

Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?

Édité par
Olivier Hari

Avec la collaboration
d'Alexandre Biedermann

Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis?

Édité par
Olivier Hari

Avec la collaboration
d'Alexandre Biedermann

Schulthess § 2016
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: OLIVIER HARI (éd.), *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique: quo vadis?*, collection CUSO, Genève/Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

Publié avec l'aide de la Conférence universitaire de Suisse occidentale

ISBN 978-3-7255-8592-2

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur:
+32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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>.

Sommaire

Table des matières.....	VII
Liste des contributeurs.....	XVII
Table des abréviations.....	XIX
Avant-propos.....	1
OLIVIER HARI/ALEXANDRE BIEDERMANN	
De libéralisme économique à libéralisation : état des lieux dans les démocraties capitalistes postindustrielles.....	3
MATHIEU HEEB	
<i>Pacta sunt servanda ... aut rescindenda ?</i> L'évolution de notre droit des obligations face au dilemme des conventions lésionnaires.....	21
ARNAUD CAMPI	
La protection du tiers lésé par le biais de l'assurance responsabilité civile du responsable.....	45
JULIEN JACCARD	
La tierce propriété des droits économiques des sportifs professionnels.....	79
SHERVINE NAFISSI	
Achat de médicaments sur Internet : santé publique vs. libéralisme économique.....	101
CAROLE-ANNE BAUD	
L'obsolescence programmée : main invisible <i>versus</i> défaut invisible.....	133
GRÉGOIRE GEISSBÜHLER	
Le règlement UE 1215/2012 (Bruxelles <i>Ibis</i>) : quel avenir pour la protection du consommateur en droit international privé ?.....	151
JOHANNES FOLGER	

Demandeurs d'asile déboutés et accès au marché du travail : réflexions à la lumière du droit international.....	173
ANNE-CÉCILE LEYVRAZ	
Quelques considérations sur la libre circulation des travailleurs et la reconnaissance des avantages sociaux au sein de l'UE : une conciliation impossible, une protection en trompe-l'œil ?.....	193
AURORE GARIN	
Personnes vulnérables et obligations positives : quelles limites à l'activité économique ?.....	221
NESA ZIMMERMANN	
Loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI : restriction indirecte à l'émission et au transfert des actions au porteur ?.....	243
ELMA BERISHA	
L'égalité de traitement comme moyen de protection des actionnaires minoritaires en droit suisse des OPA. Le cas particulier de l'abolition de la prime de contrôle et ses incidences sur la pratique de la Commission des OPA en matière d'opting out et d'opting up.....	267
ANNIE-FABIENNE PILLIONNEL	
Le contrôle ordinaire des comptes : entre intérêt public et protection de l'investisseur.....	301
AXEL SCHMIDLIN	
<i>Corporate Social Governance</i> : la CSR comme instrument volontaire de protection et de promotion des intérêts « <i>stakeholders</i> »	323
GUILLAUME JACQUEMET	
L'employé comme partie faible dans l'enquête interne.....	345
DAVID RAEDLER	
L'art. 8 LCD : entre protectionnisme et libéralisme économique.....	371
JULIEN DELAYE/DARIO HUG	
Centrale nucléaire : quelle place pour la liberté économique ?.....	401
CÉLINE ZUBER-ROY	

L'ART. 8 LCD : ENTRE PROTECTIONNISME ET LIBÉRALISME ÉCONOMIQUE

par

JULIEN DELAYE

MLaw, avocat, assistant diplômé à l'Université de Neuchâtel

et

DARIO HUG

MLaw, avocat, doctorant FNS à l'Université de Neuchâtel

Introduction	371
I. La genèse et l'historique de l'art. 8 LCD.....	372
1) Les enjeux du libéralisme économique et du protectionnisme.....	372
2) La protection du consommateur en droit suisse	373
3) La révision de l'art. 8 LCD	375
4) L'influence européenne sur le développement de l'art. 8 LCD.....	376
II. La protection de l'art. 8 LCD.....	378
1) La portée et le champ d'application de l'art. 8 LCD	378
2) Le contrôle abstrait des conditions générales.....	385
3) La délimitation de l'art. 8 LCD avec la règle de l'insolite	386
III. Les sanctions et conséquences d'une violation de l'art. 8 LCD	388
1) Les sanctions de l'art. 9 LCD.....	388
2) Les conséquences civiles d'une violation de l'art. 8 LCD	391
Conclusion.....	395
Bibliographie	397

Introduction

Le nouvel art. 8 LCD¹, entré en vigueur le 1er juillet 2012², a instauré une protection supplémentaire pour le consommateur, au détriment de la liberté économique. Outre les questions posées par cette récente disposition, son adoption

¹ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241).

² RO 2011 4909.

a permis de mettre en lumière le clivage politique qui prévaut entre protection du consommateur et libéralisme économique³.

Sous l'influence des développements européens⁴, l'art. 8 LCD offre désormais de nouvelles perspectives de contrôle. A l'heure actuelle, son importance reste toutefois relative puisque la jurisprudence postérieure à sa révision reste rare⁵.

Le nouvel art. 8 LCD soulève, en revanche, certaines questions au regard de son application et des sanctions qui découlent de sa violation, qu'il appartiendra aux tribunaux suisses de trancher, dans un sens ou dans l'autre, entre une approche tantôt protectrice et tantôt libérale.

Le but de la présente contribution est de mettre en évidence les circonstances qui ont entouré l'adoption du nouvel art. 8 LCD (I.), la protection apportée par ce dernier (II.), ainsi que les sanctions et conséquences de sa violation (III.).

I. La genèse et l'historique de l'art. 8 LCD

Dans cette première partie, nous proposerons tout d'abord un aperçu des enjeux du libéralisme économique et du protectionnisme (1.) avant de présenter les fondements de la protection du consommateur en droit suisse (2.). Nous nous attarderons enfin plus spécifiquement sur la révision de l'art. 8 LCD (3.) avant d'aborder la question de l'influence du droit européen sur le développement de cette disposition (4.).

1) Les enjeux du libéralisme économique et du protectionnisme

Le modèle classique du libéralisme économique rejette toute intervention étatique. Selon ses partisans, le marché se régule de lui-même par les actions et interactions de ses acteurs⁶. Principe fondamental de la doctrine économique, il a

³ Voir *infra* I.3.

⁴ Voir *infra* I.4.

⁵ On mentionnera not. l'ATF 140 III 404, consid. 3 et 4, qui refuse l'application rétroactive de l'art. 8 LCD dans sa nouvelle teneur au renouvellement automatique d'un contrat d'abonnement, lorsque le renouvellement est survenu avant le 1^{er} juillet 2012 ; voir ég. TF 4A_194/2014 du 2.9.2014, consid. 4.2, qui se réfère à l'art. 8 LCD dans son ancienne teneur.

⁶ GILL, p. 12.

posé, durant de nombreuses décennies, les bases du développement du commerce international⁷.

Toutefois, il est vite apparu nécessaire de définir des contours au libéralisme économique et d'en fixer les limites⁸. En effet, ce dernier, qui prône une libre concurrence, ne peut être envisagé sans une *régulation de la part de l'Etat*, dont le rôle sert de garant à une concurrence saine et efficace entre les différents partenaires économiques⁹.

Ainsi, ce protectionnisme naissant a permis la mise en place de différents *mécanismes interventionnistes* tels que des règles de protection du consommateur ou de lutte contre la concurrence déloyale¹⁰. Dans tout système économique moderne, l'ensemble de ces mesures protectrices œuvre donc de concert avec le principe de la liberté économique pour le développement économique des Etats¹¹.

2) La protection du consommateur en droit suisse

a) Un mandat constitutionnel

Le 14 juin 1981, le peuple et les cantons ont accepté le contre-projet du 10 octobre 1980 de l'Assemblée fédérale relatif à l'initiative populaire pour la protection des consommateurs¹². Ce contre-projet a ensuite donné naissance à un art. 31^{sexies} aCst., matérialisant la *volonté collective* d'une constitutionnalisation de la protection des consommateurs¹³. L'art. 97 de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 a repris ce mandat constitutionnel.

Avec l'entrée en vigueur du Code de procédure civile fédéral le 1^{er} janvier 2011¹⁴, les critères de détermination de la valeur litigieuse ont en outre été unifiés au niveau suisse (cf. art. 91 ss CPC). La procédure simplifiée des art. 243 ss CPC concrétise le *mandat constitutionnel* de l'art. 97 al. 3 Cst. dans le domaine de la

⁷ GILL, p. 12, qui parle de néolibéralisme, par opposition à la théorie classique du libéralisme économique énoncée par ADAM SMITH en 1776.

⁸ GILL, p. 13 et not. p. 17, qui se réfère à la théorie de KEYNES. Ce dernier voit en effet dans l'intervention étatique « le seul moyen d'éviter une complète destruction des institutions économiques actuelles et la condition nécessaire d'un fructueux exercice de l'initiative privée » (KEYNES, p. 394).

⁹ MARTENET/HEINEMANN, p. 1 ss.

¹⁰ Pour un aperçu des courants économiques ayant influencé le droit de la concurrence, cf. not. MARTENET/HEINEMANN, p. 17 ss et les références citées.

¹¹ PARIENTY, p. 76 ; voir également pour d'avantages de précisions, KRUGMAN *et al.*, *passim* ; GUILLOCHON, *passim* et les références citées.

¹² Arrêté du Conseil fédéral du 17 août 1981 constatant le résultat de la votation populaire du 14 juin 1981, FF 1981 II 1216.

¹³ RO 1981 1244.

