire appose sa signature au bas des CG, qu'elles soient jointes au contrat, qu'elles figurent au verso de l'acte ou qu'elles consistent en le seul document écrit remis par leur auteur. C'est aussi le cas si, sans être signées, elles figurent au verso de l'acte ou que celui-ci s'y réfère<sup>34</sup>. Dans ce dernier cas, il est nécessaire que le cocontractant puisse en prendre connaissance<sup>35</sup>. Si le contrat renvoie à des conditions générales

---

p. 246 ; STAEHELIN (n. 3), p. 648 ; SCHWANDER (n. 3), ZZZ 2004 371 ; TREZZINI (n. 3), p. 196 n. 609. Voir également PELLI (n. 28), p. 92 ss.

<sup>32</sup> SCHMID (n. 31) 478 ; GULDENER (n. 3), p. 246 ; TREZZINI (n. 3), p. 196 n. 609.

<sup>33</sup> BK-KUMMER, art. 8 N 376-377.

<sup>34</sup> ATF 100 II 200 c. 5d : « Pour que ces conditions deviennent partie intégrante du contrat, il suffit que celui qui entend les imposer ait attiré clairement sur elles l'attention de son cocontractant et l'ait mis en demeure de les lire ».

<sup>35</sup> ATF 77 II 154 ; PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 8 UWG, in : Jung Peter/Spitz Philippe (éd.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Berne 2010, N 7 ; BOUVERAT DAVID, Conditions générales d'affaires : perspectives législatives, Thèse Neuchâtel 2009, p. 11 ss ; FORNAGE ANNE-CHRISTINE, 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, Thèse Berne 2011, N 954 ss. BIERI LAURENT, La possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions générales, RDS 2012 I 201, remet en cause cette règle, à ce jour incontestée dans son principe.



disponibles sur un site Internet, une version spécifique devrait être mentionnée et celle-ci devrait effectivement figurer sur le site.

31. Selon la jurisprudence, le cocontractant est lié par les conditions générales en vertu de l'article 1 CO, qu'il les ait effectivement lues et comprises (adhésion intégrale) ou non (adhésion globale)<sup>36</sup>. Il y a non seulement adhésion globale quand le cocontractant ne prend pas connaissance des conditions générales, mais aussi quand il les lit mais ne les comprend pas<sup>37</sup>.

### ***b) La clause insolite (Ungewöhnlichkeitsregel)***

32. L'adhésion censée donnée globalement (N 31) à des conditions générales ne vaut pas pour les *clauses inhabituelles*, à moins que leur existence ait été portée spécialement à l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires. C'est la règle dite de l'inhabituel ou de l'insolite (*Ungewöhnlichkeitsregel*)<sup>38</sup>. La clause insolite n'est pas incorporée au contrat ; elle est inexistante<sup>39</sup>.
33. Le Tribunal fédéral déduit cette règle du *principe de la confiance*<sup>40</sup>. En effet, la partie qui incorpore des conditions générales dans le contrat doit s'attendre, d'après ce principe, à ce que son partenaire contractuel inexpérimenté n'adhère pas aux clauses insolites<sup>41</sup>.
34. *Est insolite*, une clause qui, par son objet, est étrangère à l'affaire et en modifie donc de manière essentielle la nature ou qui sort notablement du cadre légal d'un type de contrat (*critère objectif*) et qui revêt un tel caractère au vu des conceptions personnelles de l'adhérant à la clause –

---

<sup>36</sup> TF du 15 décembre 2003, 4C.282/2003 c. 3.1 ; TF, SJ 1996 623 ; ATF 119 II 443 c. 1a ; 108 II 416 c. 1b ; 76 I 338 c. 4, JdT 1951 I 239 (clause d'arbitrage).

<sup>37</sup> Voir TF 4A\_187/2007 c. 5.4.1 et l'analyse détaillée de PROBST (n. 35), N 6 n. 16. Voir aussi MORIN ARIANE, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 128 I 497, p. 519.

<sup>38</sup> ATF 135 III 1, c. 2.1, JdT 2011 II 516 ; 119 II 443 c. 1a ; TF du 9 mars 2012 4A\_538/2011 c. 2.3.

<sup>39</sup> ATF 119 II 443 c. 1a.

<sup>40</sup> ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470 : « le principe de la confiance domine tout le problème ». Voir par exemple TF du 4 mai 2006 4C.427/2005.

<sup>41</sup> ATF 135 III 1, c. 2.1, JdT 2011 II 516 ; 119 II 443 c. 1a.

partie en principe faible<sup>42</sup> ou inexpérimentée – au moment de la conclusion du contrat dans la mesure où ces conceptions sont reconnaissables pour l'autre partie (*critère subjectif*)<sup>43</sup>.

35. Par ailleurs, plus une clause *porte atteinte aux intérêts juridiques* du cocontractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite<sup>44</sup>. A ce stade, l'analyse passe inéluctablement du terrain de l'interprétation de la volonté des parties à celui du contrôle du contenu du contrat. On parle de *contrôle caché* du contenu des conditions générales (*verdeckte AGB-Inhaltskontrolle*)<sup>45</sup>.
36. Quant au *contrôle ouvert* du contenu, souhaité par la doctrine majoritaire<sup>46</sup>, le Tribunal fédéral n'a pas tranché<sup>47</sup>. Avec l'adoption de l'article 8 LCD révisé, la question perd en partie de sa portée, en matière de consommation en tout cas (voir N 59 ss).

### ***c) La jurisprudence dite typographique***

37. En matière de prorogation de for, la problématique des clauses insolites a donné lieu à une jurisprudence dite *typographique*<sup>48</sup>. Celle-ci a été développée en réponse à la problématique des clauses d'élection de for inscrites dans les conditions générales. La jurisprudence dite typographique est même antérieure à la règle généralisée de l'insolite

---

<sup>42</sup> Sur la notion de partie faible, voir ATF 109 II 452 c. 5b, JdT 1984 I 470 : « 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 ».

<sup>43</sup> TF du 4 mai 2006, 4C.427/2005 c. 2 ; ATF 109 II 452 c. 5b, JdT 1984 I 470.

<sup>44</sup> ATF 135 III 1, c. 2.1, JdT 2011 II 516 ; 119 II 443 c. 1a ; 109 II 452 c. 4 *in fine*, JdT 1984 I 470 ; TF du 4 mai 2006 4C.427/2005 c. 2 ; TF du 12 juillet 2005, 5C.271/2004, c. 2 ; TF du 5 août 1997, 4C.538/1996.

