

L'ARTICLE 8 LCD ET LES CLAUSES INSOLITES

Le point sur les conditions générales

Le présent article traite de l'article 8 LCD, entré en vigueur au 1^{er} juillet 2012. Cet article s'applique en particulier aux contrats conclus avec les consommateurs. Il prévoit que des conditions générales sont déclarées abusives si elles créent pour le consommateur une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat, en violation des règles de la bonne foi. Ces conditions d'application devront être précisées par la jurisprudence.

1. QUELQUES GÉNÉRALITÉS CONCERNANT LES CONDITIONS GÉNÉRALES

Les conditions générales sont des dispositions contractuelles préformulées qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats. Elles sont préparées soit par une entreprise ou un commerçant pour les contrats qu'il conclura ensuite avec l'ensemble de ses clients, soit par des associations professionnelles pour l'ensemble de leurs membres, voire pour l'ensemble d'une branche (p. ex. normes SIA). Elles n'ont de portée contractuelle que dans la mesure où les parties, le sachant et le voulant, les ont intégrées dans leur convention. L'intégration peut se faire expressément, mais aussi tacitement. Les parties doivent avoir eu la possibilité d'en prendre connaissance, même si elles ne les ont pas lues en détail. Les conditions générales intégrées au contrat occupent une place intermédiaire entre les clauses contractuelles particulières, qui ont toujours le pas sur elles, et les règles étatiques supplétives, auxquelles elles se substituent [1]. Elles ne sont aucunement opposables à des tiers qui n'y auraient pas souscrit.

La condition de l'intégration reste valable avec l'article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (RS 241; LCD). Ainsi, en cas d'intégration globale, le tribunal devra toujours se demander si, selon le principe de confiance, l'utilisateur des conditions générales pouvait admettre que l'autre partie acceptait la clause litigieuse [2].

2. LA GENÈSE DE L'ARTICLE 8 LCD

Le nouvel article 8 LCD a été adopté le 17 juin 2011 par le Parlement fédéral et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012. Il a la



MARIE-NOËLLE GOBET,
LIC. JUR., AVOCATE,
FJF FAVRE JURIDIQUE
ET FISCAL SA,
LAUSANNE/VD

teneur suivante, sous le titre marginal «*Utilisation de conditions commerciales abusives*»: «Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi, prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat». Cette disposition s'inspire largement, dans sa formulation, du droit de l'Union européenne, en particulier de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives [3].

La protection contre les conditions générales abusives a trouvé son origine dans la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance [4]. Dans ce cadre-là, l'amélioration de la transparence en matière de droits et obligations des assurés était au cœur des discussions. Comme cette problématique débordait du seul droit des assurances, il a été envisagé de modifier le Code des obligations (CO) avant de finalement inclure ces débats dans la révision de la LCD.

Lors de la modification de la LCD, l'article 10 de la loi a également été remanié, permettant dorénavant à la Confédération, par le biais du Secrétariat d'État à l'économie (SECO), et aux associations de protection des consommateurs d'intervenir directement pour protéger les intérêts des consommateurs.

3. LE RÉGIME DE LA CLAUSE DITE INSOLITE

Si l'intégration des conditions générales se fait de manière globale, sans négociation, il est nécessaire que le texte des conditions générales ne contienne pas de clause insolite. La «règle dite de l'inhabituel ou de l'insolite» (Ungewöhnlichkeitsregel) prévoit que, «en vertu de cette règle, seraient soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, soit inhabituellement onéreuses, soit s'écarter du contenu auquel on pouvait raisonnablement s'attendre». Il s'agit d'une protection de la partie faible au contrat, le consommateur dans la plupart des cas, qui peut en principe seule s'en prévaloir. C'est un moyen d'éviter la déloyauté dans une répartition des droits et obligations qui s'écarterait notablement de celle qui découle de la nature du contrat. Une clause peut être considérée comme insolite si elle est étrangère à la nature même

du contrat, soit en raison de son emplacement, soit en raison de son contenu, et si elle est de nature à surprendre le cocontractant [5].