¹⁴ RO 2010 3053.

protection procédurale des consommateurs, en tout cas pour les litiges dont la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs¹⁵.

b) Une approche sectorielle

Le droit suisse, à l'inverse du droit français par exemple, ne connaît pas de loi générale de protection du consommateur¹⁶. Actuellement, de telles normes protectrices se retrouvent tant dans le CO¹⁷ que dans différentes lois spéciales¹⁸, dans des contextes d'apparence similaires, mais en réalité hétérogènes. En ce sens, on parle d'*approche sectorielle du droit de la consommation* par le législateur suisse¹⁹.

En conséquence, le droit suisse ne définit pas uniformément la notion de consommateur ou encore celle de contrat de consommation. D'après MARCHAND, la notion de consommateur peut toutefois se déduire du droit européen²⁰, singulièrement de la Directive 2011/83/UE²¹. L'art. 2 ch. 1 de cette directive définit ainsi le consommateur comme étant « 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 commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». L'élément déterminant repose donc sur l'acquisition par une personne physique de biens ou services dans un *but étranger à son activité professionnelle*.

Le droit suisse prévoit néanmoins un critère de définition spécifique, à savoir le *critère de la prestation de consommation courante*, qui ressort expressément de certains textes légaux²² et de la jurisprudence²³. Une partie de la doctrine critique

¹⁵ Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, p. 6953 : « La procédure simplifiée repose sur les dispositions légales cantonales correspondantes. Elle succède à la procédure simple et rapide que la Confédération prescrit déjà aujourd'hui aux cantons dans des domaines particuliers (p. ex. dans le droit à l'entretien, le droit du travail, le droit du bail, le droit des consommateurs) ». Voir ég. MARCHAND, Droit de la Consommation, p. 6.

¹⁶ En effet, en France, le Code de la consommation (Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, JORF n° 171 du 27 juillet 1993, p. 10538) règle en particulier l'information du consommateur (Titre I^{er}), proscriit certaines pratiques commerciales (Titre II) et régleme la l'utilisation des conditions générales (Titre III).

¹⁷ P. ex. les art. 40a à 40f CO (démarchage à domicile), l'art. 210 al. 4 CO (nullité d'un délai de prescription de la garantie pour les défauts inférieur à 2 ans en cas de contrat conclu avec un « consommateur ») ou encore l'art. 266k CO (location d'une chose mobilière).

¹⁸ P. ex. la LCC (RS 221.214.1), la LVF (RS 944.3) ou encore la LCD (RS 241).

¹⁹ MORIN, p. 20.

²⁰ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 29.

²¹ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 304/64 du 22.11.2011).

²² P.ex. art. 32 al. 2 CPC et 120 LDIP.

cet helvétisme²⁴, qui a toutefois le mérite, dans certains cas particuliers, d'empêcher qu'une partie ne se prévale abusivement de sa prétendue qualité de consommateur, dans le seul but de bénéficier de règles légales protectrices²⁵.

Ces quelques développements nous amènent à un premier constat ; l'art. 8 LCD n'échappe pas à la sectorisation du droit suisse de la consommation. L'intégration de cette disposition de protection du consommateur dans une loi visant la lutte contre la concurrence déloyale le rappelle. Au demeurant, la LCD ne contient aucune définition de la notion de consommateur qui – comme nous le verrons ci-après²⁶ – est pourtant une *condicio sine qua non* de l'applicabilité de l'art. 8 LCD.

3) La révision de l'art. 8 LCD

Face à l'omniprésence des conditions générales, le Conseil fédéral a proposé, en 2009, la *mise en place de nouveaux mécanismes*, par le remaniement complet de l'art. 8 LCD, destinés à permettre au juge de contrôler les conditions générales et d'en vérifier le contenu²⁷.

Initialement, l'avant-projet du Conseil fédéral prévoyait le *contrôle des conditions générales dans son ensemble*, sans distinction entre contrats conclus avec des consommateurs ou contrats conclus entre professionnels²⁸.

Ce contrôle d'ensemble a toutefois suscité des *débats parlementaires intenses*. Ainsi, une partie des parlementaires craignait, en effet, que l'instauration d'un contrôle abstrait de l'ensemble des conditions générales ne sonne le glas de la liberté contractuelle²⁹. Fort de ce constat, le Conseil national a rejeté la proposition initiale du Conseil fédéral en raison de l'insécurité juridique qui en découlerait, malgré l'approbation donnée, au préalable, par le Conseil des Etats³⁰.

Conscient des difficultés posées par un contrôle d'ensemble des conditions générales, le Conseil des Etats a, par la suite, proposé de le limiter aux *contrats*

²³ Voir ATF 132 III 268, consid. 2.2.2 ; arrêt du TF 4A_432/2007 du 8.2.2008, consid. 4.2.3 (arrêt publié en partie aux ATF 134 III 218, mais pas le consid. cité).

²⁴ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 21.

²⁵ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 20 s., qui renvoie à l'arrêt du TF 4A_432/2007 du 8.2.2008, consid. 4.2.3 (arrêt publié en partie aux ATF 134 III 218, mais pas le consid. cité), retenant qu'« *on ne distingue d'ailleurs pas le besoin particulier de protection sociale de l'acquéreur d'une voiture de luxe* ».

²⁶ Voir *infra*. II.1.c).

²⁷ Message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 5539, p. 5550.

²⁸ *Ibid.*, p. 5540.

²⁹ FURRER, p. 324 ; HESS/RUCKSTUHL, p. 1188 ; MARCHAND, Art. 8 LCD, p. 330 ; CARRON, p. 144 ; pour un compte rendu complet des débats parlementaires, voir not. BO 2010 E 930 ss et BO E 2011 706 ss.

³⁰ MARCHAND, Art. 8 LCD, p. 330 ; BO 2010 E 930 ss et BO 2011 E 706 ss.

impliquant un consommateur, à l'instar de la solution retenue par la Directive européenne 93/13/CEE du 5 avril 1993³¹.

Cette proposition, initialement rejetée par le Conseil national, a finalement été suivie par la majorité des parlementaires à la suite de la conférence de conciliation intervenue le 15 juin 2011³². Cette conférence a ainsi permis de donner à la révision de l'art. 8 LCD la formulation qu'on lui connaît aujourd'hui.

Le *clivage au sein de l'Assemblée fédérale* autour de la révision de l'art. 8 LCD met en lumière les difficultés rencontrées dans l'équilibre des forces entre protectionnisme et libéralisme économique³³. Le résultat final n'en demeure pas moins un bon compris, qui représente, par rapport au texte initial, une avancée appréciable en matière de protection du consommateur, par le biais de la garantie et du maintien d'une saine concurrence au sein des milieux économiques concernés³⁴.

4) **L'influence européenne sur le développement de l'art. 8 LCD**

A la lecture de l'art. 8 LCD, on constate que les possibilités d'interprétation des *notions juridiques indéterminées* qui le composent sont variées – pour ne pas dire hasardeuses³⁵. Ces incertitudes accompagneront le travail des tribunaux suisses qui seront amenés à effectuer le contrôle des conditions générales voulu par le législateur³⁶.

Toutefois, le résultat du compromis entre le projet du Conseil fédéral et la version finale de l'art. 8 LCD votée par le Parlement³⁷ présente de *nombreuses similitudes* avec l'art. 3 al. 1 de la Directive européenne 93/13/CEE du 5 avril 1993, lequel à la teneur suivante :

« 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. »

³¹ CARRON, p. 144 ; DUPONT, p. 107.

³² CARRON, p. 144 ; DUPONT, p. 106.

³³ Voir *supra* I.1.

³⁴ MARCHAND, Art. 8 LCD, p. 330 ; DUPONT, p. 106.

³⁵ Voir *infra* II.1 ; BIERI, p. 58 et 60 ; CARRON, p. 145 ; DUPONT, p. 105.

³⁶ BIERI, p. 60 s. ; CARRON, p. 145 ss ; DUPONT, p. 105 ss.

³⁷ Voir *supra* I.3.

Cette *parenté avec la Directive européenne* n'est pas sans incidence sur l'interprétation de l'art. 8 LCD³⁸. En effet, le Tribunal fédéral tient régulièrement compte de la jurisprudence européenne dans l'interprétation du droit suisse issu de la transposition du droit européen³⁹. Cette influence s'avèrera, certainement, importante dans le cadre de l'interprétation de l'art. 8 LCD, d'autant plus que la jurisprudence suisse reste encore faible, plus de trois ans après l'entrée en vigueur de l'art. 8 LCD⁴⁰.

Certains auteurs estiment que la prise en compte de la jurisprudence développée par la Cour de Justice de l'Union européenne doit s'imposer dans l'interprétation que donneront les juges suisses aux différents concepts de l'art. 8 LCD⁴¹. Cette conception n'est toutefois pas unanime⁴².

D'une part, l'art. 8 LCD devait, à l'origine, s'appliquer à l'ensemble de la pratique contractuelle suisse⁴³, et non pas aux seuls contrats conclus avec des consommateurs⁴⁴.

D'autre part, l'art. 8 LCD, volontairement intégré dans une loi qui « vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée » (art. 1 LCD), démontre l'intention du législateur de s'éloigner de la seule *protection du consommateur*, voulue par la Directive européenne pour adopter une approche, « dans l'intérêt de toutes les parties » (art. 1 LCD), consommateurs et utilisateurs des conditions générales y compris. Certains Etats membres de l'Union européenne ont, par ailleurs, suivi également cette pratique, en refusant de limiter le contrôle aux seuls contrats conclus avec des consommateurs⁴⁵.