<sup>45</sup> ATF 135 III 1, c. 2.2, JdT 2011 II 516, et les nombreuses réf. doctrinales ; ATF 135 III 225, c. 1.3, JdT 2009 I 475 ; SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen : Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, RSJB 2012 1, p. 2.

<sup>46</sup> *Ibid.* Voir déjà ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470.

<sup>47</sup> ATF 135 III 1, c. 3.5, JdT 2011 II 516.

<sup>48</sup> TF, SJ 1997 329 : ATF 118 Ia 294 ; 109 Ia 55 c. 3, JdT 1985 I 66 ; 104 Ia 278. 3, JdT 1979 I 154 ; 93 I 323 c. 5.

développée par plusieurs arrêts célèbres du début des années 1980<sup>49</sup>, comme le relève un arrêt de 1983<sup>50</sup>, et à laquelle elle se rattache naturellement. Le Tribunal fédéral considère les clauses de prorogation de for comme représentant d'ordinaire « une disposition étrangère à l'affaire en cause et, partant, inhabituelle »<sup>51</sup>. Elles dérogent de plus à la garantie constitutionnelle de l'article 30 al. 2 Cst.<sup>52</sup>.

38. En vertu du *principe de la confiance*, l'auteur de la clause ne peut admettre un accord de son cocontractant que s'il est en droit d'inférer des circonstances que celui-ci a pris effectivement connaissance de la clause de prorogation de for et en a compris exactement la signification<sup>53</sup>. Pour que tel soit le cas, il faut que les conditions générales soient effectivement remises au cocontractant<sup>54</sup>, que la clause soit mise en évidence et placée à un endroit bien visible pour celui qui renonce au for (*critère objectif*)<sup>55</sup>. De plus, il faut prendre en compte les expériences concrètes de la personne concernée sans se contenter de distinguer entre les personnes expérimentées en affaires et connaissant le droit et les personnes non initiées et sans connaissances juridiques (*critère subjectif*)<sup>56</sup>.
39. *En bref*, la validité de la clause de prorogation de for, par nature insolite<sup>57</sup>, dépend du degré de clarté formelle et d'intelligibilité du

---

<sup>49</sup> ATF 109 II 452 c. 4, JdT 1984 I 470 ; 109 II 118, JdT 1984 I 36 ; 109 II 216, JdT 1984 I 204 ; 108 II 408, JdT 1983 I 218. Voir BOUVERAT (n. 35), p. 22 ss.

<sup>50</sup> ATF 109 II 213 c. 2a, non traduit au JdT sur ce point ; voir les réf. in : ATF 104 Ia 278, c. 3, JdT 1979 I 154. Voir aussi TF du 15 décembre 2003, 4C.282/2003 c. 3, qui fait le lien entre les deux jurisprudences.

<sup>51</sup> ATF 104 Ia 278, c. 3, JdT 1979 I 154 et les nombreuses réf. Récemment : TF 4A\_347/2011 c. 2, RSPC 2012 35.

<sup>52</sup> TF 4A\_347/2011 c. 2, RSPC 2011 35, sous l'empire de la nouvelle Constitution fédérale.

<sup>53</sup> TF, SJ 1997 329 : ATF 118 Ia 294 ; 109 Ia 55 c. 3, JdT 1985 I 66 ; 104 Ia 278. 3, JdT 1979 I 154 ; 93 I 323 c. 5.

<sup>54</sup> TF 4A\_347/2011 c. 2, RSPC 2012 35.

<sup>55</sup> ATF 118 Ia 294 ; ATF 128 I 273 c. 2.3.

<sup>56</sup> ATF 109 Ia 55 c. 3, JdT 1985 I 66, qui précise l'ATF 104 Ia 278, c. 3, JdT 1979 I 154.

<sup>57</sup> TF 4A\_347/2011 c. 2, RSPC 2012 35, qui se fonde sur l'ATF 104 Ia 278, c. 3, JdT 1979 I 154.

contenu de la clause et de la situation personnelle du cocontractant (personne rompue aux affaires, formation moyenne, novice). Si les conditions générales ne sont pas remises au cocontractant, l'auteur des clauses préformulées ne peut pas admettre un accord de celui-ci et la clause de prorogation de for est sans portée, indépendamment de sa situation personnelle<sup>58</sup>.

40. En se fondant avant tout sur un passage du Message du Conseil fédéral sur la loi fédérale sur les fors en matière civile<sup>59</sup>, une partie de la doctrine retient que la jurisprudence typographique ne serait plus applicable depuis l'introduction de fors partiellement impératifs (N 12) dans la loi<sup>60</sup>. Or cette jurisprudence se fonde sur le principe de la confiance tiré de l'article 2 CC<sup>61</sup> et est à l'origine de la règle de l'insolite (N 33). Le principe de la confiance ne saurait à l'évidence être remis en cause en la matière<sup>62</sup>, ce d'autant plus qu'il a désormais trouvé sa consécration légale formelle en procédure civile, à l'article 52 CPC<sup>63</sup>.
41. Le Tribunal fédéral a eu plusieurs fois l'occasion, depuis l'entrée en vigueur de la LFors, puis du CPC, de réaffirmer l'application de cette jurisprudence<sup>64</sup>. Il serait paradoxal que les clauses de prorogation de for, jugées inhabituelles par le Tribunal fédéral<sup>65</sup>, puissent désormais échapper à tout contrôle en dehors de la protection offerte en matière

---

<sup>58</sup> TF 4A\_347/2011 c. 2, RSPC 2011 35 ; TF du 15 décembre 2003, 4C.282/2003 c. 3 ; ATF 128 I 273 c. 2.3.

<sup>59</sup> FF 1998 2612.

<sup>60</sup> BSK ZPO-INFANGER, Art. 17 N 31 ; REETZ (n. 4), Art. 9 N 28 ; WIRTH (n. 4), Art. 9 N 49 ; BERGER BERNHARD, GestG-Kommentar, 2<sup>e</sup> éd. Berne 2005, Art. 9 N 61 ss.

<sup>61</sup> Voir l'analyse de KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zurich 2003, p. 79.

<sup>62</sup> Dans ce sens : KRAMER/PROBST, (n. 61) p. 79 n. 77. ISAAC MEIER, GestG – Konzept des neuen Rechts und erste Antworten auf offene Fragen, Revue de l'avocat 2001 26 ; BOHNET (n. 27) p. 67 ; le même, notes in : RSPC 2011 37 et 2005 117. Nuancé : DONZALLAZ YVES, Commentaire LFors, Berne 2001, Art. 9 N 146 ss.

<sup>63</sup> Note FB in : RSPC 2011 37 ; note FB in : RSPC 2005 117.

<sup>64</sup> TF 4A\_347/2011 c. 2, RSPC 2012 35.

<sup>65</sup> TF 4A\_347/2011 c. 2, RSPC 2012 35, qui se fonde sur l'ATF 104 Ia 278, c. 3, JdT 1979 I 154.

de droit du bail, du travail et de la consommation courante (art. 35 CPC). Comme toute convention de procédure (N 45), l'élection de for (art. 17) demeure soumise aux règles d'interprétation des articles 18 al. 1 CO et 2 al. 1 CC et à la règle de l'insolite. Il serait par exemple incohérent qu'une clause de prorogation de for inscrite au milieu de conditions générales et non mise en exergue puisse être opposée à un détaillant commandant des marchandises pour son commerce. Il en va de même pour une telle clause de conditions générales lorsque le contrat dépasse le cadre de la consommation courante.

***d) Les interprétations subjective et objective***

42. Le contrat et d'éventuelles conditions générales y étant intégrées (N 30)<sup>66</sup> s'interprètent en premier lien selon la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux dénominations inexactes que celles-ci auraient utilisées (art. 18 CO ; *interprétation dite subjective*)<sup>67</sup>.
43. Faute de volonté concordante, les déclarations font foi (art. 1 CO), dans le sens que le destinataire peut et doit lui attribuer de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (principe de la confiance, art. 2 al. 1 CC<sup>68</sup> ; *interprétation dite objective*)<sup>69</sup>.
44. Ainsi, en l'absence d'indices contraires, les termes utilisés par les parties sont censés être employés dans leur *sens habituel* et il est exclu d'interpréter de manière isolée les divers éléments du contrat ; chaque clause contractuelle doit être interprétée à partir du *contrat dans son ensemble*<sup>70</sup>.
45. L'ensemble des *clauses procédurales*<sup>71</sup>, y compris la *clause d'élection de for*, sont soumises à ces principes<sup>72</sup>. Le Tribunal fédéral retient plus

---

<sup>66</sup> ATF 133 III 675 c. 3.3.

<sup>67</sup> Par exemple, ATF 125 III 305 c. 2b.

<sup>68</sup> Par exemple, TF du 21 février 2002, 4c.301/2001.

<sup>69</sup> Par exemple, ATF 133 III 675 c. 3.3 ; 131 III 117 c. 3 ; 131 III 268 c. 5.1.3 ; 131 III 467 c. 1.1.

<sup>70</sup> TF du 21 mai 2004 c. 2 ; 5C.44/2004 ; TF, SJ 1996 623, et les réf.

<sup>71</sup> ATF 118 Ia 294 c. 2a et les réf. : TF du 15 décembre 2003, 4C.282/2003 c. 3, sur les clauses compromissaires.

spécifiquement que celle-ci « ne se prête guère à des développements importants et complexes et donne lieu habituellement à une clause unique, qui doit être claire et sans équivoque<sup>73</sup> ». On doit ainsi retenir que la *nature de la clause* est une des circonstances à prendre en compte dans l'interprétation objective : si la clause est sibylline, le destinataire doit simplement pouvoir l'ignorer. Tel est par exemple le cas de clauses selon lesquelles « le for est au lieu d'exécution »<sup>74</sup>, « le for d'exécution est Zurich »<sup>75</sup>, « le for est à Bienne, à savoir au siège de la société X », alors qu'au moment du procès le siège est à Berne<sup>76</sup>, « for judiciaire est Hallwill »<sup>77</sup>, ou, à notre sens, de clauses du type « Lausanne est élue et le droit suisse applicable » ou « La venue est à Genève ».

46. Une clause d'élection de domicile ne peut plus désormais être considérée comme valant prorogation de for, compte tenu de l'évolution de langage et de la disparition de toute législation en ce sens<sup>78</sup>. Selon le *Handelsgericht* zurichois<sup>79</sup>, la clause « 14. Lieu juridique : Zurich, à l'exclusion de tout autre endroit » est sans équivoque, ce qui est discutable, la notion de « lieu juridique » n'étant pas correcte. Le Tribunal fédéral a en revanche considéré comme équivoque une clause de conditions générales faisant référence à une compétence « au domicile de l'acheteur » pour un contrat d'entreprise portant sur le montage des constructions pour installations d'électro-filtres<sup>80</sup>.

---

<sup>72</sup> TF du 7 juillet 2000, 4C.108/2000 c. 2a ; ATF 104 Ia 278 c. 3, JdT 1979 I 154 ; 93 I 323 ; BSK ZPO-INFANGER, Art. 17 N 12 ; BERNHARD BERGER, GestG-Kommentar, 2<sup>e</sup> éd. Berne 2005, Art. 9 N 28.

<sup>73</sup> ATF 128 I 273 c. 2.3.

<sup>74</sup> ATF 93 I 323 c. 5. Voir aussi ATF 59 II 134, JdT 1934 I 124.

<sup>75</sup> ATF 85 I 148 c. 2.

<sup>76</sup> RSJB 1962 (98) 195.

<sup>77</sup> TF du 26 février 1997, RSJ 1997 416.

<sup>78</sup> Voir encore ATF 75 I 31, qui fait référence aux CPC romands en vigueur en 1949. Fortement nuancé depuis : TF, SJ 1997 329 : « On doit se garder d'ériger en principe la considération jurisprudentielle selon laquelle en français l'élection de domicile aurait généralement le sens d'une clause attributive de juridiction ».

<sup>79</sup> ZR 1999 265. Voir aussi ATF 33 I 736.

<sup>80</sup> TF du 28 janvier 2000, 4C.353/1999.

### ***e) La clause ambiguë (Unklarheitsregel)***

47. Une clause préformulée, intégrée au contrat (N 30) et rédigée de manière ambiguë, dont les méthodes subjective et objective ne permettent pas de lever tous les doutes sur le sens à lui attribuer (clause « *zweideutig* »)<sup>81</sup>, doit être interprétée en défaveur de son auteur (*in dubio contra stipulatorem ; in dubio contra proferentem*)<sup>82</sup>.
48. Si les conditions générales prévoient par exemple que le for juridique est Neuchâtel, une telle clause peut, suivant les circonstances, être interprétée comme désignant la ville de Neuchâtel comme for, ou le siège neuchâtelois de la société ayant rédigé les conditions générales<sup>83</sup>. S'il n'est pas possible d'aboutir à une conclusion claire sur la base de méthodes subjective et objective<sup>84</sup>, c'est le sens le plus favorable au cocontractant n'ayant pas rédigé la clause qui sera retenu.