Ainsi, les auteurs qui rejettent la thèse de l'interprétation conforme à la jurisprudence européenne considèrent souvent que, malgré l'existence d'une parenté entre l'art. 8 LCD et la Directive européenne, *ce lien n'est pas assez étroit* pour justifier une telle interprétation⁴⁶. Toutefois, l'art. 8 LCD emprunte à la Directive européenne un nombre important de concepts⁴⁷. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne y relative fournira nécessairement des

³⁸ Voir not. DUPONT, p. 107 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 155 s. ; CARRON, p. 144.

³⁹ Voir p. ex., ATF 129 III 335, consid. 6 ; ATF 132 III 32, consid. 4.1 ; ATF 137 III 27, consid. 3.2.

⁴⁰ Voir note (5).

⁴¹ PICHONNAZ, p. 141 ; VISCHER, Freizeichnungsklauseln, p. 181 ; FORNAGE, n° 1008 ; SUTTER/LÖRTSCHER, p. 101.

⁴² KUONEN, p. 2 ; FURRER, p. 328 ; voir ég. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 44, qui constate qu'en matière de clauses abusives, le droit suisse accuse d'un retard certain sur le droit européen qui inspirera certainement le juge suisse.

⁴³ Voir *supra* I.3.

⁴⁴ Voir not. BIERI, p. 59 ; KUONEN, p. 2 s. ; FURRER, p. 328.

⁴⁵ FORNAGE, n° 857 ss, 892 et 911 ss.

⁴⁶ KUONEN, p. 3 ; FURRER, p. 328 ; WIDMER, p. 101 s.

⁴⁷ CARRON, p. 144 ss ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 43 ss ; BIERI, p. 59 ; DUPONT, p. 107 ; WIDMER, p. 101 s.

éléments d'interprétation auxquels le Juge suisse fera, selon toute vraisemblance, référence⁴⁸.

II. La protection de l'art. 8 LCD

Dans cette deuxième partie, nous aborderons tout d'abord la portée et le champ d'application de l'art. 8 LCD (1.). Nous poursuivrons en évoquant les enjeux liés au contrôle abstrait des conditions générales (2.), puis nous distinguerons celui-ci du contrôle formel de la règle de l'insolite (3.).

1) La portée et le champ d'application de l'art. 8 LCD

L'art. 8 LCD prévoit qu'« 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. »

KUONEN décompose l'art. 8 LCD en cinq éléments constitutifs cumulatifs⁴⁹ dont nous nous permettons de nous inspirer pour les besoins de la présente contribution, à savoir⁵⁰ : les conditions générales (a), l'emploi de conditions générales (b), le consommateur (c), le déséquilibre contractuel (d) et la contrariété à la bonne foi (e).

a) Les conditions générales

Les conditions générales sont toutes les clauses contractuelles préformulées par l'un des contractants et qui ne font pas ou n'ont pas fait l'objet d'une négociation entre les parties⁵¹. Elles visent à standardiser et simplifier les transactions de masse, ces dernières étant inhérentes à tout système économique consumériste⁵².

Les caractéristiques essentielles des conditions générales sont, d'une part *l'absence de négociation* de leur contenu et de leur formulation par le

⁴⁸ Du même avis, MARCHAND, Droit de la consommation, p. 44 et 155 ; BIERI, p. 59.

⁴⁹ Dans le cadre de cette seule contribution, il ne nous est toutefois pas possible d'analyser en détail ces différents éléments constitutifs. Le lecteur plus intéressé est donc renvoyé aux articles plus complets et détaillés à ce sujet, auxquels il sera le cas échéant fait référence.

⁵⁰ KUONEN, p. 4 ss. Cette systématique est également reprise par AESCHIMANN, *passim*.

⁵¹ TERCIER/PICHONNAZ, n° 860 ; voir ég. le par. 305 al. 1 BGB qui définit directement les conditions générales pour le droit allemand.

⁵² BeKo OR-KRAMER, art. 1, n° 176 ss.

consommateur et, d'autre part, une *acceptation en bloc* par celui-ci, généralement sans même en avoir pris connaissance⁵³.

L'usage de conditions générales permet d'accélérer et de rationaliser le processus contractuel moderne, mais comporte des risques certains pour la partie inexpérimentée en affaires puisqu'elle accepte en quelque sorte la « volonté contractuelle unilatérale » de la partie qui emploie ou rédige les conditions générales⁵⁴. La plupart du temps, les conditions générales sont en effet rédigées, sinon au détriment de la partie faible, en tous cas en faveur de la partie qui les emploie⁵⁵.

En tant qu'il vise à garantir la loyauté dans les contrats conclus avec des consommateurs⁵⁶, l'art. 8 LCD vise spécifiquement les conditions générales imposées – de fait – au consommateur par la partie expérimentée en affaires⁵⁷. L'art. 8 LCD peut donc être considéré comme un correctif apporté par le législateur aux contraintes de l'économie moderne⁵⁸. En ce qui concerne la problématique des conditions générales, l'art. 8 LCD témoigne effectivement de la priorité du protectionnisme, voulu par le législateur en faveur des consommateurs, au détriment d'un libéralisme économique pur favorisant les commerçants et les fournisseurs de biens et services⁵⁹.

Il découle de ce qui précède que, même en présence d'un contrat conclu avec un consommateur, les clauses individuellement négociées restent prioritaires⁶⁰. Si de telles clauses sont intégrées dans des conditions générales, elles sont ainsi exclues du champ d'application de l'art. 8 LCD⁶¹. Une simple discussion portant sur des clauses contractuelles préformulées ne suffit toutefois pas à enlever aux clauses en question leur caractère de conditions générales⁶².

⁵³ CARRON, p. 123 s. ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 140.

⁵⁴ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 139 et 141 ss ; CARRON, p. 121 ss.

⁵⁵ Voir not. KUONEN, p. 6 ; sur la notion d'emploi des conditions générales, voir II.1.b).

⁵⁶ KUONEN, p. 3.

⁵⁷ CARRON, p. 122 ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 139.

⁵⁸ Voir not. DUPONT, p. 101, qui rappelle la volonté du législateur d'améliorer la transparence dans les droits et obligations des assurés ; CARRON, p. 144 ss.

⁵⁹ CARRON, p. 104 ss ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 5 ss ; voir ég. I.1, II.2.a) et II.3.b).

⁶⁰ Voir BÜYÜKSAGIS, *passim* ; MARCHAND, Droit de la consommation, p. 141 ; CARRON, p. 121 ; BIERI, p. 52.

⁶¹ KUONEN, p. 5.

⁶² KOLLER TH., p. 24 s. ; voir ég. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 141 s., qui rappelle néanmoins que la distinction entre clause préformulées et *boiler plate clauses* n'est pas évidente en pratique. Il précise toutefois que le simple emploi de clauses standards ne doit pas être compris comme l'emploi de clauses préformulées au sens de l'art. 8 LCD.

b) L'emploi des conditions générales

La notion d'emploi des conditions générales renvoie à l'utilisation de celles-ci par la partie qui les a rédigées ou fait rédiger dans le cadre du contrat conclu avec le consommateur⁶³.

La seule mention des conditions générales en vue de la conclusion possible d'un contrat suffirait⁶⁴. Pour certains auteurs, toutefois, l'utilisation implique la conclusion effective d'un contrat⁶⁵, ce qui excluerait par exemple l'application de l'art. 8 LCD en cas d'emploi de conditions générales au stade d'une offre seulement⁶⁶.

L'on peut en outre se demander si la notion d'emploi implique que le professionnel se prévale effectivement des conditions générales (*utilisation effective ou concrète*) ou si la simple intégration des conditions générales dans le contrat est déjà suffisante (*utilisation potentielle ou abstraite*)⁶⁷.

La réponse à cette question dépend de l'étendue de la protection que l'on veut conférer au consommateur. La question n'est toutefois pas dénuée d'intérêt pratique. En effet, l'on pourrait considérer que seule l'utilisation concrète de conditions générales entraîne l'illicéité d'une clause et, partant, sa nullité⁶⁸. Une utilisation potentielle ne saurait, en revanche, entraîner la nullité de la clause, dans la mesure où une telle utilisation potentielle n'est en effet probablement pas illicite au sens de l'art. 2 LCD, car n'influant pas concrètement sur les rapports entre le professionnel et le consommateur⁶⁹. La question reste toutefois ouverte et devra être résolue par la jurisprudence amenée à concrétiser les conditions d'application de l'art. 8 LCD.

c) Le consommateur

Le droit suisse, nous l'avons vu, ne définit pas uniformément la notion de consommateur⁷⁰. La LCD ne fait pas exception à cette règle⁷¹.

⁶³ CARRON, p. 145, qui précise que, bien que l'auteur des conditions générales soit souvent un professionnel, elles peuvent également émaner d'associations professionnelles ou de tiers (p. ex. SIA-118) ; BIERI, p. 52, rappelle, pour sa part, que l'utilisation des conditions générales doit se faire dans un cadre commercial.

⁶⁴ CARRON, p. 146.

⁶⁵ Voir KUONEN, p. 27.

⁶⁶ A notre avis, cette conception est toutefois nuancable dans la mesure où l'art. 9 LCD instaure également une action en interdiction du comportement déloyal imminent.

⁶⁷ KUONEN, p. 27.

⁶⁸ Voir *infra* III.2.a).

⁶⁹ Voir dans ce sens ég. KUONEN, p. 27.

⁷⁰ Voir *supra* I.2.b).

⁷¹ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8, n° 79.