### **3. Le consentement vicié (art. 23 ss CO)**

49. Le consentement donné peut être vicié. Les articles 23 ss CO permettent à la personne qui n'a pas donné librement son accord au contrat de revenir sur sa décision. En matière procédurale, c'est avant tout les transactions qui ont attiré l'attention sur ce thème. L'article 328 al. 1 let. c CPC prévoit ainsi que l'erreur dans un désistement d'action, un acquiescement et une transaction judiciaire, est un motif de révision.
50. Une erreur pourrait entacher une clause procédurale figurant dans un contrat ou des conditions générales. Cependant, elle n'aura que rarement un caractère essentiel (art. 24 CO), si bien que la validité du contrat ne sera pas remise en cause (art. 23 CO), à moins qu'un dol (art. 28 CO) puisse être reproché à l'auteur de la clause. Il en ira ainsi

---

<sup>81</sup> ATF 133 III 61 c. 2.2.2.3 ; 133 III 607 c. 2.2 ; TF du 7 juin 2012, 5A\_88/c. 3.2.4.

<sup>82</sup> 124 III 155 c. 1b, JdT 1999 I 125 ; TF, SJ 1996, 623 ; 122 III 118 c. 2a, JdT 1997 I 805 ; ATF 118 II 432 c. 1a et les réf. : 97 II 355, JdT 1972 I 375 et les réf. : 48 II 242 c. 3.

<sup>83</sup> Sur ce type de situations, voir également BSK ZPO-INFANGER, Art. 17 N 14 ; REETZ (n. 4), Art. 9 N 34 ; WIRTH (n. 4), Art. 9 N 62 ss.

<sup>84</sup> Voir TF du 12 juillet 2005, 5C\_271/2004 c. 2 et ATF 133 III 61 c. 2.2.2.3, *a contrario*.

d'une clause par laquelle une personne admet par erreur de souscrire à un mode de résolution des litiges particulièrement complexe et onéreux. A moins qu'il ne soit victime d'une tromperie intentionnelle, le cocontractant ne pourra remettre en cause la validité de cette clause sur la base des articles 23 et 24 CO.

#### 4. Le contenu (art. 27 al. 2 CC, 19, 20 et 21 CO)

51. Le contenu du contrat et des conditions générales se fait à l'aune des articles 27 al. 2 CC, 19, 20 et 21 CO (engagement excessif ; objet impossible, illicite ou contraires aux mœurs ; lésion)<sup>85</sup>.
52. Serait par exemple *illicite* (art. 19 et 20 CO) et donc nulle une clause contractuelle dérogeant à un for impératif ou partiellement impératif (N 10, 12) ou toute clause prévoyant une dérogation aux règles de procédure imposées par le Code de procédure civile (N 66), par exemple une clause imposant la procédure ordinaire ou excluant la procédure sommaire quel que soit le litige.
53. Pourrait être *excessive* une *renonciation à toute voie judiciaire*. Les articles 27 al. 2 CC et 20 CO frappent de nullité un contrat qui touche le noyau de la sphère strictement personnelle d'une personne, dans lequel tout engagement contractuel est contraire aux mœurs<sup>86</sup>. A elle seule, une clause de renonciation à toute voie judiciaire n'atteint probablement pas le noyau de la sphère strictement personnelle d'une personne ; en revanche, combinée avec d'autres, elle peut le toucher<sup>87</sup>.
54. Ces cas exceptionnels exceptés, on peut se demander s'il existe des relations contractuelles pour lesquelles, malgré le caractère disponible des droits sur lesquels elles portent, une renonciation anticipée à toute voie judiciaire serait invalide. Tel est le cas à notre sens lorsque le législateur assure à la *partie dite faible* un accès à la justice en un lieu donné (fors partiellement impératifs, N 12)<sup>88</sup>. Si le lieu est garanti, on

---

<sup>85</sup> ATF 109 II 213 c. 2a et les réf. doctrinales.

<sup>86</sup> ATF 129 III 209.

<sup>87</sup> Voir ATF 113 Ia 26, c. 3b, JdT 1987 I 379, qui retient l'impossibilité de renoncer au recours dans le secteur économique pour les droits protégés par l'art. 27 CC.

<sup>88</sup> SCHWEIZER PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, La renonciation à agir et à recourir,



verrait mal que l'activité – le procès, donc l'action – ne le soit pas. Une renonciation à la voie judiciaire devrait donc être exclue dans ces domaines, à tout le moins si elle intervient avant la survenance du litige. On peut se demander si, dans de telles situations, la clause de renonciation sera sans effet pour les deux parties ou exclusivement pour la partie prétendument faible, comme on l'admet pour les fors partiellement impératifs<sup>89</sup>. Sans doute la même limitation devrait s'appliquer.

55. La *lésion* est un moyen de régulation de clauses déloyales postérieurement à leur conclusion. Il s'attaque aux clauses ayant pour effet un important défaut d'équivalence entre les prestations des parties au moment de la conclusion du contrat. La réalisation du cas de lésion est soumise à la réalisation de deux conditions cumulatives : l'une, objective, consiste en une « *disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre* (art. 21 al. 1 CO) » ; l'autre, subjective, veut que la lésion ait « *été déterminée par la gêne, la légèreté et l'inexpérience* » du lésé (art. 21 al. 1 *in fine* CO). Il faut que l'auteur de la lésion connaisse la disproportion des prestations et l'infériorité du lésé, dont il entend profiter<sup>90</sup>. La partie lésée a une année après la conclusion du contrat pour en demander la résiliation et répéter ce qu'elle a payé. Le Tribunal fédéral a concédé au lésé la possibilité de conclure à l'invalidité partielle de son contrat pour demander une *correction du déséquilibre*<sup>91</sup> plutôt qu'une invalidation totale de l'accord vicié.

## 5. L'article 341 CO

56. L'arbitrabilité des conflits de travail est sensiblement limitée en matière interne, compte tenu de la règle inscrite à l'article 341 CO : « Le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant

---

RSPC 2007 54.

<sup>89</sup> ATF 137 III 311 ; TF 4C.29/2006 du 21 mars 2006, RSPC 2006 240.

<sup>90</sup> ATF 54 II 188, JdT 1929 I 48.

<sup>91</sup> ATF 123 III 292, c. 2d, JdT 1998 I 586 ; cet arrêt donne également un aperçu historique de la notion.

le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective ».