Pour les besoins de la présente contribution, nous retiendrons les éléments suivants comme déterminants pour la définition du consommateur au sens de l'art. 8 LCD⁷² :

Un *consommateur* est une personne physique qui acquiert des marchandises ou une prestation de service à une fin étrangère à son éventuelle activité commerciale, soit à des fins familiales et/ou privées. Une personne morale, en particulier une PME, ne sera donc pas considérée comme un consommateur au sens de l'art. 8 LCD⁷³.

La notion de consommateur a comme corollaire celle de *fournisseur ou de professionnel*. Il s'agit de la partie qui conclut le contrat avec le consommateur. Contrairement au consommateur, le fournisseur ou le professionnel peut être tant une personne physique que morale, à la condition que le contrat de consommation soit conclu dans le cadre de son activité commerciale⁷⁴.

d) Le déséquilibre contractuel

L'application de l'art. 8 LCD suppose ensuite « *une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat* ». Ce critère imprécis et vague fait l'objet de nombreuses critiques et avis doctrinaux⁷⁵. Il s'agit pourtant de l'élément clé pour déterminer le caractère protectionniste – ou non – de l'art. 8 LCD⁷⁶. A notre sens, la principale difficulté réside toutefois dans le fait que l'art. 8 LCD vise prioritairement le contrôle du contenu d'une seule clause, mais que le déséquilibre contractuel s'évalue selon le contrat pris dans son ensemble⁷⁷.

aa) Les critères d'évaluation du déséquilibre (Referenzmassstab)

Il n'est en particulier pas clair en fonction de quels critères doit s'évaluer le déséquilibre contractuel entre le fournisseur et le consommateur. Législateur et doctrine⁷⁸ se réfèrent tantôt au droit dispositif, à la nature du contrat ou aux

⁷² HESS/RUCKSTUHL, p. 1196 ; KOLLER TH., p. 25 s. ; KUONEN, p. 9 ss ; SCHMID, p. 9 ; voir ég. PICHONNAZ, p. 141, qui considère que le consommateur au sens de l'art. 8 LCD peut également être une personne morale, à la condition qu'elle n'agisse pas à des fins commerciales (ex. fondation à but idéal).

⁷³ ROBERTO/WALKER, p. 54 ; voir ég. DUPONT, p. 111, qui rappelle que, bien que la volonté initiale du Conseil fédéral ait englobé la protection des PME, le législateur a finalement limité la protection accordée par l'art. 8 LCD au seul consommateur.

⁷⁴ CARRON, p. 105 ; BIERI, p. 82, qui se réfère dans ce sens à l'utilisation commerciale des conditions générales.

⁷⁵ Pour un bon aperçu de ces critiques, voir AESCHIMANN, p. 15.

⁷⁶ BIERI, p. 53 ss ; KOLLER A., p. 117 ss ; CARRON, p. 149.

⁷⁷ Dans ce sens, WIDMER, p. 131 s., qui indique que le contrôle du contenu en tant que tel est dirigé contre une clause individuelle et non contre les conditions générales dans leur intégralité.

⁷⁸ Voir not. DUPONT, p. 118 ; BIERI, p. 55.

« *principes immanents au droit* »⁷⁹, tantôt à l'équité⁸⁰ ou encore à l'art. 21 CO relatif à la lésion⁸¹.

Concrètement, si la référence choisie est par exemple le droit dispositif, une clause devrait être considérée comme créant un déséquilibre contractuel en défaveur du consommateur si elle diverge notablement du droit dispositif prévu par la loi pour le contrat en question. En cas de contrat innommé, la question est évidemment plus délicate. Il conviendrait alors de se référer à la notion plus vague d'équité pour admettre ou non l'existence d'un déséquilibre contractuel, à tout le moins lorsque le droit dispositif d'un contrat nommé ne peut être appliqué par analogie⁸².

L'on voit bien que le critère de la disproportion, singulièrement en ce qui concerne le critère à appliquer pour évaluer concrètement le déséquilibre contractuel entre les parties, laisse la porte ouverte à de *nombreuses interprétations*, au détriment de la sécurité juridique.

ab) L'analyse isolée ou globale du déséquilibre ?

Différente est la question de savoir si le déséquilibre contractuel doit s'évaluer en fonction de la clause litigieuse seulement ou en fonction des conditions générales prises dans leur ensemble. Cette question doit être distinguée de celle de l'analyse des conséquences civiles d'une violation de l'art. 8 LCD, laquelle se rapporte à la nullité d'une clause ou à sa réduction, lorsque l'application de l'art. 8 LCD a au préalable été admise⁸³.

A notre sens, il convient de tenir compte des conditions générales dans leur ensemble ainsi que des éléments entourant la conclusion du contrat avant de conclure à l'existence d'un déséquilibre contractuel. L'art. 8 LCD se réfère en effet aux « *droits et obligations découlant du contrat* » dont la formulation au pluriel empêche une analyse isolée de la clause litigieuse. L'usage, à l'art. 8 LCD, du terme de « *conditions générales* » confirme également cette interprétation⁸⁴.

En revanche, la compensation pure et simple d'une clause nous paraît, en soi, problématique. Par compensation, on entend le fait de ne pas tenir compte, dans l'évaluation du déséquilibre contractuel, d'une clause abusive, lorsque le contrat contient d'autres clauses favorables pour le consommateur.

Certes une telle compensation correspond à l'exigence d'une analyse globale du contrat avant de constater un éventuel déséquilibre entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur⁸⁵. Ethiquement, toutefois, il nous paraît

⁷⁹ KOLLER TH., p. 28.

⁸⁰ Message du Conseil fédéral du 22 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 I 5539, p. 5567 ; KUONEN, p. 11.

⁸¹ KUONEN, p. 11.

⁸² SCHMID, p. 12.

⁸³ Voir *infra* III.2.a) et III.2.b).

⁸⁴ Voir ég. PICHONNAZ, p. 144.

⁸⁵ Voir AESCHIMANN, p. 20 s. et les avis doctrinaux présentés.

difficile de défendre un comportement potentiellement déloyal de la part de l'utilisateur des conditions générales au motif, qu'en cas de litige, une clause défavorable au consommateur serait simplement compensée par une autre clause lui étant favorable.

KOLLER TH. estime que seules les clauses qui présentent un lien matériel entre elles peuvent être valablement liées dans l'examen du déséquilibre contractuel, et ainsi permettre une éventuelle compensation entre une clause favorable et une clause défavorable au consommateur⁸⁶. Cette approche permet selon nous de concilier l'argument éthique avec l'argument de l'analyse globale du déséquilibre. En effet, la compensation d'une clause défavorable avec une clause favorable deviendrait à notre sens admissible à la condition qu'il existe un lien matériel entre ces clauses. Le critère déterminant pour statuer sur l'existence d'un déséquilibre contractuel resterait toutefois global, en fonction du contenu du contrat, le cas échéant après compensation des clauses présentant un lien matériel entre elles⁸⁷.

ac) Le déséquilibre matériel et formel des prestations contractuelles

Le déséquilibre contractuel peut enfin prendre la forme d'un déséquilibre matériel ou formel.

Le déséquilibre contractuel sera matériel si, formellement, les droits et obligations sont répartis de manière identique mais que leurs effets s'avèrent différents pour les parties⁸⁸. Le déséquilibre sera en revanche formel s'il peut être constaté à la seule lecture de la clause en question, en fonction de son contenu⁸⁹. Comme déséquilibre formel, l'on songe en particulier à la mention d'un délai de résiliation contractuel plus long pour le consommateur que pour le professionnel⁹⁰.

e) La contrariété à la bonne foi

Le dernier élément constitutif de l'art. 8 LCD – très discuté⁹¹ – est la contrariété à la bonne foi.

Il est en particulier controversé de savoir si le critère de la contrariété à la bonne foi constitue effectivement un élément constitutif indépendant de l'art. 8 LCD. La majorité de la doctrine considère que tel n'est pas le cas⁹².

⁸⁶ KOLLER TH., p. 28.

⁸⁷ Voir KOLLER TH., p. 28 s. ; ég. WIDMER, p. 131 ss.

⁸⁸ KOLLER TH., p. 28 s.

⁸⁹ THOUVENIN, p. 10.

⁹⁰ KOLLER TH., p. 28 ; voir également KUONEN, p. 14 ss, qui dresse une liste de clauses susceptibles de créer une disproportion notable entre droits et obligations des parties. THOUVENIN, p. 10.

⁹¹ Pour une vive critique de cet élément constitutif, voir KUONEN, p. 20 ss.

⁹² Voir not. AESCHIMANN, p. 26 ss.

GOBET estime par exemple qu'il convient « *de présumer qu'une disproportion notable est contraire à la bonne foi* »⁹³, ce qui revient à diluer le critère de la bonne foi dans celui de l'examen de l'existence d'un déséquilibre contractuel. KOLLER TH. abonde dans le même sens, en niant également une portée propre au critère de la contrariété à la bonne foi. Selon lui, la bonne foi serait plutôt un critère d'appréciation du déséquilibre contractuel entre les parties⁹⁴.

Selon nous, le critère de la bonne foi n'est *pas indépendant*. Il doit être intégré dans l'analyse du déséquilibre contractuel global, ce qui permet en définitive de tenir compte de l'ensemble des circonstances entourant la conclusion du contrat dont les conditions générales sont soumises au contrôle de l'art. 8 LCD. Une telle approche permet en particulier d'intégrer dans le contrôle des éléments factuels, comme l'accessibilité des conditions générales pour le consommateur, qui ne seraient pas directement inclus dans l'analyse du déséquilibre contractuel, qu'il soit matériel ou formel⁹⁵.