57. Comme le relève le Tribunal fédéral<sup>92</sup>, une créance n'est pas à la libre disposition des parties si une renonciation à cette même créance n'est pas valable faute de répondre aux conditions de l'article 341 al. 1 CO. Dès lors, si le travailleur ne peut pas renoncer à certaines créances en vertu de cette disposition, il ne peut pas non plus convenir d'avance qu'elles seront soumises à l'arbitrage. La clause compromissaire insérée dans un contrat de travail ou un règlement auquel il se réfère n'est donc pas valable pour de telles créances, tout comme une clause de prorogation de for (N 12).
58. Au delà de la protection offerte par l'article 341 CO, l'article 8 LCD pourrait intervenir lorsque la clause se révèle abusive (N 82).

### ***C. L'article 8 LCD révisé***

59. Le nouvel article 8 LCD, adopté le 17 juin 2011 dans le cadre d'une révision visant en particulier un « renforcement de la protection matérielle contre la concurrence déloyale »<sup>93</sup>, permet un contrôle matériel des clauses contenues dans les conditions générales, sur le modèle européen<sup>94</sup>. L'article 8 LCD, dans sa teneur originelle, excluait de fait un tel contrôle, puisqu'il exigeait que la clause soit de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie cocontractante, replaçant le débat sur le terrain du consentement<sup>95</sup>. Une clause déloyale

---

<sup>92</sup> ATF 136 III 467.

<sup>93</sup> FF 2009 5540.

<sup>94</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, article 3-1 : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». L'art. 8 let. b du projet, dont le Conseil fédéral disait qu'il s'inspirait très largement de cet art. 3-1 (FF 2009 5561, 5567), est très proche du texte voté aux Chambres.

<sup>95</sup> FF 2009 5548, 5566 ; BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Bâle 2001, art. 8 N 23 ss ; BK-KRAMER, art. 19-20 N 286 ss ; BOUVERAT (n. 35), p. 32 ss ; FAVRE-BULLE, note

mais clairement rédigée et correctement placée dans le texte des conditions générales, passait le test de l'article 8 LCD<sup>96</sup>. Ainsi, cette disposition n'offrait généralement pas une meilleure protection que le régime de la clause insolite (N 32)<sup>97</sup>. Alors que le contrôle « voilé » auquel se livrait le TF auparavant se fondait sur un contrôle du consentement, le nouveau système présuppose ce consentement pour ne s'orienter que sur le contenu<sup>98</sup>.

60. A ce contrôle individuel et concret de clauses litigieuses s'ajoute un contrôle abstrait du contenu puisque la LCD accorde aux associations de défense des consommateurs (art. 10 al. 2 LCD) et à la Confédération désormais de manière renforcée (art. 10 al. 3), un droit d'action visant à constater le caractère déloyal, au sens de la loi, d'une clause de conditions générales et donc sa nullité<sup>99</sup>.

### 1. La portée en générale

61. L'utilisation de conditions générales vise la rationalisation des affaires de masse<sup>100</sup>, en modélisant les droits et obligations des parties dans le sens désiré par le fournisseur<sup>101</sup>. Les conditions générales consistent en des clauses préformulées, non négociées et non négociables, rédigées de

---

in : SJ 1994 644 ; FORNAGE (n. 35), N 975 ; SCHMID (n. 45), p. 4 ; PICHONNAZ PASCAL, Clauses abusives et pratiques déloyales : une meilleure réglementation de la concurrence, Plaidoyer 5/2011 34, p. 35.

<sup>96</sup> BK-KRAMER, art. 19-20 N 287.

<sup>97</sup> Voir cependant l'ATF 119 II 443 c. 1c qui retient que la clause incriminée, alors même que son existence aurait été mentionnée au cocontractant et aurait donc passé l'épreuve de la clause insolite, aurait été déloyale au sens de l'art. 8 LCD, car trompeuse. Sur cette question, voir FAVRE-BULLE, note sur cet arrêt in : SJ 1994 644 ; voir aussi MORIN (n. 37), p. 520.

<sup>98</sup> FF 2009 5566 : « La suppression de l'élément constitutif lié à la volonté d'induire en erreur est destinée à permettre un contrôle ouvert du contenu » ; voir SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, ST 2/12, p. 78.

<sup>99</sup> VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung ?, RSJ 2012 177, 180 ; voir aussi SCHMID (n. 45), 16.

<sup>100</sup> TF 4C.282/2003 c. 3.1.

<sup>101</sup> Voir FF 2009 5565 ; SCHMID (n. 45), 1 ; PROBST (n. 35), N 3.

manière générale en vue d'une multitude de conclusions de contrats semblables. Etant rédigées par et pour le fournisseur et dans un contexte poussant le consommateur à les accepter sans les examiner ou les comprendre, elles peuvent se révéler redoutables pour la partie faible au contrat. Un besoin de protection se fait dès lors manifestement ressentir à l'encontre de clauses contraires aux règles de la bonne foi, et dès lors déloyales et illicites, comme l'exprime le principe général l'article 2 LCD.

**a) La protection exclusive du consommateur**

62. Contrairement au texte d'origine, le nouvel article 8 LCD a une portée limitée à la protection des consommateurs. La volonté du législateur de combler le retard avec la législation européenne en la matière a aussi entraîné les Chambres à un « nivellement par le bas » et à la suppression de la protection des non-consommateurs, peut-être pour ne pas aller outre la protection de base prévue par le système européen<sup>102</sup>. De nombreux auteurs ont soulevé le problème que cela pose aux PME, concernées par les mêmes considérations qui ont poussé le législateur à protéger les consommateurs « privés », mais qui, faute d'être des « consommateurs » au sens de la LCD, se voient désormais discriminées<sup>103</sup>. C'est sans doute la notion de consommateur comme la comprend le droit européen qu'il faut retenir ici, compte tenu des références faites à ce droit tant dans le Message que devant les Chambres. La Directive de 1993 vise par là « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »<sup>104</sup>. Avec la doctrine majoritaire, il faut donc probablement refuser désormais l'application de l'article 8 LCD aux contrats conclus avec des personnes

---

<sup>102</sup> Voir des développements de SCHMID (n. 45), 14.

<sup>103</sup> Voir par exemple STÖCKLI HUBERT, Der neue Artikel 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für Alle, BR 2011 184, 185, qui n'hésite pas à dire que par cette restriction survenue au cours du débat aux Chambres, les PME se sont vues privées de la protection de l'art. 8 LCD, qui leur a été « *aus der Hand geschlagen* ». D'un autre avis : MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD : un léger mieux sur le front des intempéries, HAVE 2011, 330.