Par ailleurs, si le critère de la bonne foi venait à être considéré comme un élément constitutif indépendant – donc cumulatif – d'application de l'art. 8 LCD, certains résultats inattendus seraient susceptibles d'être constatés⁹⁶. L'applicabilité même de l'art. 8 LCD pourrait ainsi en définitive – du moins théoriquement – être niée, même en cas de disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat, si ce déséquilibre venait à être considéré comme conforme à la bonne foi ; tel n'est manifestement pas la *ratio legis* de l'art. 8 LCD.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que la prise en compte d'éléments factuels, concrets, dans le cadre du contrôle de l'élément de la contrariété à la bonne foi risque de se heurter au principe d'un contrôle abstrait strict des conditions générales⁹⁷. En effet, le contrôle abstrait s'effectue précisément sans considération d'éléments concrets, telles que les circonstances entourant la conclusion du contrat⁹⁸. A nouveau, il appartiendra donc à la jurisprudence de définir la portée des différents éléments constitutifs de l'art. 8 LCD afin de parvenir à assurer la cohérence et la sécurité juridique du système de contrôle des conditions générales mis en place par le législateur.

⁹³ GOBET, p. 541.

⁹⁴ KOLLER TH., p. 30 s.

⁹⁵ Voir *supra* II.1.d).cc).

⁹⁶ Voir p. ex. II.2.b).

⁹⁷ Voir *infra* II.2.

⁹⁸ Voir II.2.b) ; par opposition au contrôle formel du consentement du consommateur, voir *infra* II.3.a) et II.3.b).

2) Le contrôle abstrait des conditions générales

a) En général

L'art. 8 LCD prévoit un contrôle abstrait des conditions générales, en fonction du critère du « consommateur moyen »⁹⁹. L'art. 8 LCD permet donc un contrôle général, abstrait et ouvert¹⁰⁰ des conditions générales, non seulement pour le consommateur directement concerné, mais également par tout consommateur potentiel (voir art. 10 al. 1 LCD).

Les art. 10 al. 2 ss LCD confèrent en outre la qualité pour agir à certaines organisations (p. ex. associations professionnelles, de protection de consommateur, etc., dont les statuts les autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres), voire à la Confédération¹⁰¹, qui pourront alors requérir du juge l'interdiction, la cessation ou la constatation du caractère illicite du comportement déloyal, ainsi que la publication du jugement, mais pas des dommages-intérêts.

Le contrôle abstrait des conditions générales démontrerait que la volonté protectionniste du législateur suisse l'emporte sur le principe de la liberté contractuelle en droit privé ; sur ce point, le libéralisme économique cède le pas au protectionnisme¹⁰².

b) La conséquence

Concrètement, le contrôle général et abstrait des conditions générales selon l'art. 8 LCD entraîne la conséquence suivante :

Une interprétation subjective des conditions générales, conformément à la théorie de la volonté, n'est pas possible dans le cadre de l'art. 8 LCD. Les conditions générales doivent s'interpréter de façon objective uniquement, conformément au principe de la confiance¹⁰³.

Une telle interprétation objectivée est toutefois susceptible de rendre la délimitation avec l'élément constitutif de la contrariété à la bonne foi pour le moins ardue, voire même de se confondre avec celle-ci. En effet, comme l'écrit VISCHER :

⁹⁹ Voir VISCHER, AGB-Kontrolle nach UWG, p. 968 ss.

¹⁰⁰ La notion de « contrôle ouvert » se définit par opposition à celle de « contrôle caché » du contenu du contrat. Le contrôle caché du contrat se réfère à la règle de l'insolite, qui, d'après la doctrine, permet en réalité un contrôle caché du contenu du contrat, sous couvert du critère du contrôle du consentement du consommateur. A ce sujet, voir CARRON, p. 125.

¹⁰¹ A ce sujet, VISCHER, AGB-Kontrolle nach UWG, p. 969.

¹⁰² Voir *supra* I.1.

¹⁰³ VISCHER, AGB-Kontrolle nach UWG, p. 970.

« *Treu und Glauben verletzt ein Verwender dann, wenn er durch die Ausgestaltung der AGB den freien Wettbewerb unter den beteiligten Akteuren und dessen Steuerungs-, Verteilungs-, Auslese-, Belohnungs-, Innovations- und Machtverteilungsfunktion verfälscht, oder wenn er durch die Ausgestaltung der AGB kein faires Wettbewerbsverhalten im Sinne eines moralischen Geschäftsverhaltens im Interesse aller am Wettbewerb beteiligten Akteure an den Tag legt* »¹⁰⁴.

L'application d'un contrôle abstrait trop rigide pourrait donc s'avérer délicate, lorsque le contrôle des conditions générales est soulevé dans un cas concret par le consommateur directement concerné. En particulier, lors de l'analyse de l'élément constitutif du déséquilibre contractuel¹⁰⁵, il sera probablement inévitable de tenir malgré tout compte des circonstances concrètes entourant la conclusion du contrat avant de constater ce déséquilibre¹⁰⁶, même si l'interprétation abstraite doit en premier lieu se référer au critère du consommateur moyen.

A nouveau, il appartiendra à la jurisprudence de délimiter de façon précise les critères d'évaluation et d'analyse de l'art. 8 LCD. Il semble toutefois incontestable, compte tenu du but de la LCD, que l'aspect objectif (ou abstrait) de l'analyse devra néanmoins prédominer.

3) La délimitation de l'art. 8 LCD avec la règle de l'insolite

a) En général

L'adoption de l'art. 8 LCD soulève la question de sa délimitation avec la règle jurisprudentielle dite de l'insolite ou de l'inhabituel (*Ungewöhnlichkeitsregel*). Il est en effet admis que cette dernière subsiste, malgré l'adoption du nouvel art. 8 LCD¹⁰⁷.

En vertu de cette règle, sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales, toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée¹⁰⁸. Une clause doit être considérée comme inhabituelle lorsqu'elle est surprenante, particulièrement onéreuse ou étrangère à l'affaire et qu'elle modifie essentiellement la nature de l'affaire ou sort notablement du cadre légal d'un type de contrat¹⁰⁹.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 976.

¹⁰⁵ Voir *supra* II.1.d).

¹⁰⁶ Voir not. CARRON, p. 150 s.

¹⁰⁷ KUONEN, p. 24.

¹⁰⁸ Voir not. ATF 138 III 411, consid. 3.1 et ATF 119 II 443, consid. 1.

¹⁰⁹ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 109, qui fait référence à l'arrêt du 4A.120/2008 du 19.5.2008.

La règle de l'insolite concerne la question du *consentement* donné par la partie inexpérimentée à l'intégration au contrat de clauses inhabituelles. Elle ne signifie pourtant pas qu'une clause est insolite du seul fait qu'elle est inhabituelle, encore faut-il que l'attention de la partie faible n'ait pas été spécialement attirée sur cette clause¹¹⁰. Autrement dit, une clause insolite peut être tout à fait valable, à la condition qu'elle soit suffisamment mise en évidence pour la partie faible. En ce sens, la règle de l'insolite, pour reprendre KUONEN, « traite un problème d'information sur le contenu du contrat, soit un problème de consentement que l'on pourrait qualifier de formel »¹¹¹.

b) Les éléments de la distinction

Si la règle de l'insolite concerne la question du consentement « éclairé » de la partie inexpérimentée à certaines clauses contractuelles, l'art. 8 LCD vise, quant à lui, un problème de *contenu* du contrat¹¹².

Une clause peut ainsi être abusive au sens de l'art. 8 LCD, indépendamment de son caractère inhabituel, et même si l'attention du consommateur a été spécialement attirée sur cette clause ; là où la règle de l'inhabituel exige une information éclairée de la partie faible à l'intégration de la clause, l'art. 8 LCD se concentre en effet directement sur le contenu de celle-ci afin, le cas échéant, de la déclarer comme abusive¹¹³.

En outre, l'élément caractéristique de l'art. 8 LCD est la disproportion notable et injustifiée des droits et obligations entre le professionnel et le consommateur. Dans la règle de l'insolite, une telle disproportion n'est pas nécessaire en soi, même si le but de l'intégration d'une clause insolite par l'utilisateur des conditions générales est évidemment souvent d'obtenir un avantage contractuel en sa faveur. Il en découle que la règle de l'insolite n'admet pas une compensation des clauses¹¹⁴, puisqu'elle ne se concentre pas directement sur l'équilibre – respectivement le déséquilibre – matériel entre les parties au contrat.

Au demeurant, la règle de l'insolite est susceptible de s'appliquer à tous les contrats, alors que l'art. 8 LCD demeure limité aux contrats conclus avec des consommateurs¹¹⁵.

En revanche, tant la règle de l'insolite que l'art. 8 LCD cèdent le pas devant une clause individuellement négociée, même avec un consommateur¹¹⁶. Il n'y a alors plus de place pour ces deux correctifs au principe de la liberté contractuelle et de

¹¹⁰ Voir VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 109 ss.

¹¹¹ KUONEN, p. 24.

¹¹² *Ibid.*, p. 24.

¹¹³ Voir II.1.d) et II.2.

¹¹⁴ GOBET, p. 540.

¹¹⁵ KUONEN, p. 25.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 25.

l'autonomie de la volonté (voir art. 19 CO). Dans ce cas, le libéralisme économique reprend le dessus et limite le protectionnisme conféré à la partie faible par l'Etat et ses institutions judiciaires.

III. Les sanctions et conséquences d'une violation de l'art. 8 LCD

De la même manière que le sont les comportements abusifs visés aux art. 2 ss LCD, l'usage de conditions générales abusives est sujet aux sanctions civiles de l'art. 9 LCD¹¹⁷. Ces sanctions visent avant tout à condamner *l'atteinte à la concurrence loyale*. En revanche, la violation de l'art. 8 LCD n'est pas sanctionnée pénalement comme le seraient d'autres comportements abusifs (cf. art. 23 ss LCD).

En sus des *sanctions civiles* de l'art. 9 LCD (1.), l'usage de conditions générales abusives au sens de l'art. 8 LCD entraîne également des *conséquences civiles* (2.), d'une part sur l'objet du contrat et, d'autre part, sur la relation contractuelle entre le consommateur lésé et son cocontractant.

1) Les sanctions de l'art. 9 LCD

L'usage de conditions générales abusives demeure sujet aux sanctions civiles de la LCD prévues à l'art. 9 LCD. Ainsi, le recours à cette disposition permet au consommateur, qui s'estimerait lésé par l'usage de conditions générales abusives, d'une part de demander au juge qu'il interdise, fasse cesser ou constate le caractère illicite de l'usage des conditions concernées, et, d'autre part, d'intenter une action en dommages-intérêts et en réparation du tort moral ou de demander à ce que le jugement soit publié¹¹⁸.

En parallèle à la révision de la LCD, le législateur a doté la Confédération suisse – par l'intermédiaire du SECO¹¹⁹ – de la possibilité d'intenter les actions prévues

¹¹⁷ BIERI, p. 58 ; CARRON, p. 151.

¹¹⁸ SHK UWG-JUNG *et al.*, art. 9, p. 685 ; PICHONNAZ, p. 143 ; KUONEN, p. 28 ; CARRON, p. 151 ; BIERI, p. 58 ; voir ég. DUPONT, p. 135, qui voit dans la publication du jugement un intérêt prépondérant à l'action de l'art. 9 LCD.

¹¹⁹ Le SECO a publié, en avril 2013, des statistiques concernant le nombre de réclamations, d'avertissements et de plaintes pénales déposées, lesquelles font ressortir les chiffres suivants : sur 4'883 réclamations de particuliers ou d'entreprises, seulement 11 concernaient le recours à des clauses abusives. Sur ces 11 réclamations reçues, le SECO n'a adressé aucun avertissement aux entreprises concernées (SECO, Statistiques concernant le nombre de réclamations, d'avertissements et de plaintes, avril 2014, disponible sur

aux art. 9 al. 1 et al. 2 LCD, à l'égard notamment de l'utilisateur de conditions générales abusives, pour autant, notamment, que des intérêts collectifs soient menacés ou subissent une atteinte (art. 10 al. 3 LCD)¹²⁰.

a) L'interdiction, la cessation ou la constatation du caractère illicite (art. 9 al. 1 LCD)

Le consommateur peut requérir du juge qu'il interdise l'usage des conditions générales abusives, le fasse cesser, ou en constate le caractère illicite (art. 9 al. 1 LCD). Ainsi, le consommateur dispose d'un moyen efficace de priver les clauses concernées de leurs effets juridiques¹²¹.

En particulier, l'action en interdiction sert la possibilité pour le consommateur d'agir « en amont » de l'utilisation effective des conditions générales par le professionnel. Cette possibilité offerte par l'art. 9 al. 1 LCD soutient, de cette manière, la position des auteurs qui considèrent que la notion d'emploi des conditions générales recouvre également la notion d'utilisation potentielle ou abstraite, p. ex. au stade de l'offre, avant la conclusion effective du contrat¹²².

L'effectivité de l'action en interdiction doit, à notre avis, être nuancée. Sous l'angle strict du principe de la liberté contractuelle, le recours à une action visant à faire interdire l'usage futur de conditions générales, alors même que le contrat n'est pas encore conclu, est susceptible de mettre en péril la conclusion même de ce dernier¹²³. Partant, pour des questions pratiques, le recours à l'action en cessation ou en constatation du caractère illicite de l'usage des clauses abusives devrait demeurer la règle.

b) La publication du jugement (art. 9 al. 2 LCD)

Trop souvent négligée dans la pratique, l'action en publication du jugement (art. 9 al. 2 LCD) comporte un effet dissuasif conséquent qui, dans le cadre d'une violation de l'art. 8 LCD, est susceptible de prendre une certaine importance. En effet, le caractère préventif de cette mesure dépasse la simple protection du consommateur, puisqu'elle vise également, par la mauvaise publicité dégagee, le respect, par les milieux concernés, d'une concurrence loyale¹²⁴.

<<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30171.pdf>> (dernière consultation : 9.12.2015).

¹²⁰ Voir not. KUONEN, p. 28 ; BIERI, p. 58.

¹²¹ SHK UWG-JUNG *et al.*, art. 9, p. 713 ss ; CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 9, p. 552 s.

¹²² Voir *supra* II.1.b) ; ég. CARRON, p. 145.

¹²³ A cet effet, nous renverrons aux développements liés au principe *take it or leave it* énoncé dans le cadre de la notion de conditions générales, voir *supra* II.1.a).

¹²⁴ SHK UWG-JUNG *et al.*, art. 9, p. 722 ; voir ég. DUPONT, p. 135.

L'action en publication du jugement est indépendante de toute faute du professionnel. Elle suppose néanmoins, outre l'existence d'un comportement déloyal, un intérêt particulier de celui qui la demande. Par conséquent, la publication du jugement ne peut pas reposer sur un intérêt strictement privé. Au contraire, puisqu'elle vise à rétablir une situation de concurrence loyale, elle nécessite un intérêt étendu à un large cercle de personnes¹²⁵.

Toutefois, en présence de conditions générales abusives, qui ont vocation à toucher un large cercle de consommateurs, l'intérêt à la publication du jugement sera, dans la plupart des cas, donné. Cette considération est renforcée par l'effet dissuasif souhaité par l'introduction de l'art. 8 LCD dans sa version révisée¹²⁶.

Cette volonté de publicité s'intègre également dans le cadre la légitimation active octroyée à la Confédération d'intenter une action en publication du jugement contre l'utilisateur de conditions générales (cf. art. 10 al. 3 LCD)¹²⁷.

Ainsi, la publication du jugement constitue, à notre sens, une véritable alternative aux autres sanctions de la LCD, puisqu'elle permet une information générale du public face aux comportements déloyaux dans l'utilisation de conditions générales. Néanmoins, nous sommes d'avis qu'une telle publication ne devra trouver sa place que lorsque le professionnel refuse spontanément de modifier sa pratique à l'égard des consommateurs¹²⁸.

c) Les dommages-intérêts et la réparation du tort moral (art. 9 al. 3 LCD)

Le consommateur lésé par l'usage de conditions générales abusives dispose d'une action en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, sur la base des dispositions générales du Code des Obligations (cf. art. 9 al. 3 LCD).

Sans entrer dans le détail des conditions de l'action en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral¹²⁹, qui n'ont pas leur place dans cette contribution, nous nous contenterons de mentionner que, de manière générale, la condition d'illicéité ressort de l'art. 2 LCD et sera donnée, en présence de conditions générales abusives, remplissant les conditions données par l'art. 8 LCD¹³⁰.

¹²⁵ SHK UWG-JUNG *et al.*, art. 9, p. 722.

¹²⁶ Voir *supra* I.2. et ég. III.2.b).aa), s'agissant des développements relatifs à l'effet dissuasif de la sanction de nullité ; SHK UWG-JUNG *et al.*, art. 9, p. 722.

¹²⁷ Voir ég. BIERI, p. 58 et 60 s.

¹²⁸ Sur la question des coûts liés à une telle publication, cf. not. SHK UWG-JUNG *et al.*, art. 9, p. 724 et les références citées.

¹²⁹ Pour plus de détails voir MÜLLER, *passim*.

¹³⁰ CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 9, p. 553 ss ; SHK UWG-JUNG *et al.*, art. 9, p. 728 ss.

Toutefois, il reviendra au consommateur de démontrer le dommage qu'il a subi de l'utilisation des conditions générales concernées, ainsi que le lien de causalité naturelle et adéquate entre ce dommage et l'utilisation des conditions abusives¹³¹.

2) Les conséquences civiles d'une violation de l'art. 8 LCD

a) La nullité partielle des clauses abusives

Outre les sanctions expressément prévues par le législateur à l'art. 9 LCD¹³², l'usage de conditions générales abusives emporte également certaines conséquences civiles¹³³.

Ainsi, malgré le silence de la loi, la doctrine majoritaire et la jurisprudence constataient, déjà sous l'empire de l'ancien droit, la nullité des clauses abusives¹³⁴. Cette position est reprise par le Conseil fédéral dans son message¹³⁵ et par la doctrine¹³⁶ qui reconnaît que la nullité des clauses abusives prévaut toujours depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2012, de l'art. 8 LCD révisé.

Dans la systématique de la loi, cette nullité se justifie par le biais de l'art. 2 LCD, qui consacre l'illicéité des comportements abusifs, et de l'art. 20 CO, qui déclare nul le contrat dont l'objet serait illicite¹³⁷.

Toutefois, la nullité ne portera pas sur le contrat dans son ensemble¹³⁸. En effet, la nature des conditions générales exclut l'hypothèse visée par l'art. 20 al. 2 *in fine* CO (« [...] à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles »). Aussi, la doctrine plaide d'une seule voix en faveur d'une intervention limitée à la nullité partielle du contrat et des conditions générales¹³⁹.

¹³¹ Pour plus de détails, voir not. CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA, art. 9, p. 553 ss ; SHK UWG-JUNG *et al.*, art. 9, p. 728 ss.

¹³² Voir *supra* III.1.

¹³³ CARRON, p. 151 ; BIERI, p. 57 ; DUPONT, p. 134.