<sup>104</sup> Art. 2 let b de la Directive.

morales sans rapport avec leur activité commerciale<sup>105</sup>. D'autre part, ce n'est pas que la consommation courante qui est visée, cette restriction n'apparaissant pas en droit européen auquel le législateur suisse s'est référé au moment de restreindre la portée de l'article 8 LCD, et les textes suisses qui se limitent à la consommation courante (art. 120 LDIP et 32 al. 2 CPC) le prévoient expressément<sup>106</sup>.

***b) La disproportion notable et injustifiée, à savoir contraire aux règles de la bonne foi***

63. L'article 8 LCD révisé tient pour déloyale, en accord avec l'article 2 de la loi, l'utilisation de conditions générales se trouvant en contradiction avec les règles de la bonne foi parce que prévoyant une *disproportion notable et injustifiée* entre les droits et les obligations découlant du contrat, au détriment du consommateur. Il n'est plus question d'erreur. Une clause clairement rédigée et mise en exergue peut désormais être jugée contraire à la LCD.
64. L'expression « disproportion notable et injustifiée » est une traduction du texte allemand « *erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis* », directement emprunté à la version allemande de l'article 3.1 de la directive européenne<sup>107</sup>, qui semble s'écarter des autres versions officielles de cette disposition. L'expression utilisée dans la version française de la directive est celle de « déséquilibre significatif »,

---

<sup>105</sup> SCHMID (n. 45), p. 14. *Contra*: PICHONNAZ (n. 95), p. 35 ; le même, Le « consommateur » ne doit pas être nécessairement une personne physique, in : Schweizerische Eidgenossenschaft (éd.), 30 Jahre Verfassungsartikel zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten, Berne 2011, p. 88 ss.

<sup>106</sup> STÖCKLI (n. 103), p. 186 ; SCHMID (n. 45), p. 9. *Contra*: MARCHAND (n. 103), p. 328 et FURRER ANDREAS, Eine AGB Inhaltskontrolle in der Schweiz ? Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG, HAVE 2011, 324, 326 se réfère à l'art. 31 al. 2 CPC, le premier pour une question de politique juridique, le second par soucis de cohérence entre le droit matériel et formel. Hésitants : KUT AHMET /STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, N 115.

<sup>107</sup> « *Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht* ». Pour le texte français, voir note 94.

« *significativo squilibrio* » dans la version italienne (alors que le texte italien de l'article 8 LCD est à nouveau une traduction du texte allemand : « *notevole e ingiustificato squilibrio* »), ou encore « *significant imbalance* » en anglais et « *desequilibrio importante* » en espagnol). La différence ne serait cependant pas déterminante, dans la mesure où chaque version exige une violation des règles de la bonne foi. Et comme le relève SCHMID, la doctrine allemande, dans sa transcription de la Directive, ne fait pas du caractère injustifié une condition spécifique, mais bien plutôt l'expression du principe de la bonne foi, qui domine le tout<sup>108</sup>.

65. En d'autres termes, *le caractère injustifié de la disproportion notable renvoie à son caractère contraire aux règles de la bonne foi*. L'examen du caractère injustifié de la disproportion notable doit se faire à l'aune du principe de la bonne foi<sup>109</sup>.
66. A l'égard du consommateur, on peut sérieusement douter de l'existence de situations dans lesquelles une disproportion notable ne serait pas contraire aux règles de la bonne foi et dès lors justifiée<sup>110</sup>. La doctrine n'en donne du reste pas d'exemple. Certes, les choses se présentaient différemment au stade du projet, puisque celui-ci prévoyait le caractère déloyal de clauses de conditions générales dérogeant notablement au régime légal (art. 8 let. a projet LCD). Or une dérogation notable au régime légal n'est pas nécessairement contraire au principe de la bonne foi, d'où l'utilité de la précision<sup>111</sup>. Quant à la « disproportion notable », le Conseil fédéral précisait expressément qu'elle devait elle aussi être contraire au principe de la bonne foi pour être jugée déloyale<sup>112</sup>. Cela s'explique avant tout par le fait que l'article 8 let. b du projet LCD

---

<sup>108</sup> SCHMID (n. 45), 14.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> Dans ce sens, STÖCKLI (n. 103), p. 184.

<sup>111</sup> FF 2009 5566 : « pour qu'il y ait déloyauté, il ne suffit pas de déroger notablement au régime légal, mais cette dérogation doit intervenir en contradiction avec les règles de la bonne foi. En effet, il n'est pas choquant de déroger à une loi que le législateur a explicitement qualifiée de dispositive. On ne saurait présumer de manière générale du caractère déloyal de conditions générales s'écartant du droit dispositif, au motif qu'elles dérogent (notablement) au régime légal ».

<sup>112</sup> FF 2009 5566 s.

n'était pas limité aux seuls consommateurs<sup>113</sup>. Le message retenait ainsi que « il s'agit là d'effectuer une pesée de tous les intérêts dignes de protection de l'utilisateur des CG et du partenaire contractuel. Le critère de la bonne foi permet d'établir une appréciation nuancée du rapport de force entre l'utilisateur des CG et le partenaire contractuel. Il est ainsi possible de tenir compte notamment de l'expérience commerciale du partenaire contractuel et de ses connaissances juridiques. Si le partenaire contractuel de l'utilisateur des CG est un consommateur, il convient en principe d'appliquer un critère plus sévère que dans le circuit commercial ».

67. Comme le contrôle des conditions générales peut intervenir de manière abstraite, par l'intermédiaire d'une association de protection des consommateurs (art. 10 al. 2 let. b LCD), on voit mal comment une clause jugée illicite à l'occasion de cet examen puisse être appréciée d'une autre manière dans un contrôle individuel<sup>114</sup>. Pour nous, l'utilisation de conditions générales prévoyant, au détriment du consommateur, une disproportion notable entre les droits et les obligations découlant du contrat est, *sauf hypothèse exceptionnelle*, injustifiée parce qu'en contradiction avec les règles de la bonne foi. Dans tous les cas, il faut admettre avec SCHMID<sup>115</sup> et KUT/STAUBER<sup>116</sup> qu'une disproportion notable *crée une présomption* (de fait ; qui ne fait que faciliter la preuve, sans en renverser le fardeau, ATF 120 II 248 c. 2c) de violation des règles de la bonne foi. Il revient le cas échéant au fournisseur de démontrer qu'une telle violation n'existe pas dans le cas d'espèce. Il est exclu à notre sens de retenir dans l'analyse les explications qui ont été fournies au consommateur. Le fait que celui-ci ait été rendu attentif à l'existence d'une clause abusive ne peut avoir pour conséquence de la rendre justifiée. On en reviendrait sinon à l'exigence de la tromperie (N 59), à laquelle le législateur a

---

<sup>113</sup> Dans ce sens, SCHMID (n. 45), 14.

<sup>114</sup> Le Message, FF 2009 5567, l'admet cependant. Voir également SCHMID (n. 45), p. 15.

<sup>115</sup> SCHMID (n. 45), p. 15.

<sup>116</sup> KUT/STAUBER (n. 106), N 121. *Contra*, mais en relation avec le texte du projet : FORNAGE (n. 35), N 1023 s.

manifestement voulu renoncer suite à la critique générale de la doctrine<sup>117</sup>.

68. L'annexe de la Directive européenne, qui contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives pourrait servir de source d'inspiration au juge suisse<sup>118</sup>, vu la proximité du texte de l'article 8 LCD et de l'article 3 de la directive dont il s'inspire.

### *c) La sanction*

69. La doctrine retient la nullité d'une clause de conditions générales se révélant abusive sous l'empire du nouvel article 8 LCD<sup>119</sup>. La jurisprudence du Tribunal fédéral va dans ce sens : une clause illicite ne peut être simplement réduite à un niveau devenant acceptable, faute de quoi son auteur n'aurait aucun intérêt à prévoir d'emblée une clause équilibrée<sup>120</sup>. La sanction est logique vu le caractère illicite d'une telle clause (art. 2 LCD) et le principe inscrit à l'article 20 al. 1 CO. La nullité de la clause ne porte en principe pas atteinte aux autres clauses des conditions générales, conformément à l'article 20 al. 2 CO. La clause nulle est remplacée par le droit dispositif<sup>121</sup>. A noter que ce régime se distingue de celui de la clause insolite : celle-ci n'est pas incorporée au contrat ; elle est inexistante<sup>122</sup>.
70. En matière procédurale, la nullité d'une clause peut laisser la place à un consentement tacite : c'est le cas lorsqu'un for dispositif abusif ou une

---

<sup>117</sup> Voir note 98.

<sup>118</sup> Dans ce sens, FORNAGE (n. 35), N 1009, 1012.

<sup>119</sup> SCHMID (n. 45), p. 16 ; PICHONNAZ (n. 95), p. 38 ; PICHONNAZ PASCAL/FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, RSJ 2010 285 ss, p. 290. C'était également l'avis de la doctrine majoritaire sous l'ancien droit, voir FF 2009 5568 et SCHMID (n. 45), p. 16.

<sup>120</sup> TF du 18 décembre 2008, 4A\_404/2008 c. 5.6.3.2.1 ; PICHONNAZ/FORNAGE (n. 119), p. 290 ; PICHONNAZ (n. 95), p. 38, et les réf.

<sup>121</sup> SCHMID (n. 45), p. 16, qui renvoie au § 306 al. 2 BGB ; BK-KRAMER, art. 19-20 CO, N 377.

<sup>122</sup> ATF 119 II 443 c. 1a.



clause compromissive abusive n'est pas invoquée et que le défendeur entre en matière sur le fond.

#### ***d) Clause abusive et clause insolite***

71. Le nouvel article 8 LCD n'ôte en rien sa portée à la jurisprudence relative aux clauses insolites (N 32 ss), pour plusieurs raisons. *Premièrement*, parce que le cercle des personnes visées diffère : limité aux consommateurs pour l'article 8 LCD, il ne l'est pas en matière de clauses insolites, dont peut se prévaloir toute partie faible ou inexpérimentée. *Deuxièmement*, les clauses visées ne sont pas nécessairement les mêmes : une clause qui opère un déséquilibre significatif entre les droits et obligations résultant du contrat de manière contraire aux règles de la bonne foi (art. 8 LCD) ne se confond pas avec une clause étrangère à l'affaire et qui en modifie de manière essentielle la nature ou qui sort notablement du cadre légal d'un type de contrat (clause insolite).
72. La protection offerte par le nouvel article 8 LCD a pour avantage de permettre un contrôle abstrait, par l'intermédiaire d'une association de protection des consommateurs par exemple (art. 10 al. 2 let. b LCD), et de ne pas être limitée aux clauses auxquelles le cocontractant a adhéré globalement, sans y être rendu spécialement attentif.

### **2. La portée en matière procédurale**

73. Le fournisseur peut souhaiter limiter les droits procéduraux du consommateur, généralement pour éviter ou – en tout cas – réduire les risques du procès. Les consommateurs sont peu attentifs à des telles clauses, en particulier lorsqu'elles sont incorporées dans des conditions générales, leur intérêt étant généralement focalisé sur le produit, son coût et éventuellement le moment auquel interviendra la prestation.
74. Il n'est donc pas surprenant que les clauses procédurales figurent sur une annexe à la Directive européenne qui « contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives »<sup>123</sup>. La

---

<sup>123</sup> Art. 3 al. 3 de la Directive.

lettre q de l'annexe prévoit que tel est le cas des clauses ayant pour objet ou pour effet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat ».

75. Le droit français connaît quant à lui une liste grise et une liste noire, selon un décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, publié au Journal officiel le 20 mars 2009. Dans la liste grise (présomption réfragable d'abus), on trouve le fait de : « 9. Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ; 10. Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte pas des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ». Dans la liste noire (présomption irréfragable d'abus) figure le fait de : « 12. Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat ».
76. En droit suisse également, les clauses procédurales introduites dans des conditions générales doivent désormais être *examinées avec méfiance*<sup>124</sup>. Elles n'ont généralement d'autre but que de décourager – si ce n'est d'empêcher – le consommateur de faire valoir ses prétentions de manière effective, en recourant à la justice.

### **a) Les fors**

77. C'est avant tout les fors dispositifs (les fors impératifs et partiellement impératifs sont d'ores et déjà garantis par le CPC, N 10 ss) qui

---

<sup>124</sup> SCHMID (n. 45), p. 13, les classes parmi les clauses susceptibles d'entraîner une disproportion notable entre les droits et obligations découlant du contrat.

pourraient être protégés par l'article 8 LCD, en dehors de la consommation courante (N 12 et 62), en complément aux règles de forme du CPC (N 8) et de la jurisprudence dite typographique (N 37), lorsque la clause est clairement mise en évidence et qu'elle passe donc le seuil de la clause insolite.

78. On peut penser par exemple à un for prorogé par des conditions générales valablement incorporées au contrat (N 30) à un *lieu éloigné de celui où l'exécution de la prestation caractéristique intervient* ou à la suppression du for du domicile du défendeur<sup>125</sup>. De telles clauses ont en effet pour conséquence d'entraver le recours à la justice par le consommateur et sont considérées comme potentiellement abusives dans le régime européen dont s'inspire l'article 8 LCD (N 64 et 74).