¹³⁴ SCHWENZER, p. 338, n° 46.09 ; KOLLER A., n° 76 ; FATZER/HASENBÖHLER, p. 197 ; *contra* : KUONEN, p. 31, qui estime que la conséquence de nullité est incohérente avec la partie générale du droit des obligations.

¹³⁵ Message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 5539, p. 5568, qui mentionne que « les violations de l'art. 8 LCD entraînent la nullité des clauses concernées ».

¹³⁶ BIERI, p. 57 ; HESS/RUCKSTUHL, p. 1210 ; PICHONNAZ, p. 144 ; CARRON, p. 143.

¹³⁷ Message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 5539, p. 5568 ; WERRO/PICHONNAZ, p. 193 ss ; PICHONNAZ, p. 144. *Contra* : KUONEN, p. 29, qui soutient l'inefficacité des clauses abusives par le biais de l'action en interdiction ou en cessation de l'art. 9 al. 1 LCD qui permet d'obtenir un résultat analogue.

¹³⁸ BIERI, p. 57, qui admet la nullité partielle du contrat.

¹³⁹ Voir à cet effet, BIERI, p. 57 ; KUONEN, p. 30 ; é.g. CARRON, p. 152, qui ne reconnaît, à raison, que la nullité partielle.

Ainsi, la nullité ne viserait que les seules clauses dont le caractère abusif aura été constaté¹⁴⁰.

Ce résultat est à saluer ; il met en balance les intérêts du consommateur et du professionnel¹⁴¹, puisqu'il ne limite pas, en soi, l'usage des conditions générales, lesquelles offrent, en pratique, des avantages économiques certains et incontestables pour les deux parties¹⁴². On notera, par exemple, le gain de temps dans la négociation individuelle du contrat ou la réduction générale du coût lié à la gestion globale des contrats récurrents et identiques. La doctrine admet par ailleurs que les conditions générales sont aujourd'hui devenues incontournables et indispensables¹⁴³.

En outre, le but du contrôle de l'art. 8 LCD demeure le maintien d'une concurrence loyale sur le marché par le biais de conditions générales non-abusives, mais ce contrôle ne vise pas une restriction plus générale du recours aux conditions générales¹⁴⁴.

Enfin, la volonté du législateur de limiter le contrôle des conditions générales à leurs seuls aspects abusifs vient encore justifier, à notre avis, une nullité limitée aux seules clauses effectivement abusives, sans que cette nullité ne vienne remettre en cause, d'une part, les clauses non abusives contenues dans les conditions concernées, et d'autre part, le contrat dans son entier¹⁴⁵.

b) La réduction des clauses abusives

L'opinion est nettement moins tranchée quant à la possibilité, pour le juge, de « réduire » une clause abusive à un niveau admissible, qui tomberait hors du champ d'application de l'art. 8 LCD¹⁴⁶.

A titre préalable, nous rappellerons que la problématique de la réduction des clauses abusives doit être distinguée de celle de la compensation des clauses. Cette dernière intervient au stade de l'examen de l'applicabilité de l'art. 8 LCD – sous l'angle de la vérification de l'élément constitutif du déséquilibre contractuel¹⁴⁷. En revanche, la question de la réduction d'une clause abusive n'intervient qu'au stade

¹⁴⁰ Voir dans ce sens, CARRON, p. 152 ; ég. KUONEN, p. 30, qui relève que l'accessorité des conditions générales impliquera, dans la plupart des cas, une nullité partielle du contrat.

¹⁴¹ Sur les buts du droit de la consommation au sens large, voir not. MARCHAND, Droit de la consommation, p. 33 ss.

¹⁴² MARCHAND, Droit de la consommation, p. 140.

¹⁴³ PICHONNAZ/FORNAGE, p. 285.

¹⁴⁴ KUONEN, p. 3.

¹⁴⁵ Voir not. CARRON, p. 152 ; BIERI, p. 57, qui partagent le même avis ; ég. KUONEN, p. 30.

¹⁴⁶ En faveur d'une réduction : KUONEN, p. 29 ; ég. MARCHAND, Art. 8 LCD, qui estime que la réduction est une mesure plus favorable au consommateur que la nullité ; *contra* : CARRON, p. 152 ; PICHONNAZ/FORNAGE, p. 290 ; BIERI, p. 57 ; FORNAGE, n° 1028.

¹⁴⁷ Voir *supra* II.1.d).

des conséquences d'une violation de l'art. 8 LCD et suppose dès lors que la clause en question ait été, au préalable, reconnue comme abusive¹⁴⁸.

A titre d'exemple, KUONEN soulève la question de la réduction du taux d'intérêts moratoires¹⁴⁹. Ainsi, le juge est-il en mesure de réduire le taux d'intérêt moratoire abusif – par hypothèse contenu dans des conditions générales – dans une mesure qu'il estime raisonnable (p. ex. en réduisant le taux) ou doit-il simplement constater la nullité de la clause en question et s'en tenir aux règles légales qui fixent le taux d'intérêt moratoire à 5% (art. 104 CO) ?

La question de l'admissibilité de la réduction des clauses abusives est débattue en doctrine. D'aucuns prônent l'inadmissibilité d'une telle réduction (aa), d'autres son admissibilité (bb). La controverse n'a toutefois pas nécessairement lieu d'être (cc.).

aa) L'inadmissibilité d'une réduction

Une majorité d'auteurs¹⁵⁰ estime que toute forme de réduction ou de correction des conditions générales doit être écartée, puisqu'elles viendraient ruiner la protection du consommateur nouvellement instaurée par le législateur¹⁵¹. En effet, admettre la possibilité de réduire ou de corriger les conditions générales abusives contreviendrait alors à la lettre et à l'esprit de la loi en fournissant au professionnel recourant à des clauses abusives une échappatoire¹⁵².

Cette opinion doctrinale est reprise notamment par la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans le cadre de la règle de l'insolite, et par la Cour de Justice de l'Union européenne. Toutefois, bien que le Tribunal fédéral ait refusé toute possibilité de réduction d'une clause dite insolite¹⁵³, les Juges de Mon-Repos n'ont, à l'heure actuelle, pas eu l'opportunité de se prononcer sur l'admissibilité d'une réduction des clauses abusives sous l'angle de l'art. 8 LCD. En revanche, la Cour de Justice de l'Union européenne a reconnu que la législation nationale espagnole qui admettait la possibilité de réduire les clauses abusives contrevenait à la directive européenne 93/13/CEE¹⁵⁴. Ainsi, toute forme de réduction des conditions générales abusives est formellement interdite au sein de l'Union qui ne reconnaît que leur nullité.

¹⁴⁸ Voir *supra* II.1.

¹⁴⁹ KUONEN, p. 29, qui fait référence not. à l'arrêt de la CJUE du 13.3.2013, *Aziz*, C-415/11.

¹⁵⁰ CARRON, p. 152 ; PICHONNAZ/FORNAGE, p. 290 ; BIERI, p. 57 ; FORNAGE, n° 1028 et les références citées.

¹⁵¹ BIERI, p. 57 ; PICHONNAZ/FORNAGE, p. 290 ; PICHONNAZ, p. 144 ; voir ég. KUONEN, p. 29.

¹⁵² BIERI, p. 57.

¹⁵³ Arrêt du TF 4A_404/2008 du 18.12.2008, consid. 5.6.3.2.1.

¹⁵⁴ Arrêt de la CJUE du 14.6.2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 : « par ces motifs, la Cour (première chambre) dit en droit : [...] ; 2. L'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprétée en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un Etat membre [...] qui permet au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause ».

L'inadmissibilité d'une réduction des conditions générales abusives revêt dès lors le caractère d'une sanction ferme à l'égard de l'utilisateur de conditions générales, et ce, dans le but d'en maintenir l'effet dissuasif¹⁵⁵. En effet, les opposants à la réduction des clauses abusives craignent que cette réduction, par le juge, ne conduise un recours, encore plus marqué, à des conditions générales volontairement abusives, puisque le professionnel qui adopterait un tel comportement ne prendrait que le risque de se voir réduire dans ses droits à un maximum admissible, sans craindre les conséquences d'une nullité des clauses concernées¹⁵⁶.

En effet, la nullité implique la création d'une lacune dans le contrat qu'il appartient au juge de combler, en se fondant, de manière générale, sur le droit dispositif¹⁵⁷.

En ce sens, la position adoptée par la doctrine majoritaire penche manifestement en faveur de la protection du consommateur.

ab) L'admissibilité d'une réduction

Un second courant doctrinal, plus minoritaire, adopte une approche différente, qui tend à admettre la réduction des clauses abusives à un maximum admissible¹⁵⁸.

Ainsi, KUONEN, qui qualifie d'« *envol manqué du phénix* »¹⁵⁹ le résultat du contrôle abstrait des conditions générales, met en avant les difficultés pratiques que posent le recours à la nullité – sans passer par la case réduction – dans son interaction avec le droit des obligations actuel¹⁶⁰.

En effet, il retient, d'une part, qu'il existe déjà certains mécanismes de réduction de clauses, tels que la réduction de la clause pénale de l'art. 163 CO ou la réduction des frais excessifs du mandataire de l'art. 406h CO¹⁶¹.

D'autre part, il constate que l'effet dissuasif recherché par le législateur et par les partisans d'une inadmissibilité de la réduction des clauses abusives semble atteint par le biais des autres sanctions prévues par l'art. 9 LCD¹⁶², en particulier la publication du jugement.

Ainsi, une approche de l'art. 8 LCD qui plaiderait en faveur de la liberté économique reviendrait à admettre la possibilité d'une réduction des clauses abusives, dans l'intérêt, nous dit MARCHAND¹⁶³, du consommateur.