### ***b) La compétence matérielle***

79. Une clause prévoyant que le tribunal supérieur est compétent comme instance cantonale unique dès l'instant où le litige porte sur une valeur litigieuse atteignant CHF 100'000.-, comme l'admet l'article 8 al. 1 CPC (N 16), pourrait être jugée abusive lorsqu'elle vise à limiter les voies de droit du consommateur.
80. En matière de baux à loyer d'habitations, on peut songer à un abus du bailleur souhaitant éviter la compétence d'un *tribunal des baux*. On rappellera du reste que le législateur n'est pas en faveur des conditions générales dans le domaine du bail (art. 256 al. 2 let. a CO).

---

<sup>125</sup> La Cour de Justice a déjà eu l'occasion de confirmer le caractère abusif d'une clause d'attribution de compétence exclusive au siège du professionnel : « Une clause attributive de juridiction, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, doit être considérée comme abusive au sens de l'article 3 de la directive, dans la mesure où elle crée, en dépit de l'exigence de bonne foi, au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat » (Arrêt du 27 juin 2000, Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, C 240/98 à C 244/98, Rec. p. I 4941). Voir FORNAGE (n. 35), N 1012.

### ***c) La conciliation préalable***

81. Une clause de conditions générales excluant la conciliation préalable comme le permet l'article 199 al. 1 CPC lorsque le litige porte sur une valeur litigieuse atteignant CHF 100'000.- (rapidement atteinte dans le domaine des congés<sup>126</sup>) est particulièrement douteuse lorsque l'*autorité de conciliation* dispose du pouvoir de formuler des *propositions de jugement*, dans une procédure gratuite (art. 113 CPC), comme c'est le cas en droit du bail à loyer en matière de protection contre les loyers et congés abusifs par exemple (art. 210 al. 1 let. b CPC). Quel autre intérêt que de limiter les pouvoirs d'intervention de l'autorité pourrait y voir le bailleur ?

### ***d) L'arbitrage***

82. L'annexe à la Directive européenne classe les clauses compromissaires parmi celles qui, intégrées dans des conditions générales, sont susceptibles d'être jugées abusives (N 74). Ce sera en particulier le cas à notre avis lorsqu'une clause de prorogation de for serait elle-même exclue en vertu des dispositions du CPC (N 10 ss) et lorsque la clause a manifestement pour but, au vu du contrat en cause, de décourager le consommateur de faire valoir ses prétentions<sup>127</sup>. Le siège de l'arbitrage, les coûts prévisibles de celui-ci, la procédure prévue et la composition envisagée pour le tribunal arbitral seront souvent des éléments permettant de déterminer l'existence d'un abus.

### ***e) La notification***

83. Des règles particulières sur les notifications peuvent entraver sérieusement l'exercice des droits du consommateur, suivant le mécanisme envisagé par les CG. Les lois de procédure ne réglementent que les notifications au moment du procès (N 24).

---

<sup>126</sup> ATF 137 III 389.

<sup>127</sup> Il y a lieu de s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de prorogation exclusive de compétence, voir n. 125. Voir FORNAGE (n. 35), N 1013, 2259.

84. A notre sens, des règles qui imposent par exemple des avis des défauts ou une résiliation par notification attestée par notaire visent à prêter le consommateur et devraient être jugées abusives. L'annexe à la Directive prévoit du reste à sa lettre n que peuvent être jugées abusives les clauses qui ont pour effet « de restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière ».

***f) Le droit à la preuve et le fardeau de la preuve***

85. La limitation induite des moyens de preuve à la disposition du consommateur figure expressément parmi les clauses abusives envisagées par la Directive européenne (N 74). Il en va de même d'une clause imposant au consommateur une charge de preuve (fardeau de la preuve selon l'expression suisse) qui devrait revenir au fournisseur selon le droit applicable. Le droit français considère même une telle clause comme abusive de manière irréfragable (elle figure sur la liste noire ; N 75).
86. Une clause limitant les moyens de preuve est en toute hypothèse contraire aux règles du CPC (N 27). Une expertise-arbitrage, admise par le Code (N 27), pourrait cependant se révéler abusive suivant les circonstances, comme pourrait l'être une clause compromissaire (N 82). Quant à une clause renversant le fardeau de la preuve, si sa validité est en principe admise par le CPC, son intégration dans des conditions générales sera souvent un moyen d'empêcher le consommateur d'obtenir la consécration de ses droits et devrait dès lors être jugée abusive en Suisse également, comme le prônait déjà KUMMER (N 29).

***g) La renonciation à la voie judiciaire***

87. Une renonciation judiciaire peut dans certains cas particuliers être considérée comme un engagement excessif au sens de l'article 27 CC (N 53). Lorsque tel n'est pas le cas, le caractère abusif d'une telle renonciation devra généralement être retenu lorsqu'elle figure dans des conditions générales et qu'elle vise à décharger le fournisseur de sa responsabilité en empêchant toute possibilité pour le consommateur de faire valoir ses droits. Selon le droit français, peut déjà être considérée

comme abusive une clause qui ne permet au consommateur que d'agir par le biais de modes alternatifs de résolution des conflits (N 75).

### III. Conclusion

88. Le droit de procédure est avant tout impératif. Une certaine marge de manœuvre est cependant offerte aux parties lorsque le rapport juridique en cause est de nature disponible. Ainsi peuvent-elles décider que le litige sera jugé à un for particulier, voire par une cour supérieure ou même par un tribunal arbitral désigné par les parties. Elles pourraient aussi prévoir des règles particulières en matière de fardeau de la preuve ou renoncer expressément à la voie judiciaire. Encore faut-il veiller au consentement des parties sur ces différents points. Le principe de la confiance et les règles qui en découlent (non-intégration des clauses insolites ; interprétation des clauses ambiguës) offrent une certaine protection, tout comme l'article 27 CC dans des cas extrêmes.
89. L'article 8 LCD révisé assure désormais un contrôle matériel des clauses de conditions générales en qualifiant d'abusives celles qui, au détriment du consommateur, prévoient une disproportion notable et contraire aux règles de la bonne foi (en d'autres termes, injustifiée), entre les droits et les obligations découlant du contrat. Les clauses procédurales incorporées dans des conditions générales le sont généralement au détriment du consommateur. Elles n'ont en principe pas de justification autre que d'avantager le fournisseur en cas de procès ou d'éviter qu'une procédure puisse être intentée avec succès. Cela explique pourquoi le droit européen tend à les considérer comme abusives. Il en va désormais de même en Suisse selon notre approche.