¹⁵⁵ PICHONNAZ, p. 144 ; CARRON, p. 152.

¹⁵⁶ CARRON, p. 152 ; KUONEN, p. 29.

¹⁵⁷ PICHONNAZ, p. 144 ; CARRON, p. 152 ; KUONEN, p. 29.

¹⁵⁸ KUONEN, p. 29 ; MARCHAND, Art. 8 LCD, p. 331.

¹⁵⁹ KUONEN, p. 1.

¹⁶⁰ Voir KUONEN, p. 29 ss.

¹⁶¹ KUONEN, p. 29.

¹⁶² KUONEN, p. 29 ss ; voir ég. III.1.

¹⁶³ MARCHAND, Art. 8 LCD, p. 331.

ac) Une controverse qui n'a pas lieu d'être ?

La question du recours systématique à la nullité des clauses abusives ou de l'admissibilité de leur réduction est controversée¹⁶⁴. Le Conseil fédéral le soulève dans son message¹⁶⁵.

A notre sens, cette controverse n'a pas lieu d'être. D'une part, la doctrine majoritaire semble faire de la nullité une conséquence inévitable de l'usage de conditions générales abusives¹⁶⁶. D'autre part, la jurisprudence européenne, dont l'influence sur les développements de la protection du consommateur en Suisse reste importante, condamne fermement le recours à un quelconque mécanisme de réduction¹⁶⁷.

Partant, on voit mal, en l'état, la raison qui pousserait le Tribunal fédéral à s'écarter de la solution retenue dans le cadre de la règle de l'insolite, à savoir l'inadmissibilité de la réduction d'une clause¹⁶⁸, lorsqu'il se penchera sur la question de l'admissibilité de la réduction des clauses abusives.

Conclusion

L'art. 8 LCD, dans sa version révisée au 1^{er} juillet 2012, se voulait la solution pour permettre un contrôle efficace des conditions générales. Tel que le relève la plupart des auteurs s'étant penchés sur le sujet, cette solution s'avère quelque peu nuancable. En effet, le *statu quo* qui s'est installé depuis lors laisse présager un avenir tumultueux au contrôle abstrait des conditions générales en Suisse¹⁶⁹.

En réalité, il est intéressant de constater que cette nouvelle étape dans la protection du consommateur pourrait malgré tout continuer à laisser une place importante au libéralisme économique. Nous entrevoyons ainsi une concrétisation potentiellement double de l'art. 8 LCD : l'une directe, l'autre indirecte. Elle serait directe lors de la mise en œuvre de cette disposition par les Tribunaux ; indirecte, de par le jeu de la concurrence entre utilisateurs de conditions générales, en encourageant ces derniers à limiter l'usage de conditions générales défavorables au consommateur. L'absence de conditions générales abusives nous semble en effet constituer un argument économique et marketing non négligeable.

¹⁶⁴ Voir not. KUONEN, p. 29.

¹⁶⁵ Message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 5539, p. 5568.

¹⁶⁶ Voir *supra* III.2.a) et les renvois doctrinaux y figurant.

¹⁶⁷ Voir *supra* III.2.b).(aa) ; é.g. arrêt de la CJUE du 14.6.2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10.

¹⁶⁸ Arrêt du TF 4A_404/2008 du 18.12.2008, consid. 5.6.3.2.1.

¹⁶⁹ Selon les termes de KUONEN, p. 1, qui compare la situation actuelle à « *l'envol manqué du phénix* ».

Enfin, alors que le contrôle abstrait des conditions générales en Suisse se voulait initialement distant des développements européens, il ne manquera à notre avis pas de suivre un avenir tout tracé par la Cour de Luxembourg ; les diverses considérations européennes influenceront inexorablement le développement de la jurisprudence helvétique. Entre protectionnisme et libéralisme économique, la balle est dans le camp des Juges de Mon-Repos, mais, au final, la balle n'a-t-elle déjà pas changé de camp ?

Bibliographie

- AESCHIMANN LISA, Rundgang durch Art. 8 UWG, *in* : Jusletter du 1^{er} septembre 2014
- BIERI LAURENT, Le contrôle judiciaire des conditions générales : réflexions sur le nouvel article 8 LCD, *in* : BOHNET FRANÇOIS (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Bâle 2012, p. 47-61
- BÜYÜKSAGIS ERDEM, La bonne foi dans l'article 8 LCD : un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales "soi-disant" négociées ?, *in* : AJP/PJA 2012, p. 1393-1411
- CARRON BLAISE, La protection du consommateur lors de la formation du contrat, *in* : CARRON BLAISE/MÜLLER CHRISTOPH (édit.), Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Bâle 2013, p. 95-158
- DUPONT ANNE-SYLVE, Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance, *in* : BOHNET FRANÇOIS (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Bâle 2012, p. 99-142
- FATZER PETER/HASENBÖHLER FRANZ, Contrôle du contenu des CG : les entreprises doivent-elles agir ?, *in* : LENGAUER DANIEL/REZZONICO GIORDANO (édit.), Perspectives et risques de nouveautés juridiques 2011/2012, Zurich 2012, p. 195-200
- FERRARI HOFER LORENZA/VASELLA DAVID, Kommentar ad Art. 9-15 UWG, *in* : AMSTUTZ MARC (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse : KKG, FusG, UWG und PauRG, Zurich 2012
- FORNAGE ANNE-CHRISTINE, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant : étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand, thèse Fribourg, Berne 2011
- FURRER ANDREAS, Eine AGB-Kontrolle in der Schweiz ?, *in* : HAVE/REAS 2011, p. 324-328
- GOBET MARIE-NOËLLE, L'article 8 LCD et les clauses insolites : le point sur les conditions générales, *in* : SCTH/ECS 8/2013, p. 539-541
- GILL LOUIS, Le néolibéralisme, 2^e éd., Chicoutimi 2008, disponible sur http://classiques.uqac.ca/contemporains/gill_louis/neoliberalisme/neoliberalisme.pdf (dernière vérification : 04.04.2016)
- GUILLOCHON BERNARD, Le protectionnisme, Paris 2001

- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG : eine kritische Auslegeordnung, *AJP/PJA* 2012, p. 1188-1212
- JUNG PETER ET AL., Kommentar ad Art. 9 UWG, *in* : JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (édit.), *Stämpfli's Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Berne 2010
- KEYNES JOHN MAYNARD, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, New York/Harcourt/Brace 1936
- KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, 3^e éd., Berne 2009
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG : Eine Auslageordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, *in* : *AJP/PJA* 2014 p. 19-39
- KRAMER ERNST A., *Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht*, Berner Kommentar, VI/1/1, Berne 1986
- KRUGMAN PAUL/OBSTFELD MAURICE/MELITZ MARC, *International economics: theory and policy*, 9^e éd., Boston 2012
- KUONEN NICOLAS, Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du phénix, *in* : *SJ* 2014 II, p. 1-35
- MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD : un léger mieux sur le front des intempéries, *in* : *HAVE/REAS* 2011, p. 328-331 (cité : MARCHAND, Art. 8 LCD)
- MARCHAND SYLVAIN, *Droit de la consommation – le droit suisse à l'épreuve du droit européen*, Genève 2012 (cité : MARCHAND, *Droit de la consommation*)
- MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la concurrence*, Genève/Zurich/Bâle 2012
- MORIN ARIANE, L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation, *in* : OHJA LAUREN/VULLIEMIN PIERRE-FRANÇOIS, *Le droit économique de la consommation dans son contexte économique*, CEDIDAC 83, Lausanne 2009, p. 17-43
- MÜLLER CHRISTOPH, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013
- PARIENTY ARNAUD, Protectionnisme ou libre-échange ?, *in* : *Alternatives économiques* 9/2009 (n° 283), p. 76
- PICHONNAZ PASCAL, Le nouvel art. 8 LCD : droit transitoire, portée et conséquences, *in* : *BR/DC* 2012, p. 140-145
- 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, *in* : *SJZ/RSJ* 106/2010, p. 285-293
- ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, *in* : *recht* 2014, p. 49 -65
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen : Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, *in* : *ZBJV/RSJB* 148/2012, p. 1-21

- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil, 5^e éd., Berne 2009
- SUTTER GUIDO/LÖRTSCHER FLORIAN, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, *in* : recht 30/2012, p. 93-101
- TERCIER PIERRE/PICHONAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Genève 2012
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG : Zur Strukturierung eines strukturloses Tatbestandes, *in* : Jusletter du 29 octobre 2012 (cité : THOUVENIN)
- THOUVENIN FLORENT, Kommentar ad Art. 8 UWG, *in* : HILTY RETO/ARPAGAU RETO (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bâle 2013 (cité : BSK UWG- THOUVENIN)
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE SANDRA, Le point sur les clauses abusives, *in* : OJHA LAUREN/VULLIEMIN PIERRE-FRANÇOIS (édit.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, CEDIDAC 83, Lausanne 2009, p. 101-132
- VISCHER MARKUS, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen: Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung ?, *in* : SJZ/RSJ 108/2012, p. 177-188 (cité : VISCHER, Freizeichnungsklauseln)
- VISCHER MARKUS, *Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG*, *in* : AJP/PJA 2014, p. 964-976 (cité : VISCHER, AGB-Kontrolle nach UWG)
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, thèse Berne, Zurich/St-Gall 2015
- WERRO FRANZ/PICHONAZ PASCAL, Un reflet de la jurisprudence récente en droit privé européen, *in* : EPINEY ASTRID/FASNACHT TOBIAS (édit.), Annuaire suisse de droit européen 2011/2012, Zurich/Berne 2012, p. 193-228