4. LE CHAMP D'APPLICATION

Concernant le champ d'application matériel, le texte de l'article 8 LCD ne vise que la protection des consommateurs. Or, cette notion n'est pas précisément définie dans la loi. La question, controversée en doctrine, est celle de savoir si les personnes morales peuvent être considérées comme des consommateurs et bénéficiaires de la protection de l'article 8 LCD. En se basant sur l'article 2 alinéa 2 de l'Ordonnance sur l'indication des prix (OIP), il serait envisageable de définir de la même manière le consommateur et de considérer que toute personne, physique ou morale, qui achète une marchandise ou une prestation à titre privé, pour son usage propre, c'est-à-dire sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle, est un consommateur protégé par l'article 8 LCD. Telle est l'opinion d'une partie de la doctrine. La jurisprudence devra permettre d'éclaircir ce point à l'avenir. Reste également ouverte la question de savoir si une personne morale qui agit à des fins non lucratives (p. ex. une association ou une fondation) pourrait également invoquer l'article 8 LCD [6]. En résumé, dans l'attente d'une définition plus précise de la notion de consommateur par la jurisprudence, il y a lieu de retenir que la notion vise dans tous les cas l'acquisition de biens ou de services dans un but étranger à l'activité commerciale de l'acquéreur [7].

Concernant le champ d'application temporel, il faut relever que le principe général de la non-rétroactivité s'applique à toute nouvelle loi. Ainsi, un contrat conclu avant le 1^{er} juillet 2012, auquel sont intégrées des conditions générales, est en principe soumis à l'ancien droit. Cette question a une importance particulière dans le cadre de contrats d'entreprise qui peuvent imposer des obligations sur une très longue période, notamment en lien avec la garantie pour les défauts. Une partie de la doctrine est d'avis que l'article 8 LCD vise à protéger l'ordre public et que cette disposition légale s'applique immédiatement à tous les contrats [8]. D'autres auteurs s'expriment en faveur de la non-rétroactivité de l'article 8 LCD aux contrats conclus avant le 1^{er} juillet 2012 [9].

Depuis le 1^{er} juillet 2012, l'utilisation des normes SIA dans un contrat d'entreprise peut donc tomber sous le coup de l'article 8 LCD, dans la mesure où le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur. Il en est de même des conditions générales des banques et des assurances.

5. LES DEUX PRINCIPALES CONDITIONS D'APPLICATION

5.1 La disproportion notable et injustifiée. La condition de la disproportion notable et injustifiée signifie que le contrat doit être inéquitable pour le consommateur. Dans ce cadre-là, le juge doit prendre en compte toutes les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu. Ainsi, par exemple, si une clause des conditions générales exclut la garantie pour les défauts mais que cette clause est contrebalancée par une réduction suffisamment importante du prix de vente, il n'y aura pas de disproportion notable et injustifiée. La liberté accordée au juge dans ce cadre-là pourrait cependant s'avérer délicate [10].

La condition d'une disproportion notable et injustifiée constitue une différence importante par rapport au régime de la clause insolite dans lequel le juge n'examine pas si la clause insolite est compensée par d'éventuels avantages accordés au consommateur. De plus, la clause insolite est toujours considérée comme injustifiée et n'a pas besoin d'être «notable» au sens de l'article 8 LCD.

Relevons que, par exemple dans le cadre de conditions générales d'assurance, il est difficile de se limiter à un rapport strictement arithmétique entre la valeur économique de la prestation de l'assureur et celle de la contre-prestation (les primes payées) pour juger d'une disproportion. La valeur du risque assuré doit en effet être prise en considération. Par ailleurs, toutes les clauses qui permettent de résilier ou de résoudre unilatéralement le contrat d'assurance ou d'en modifier le contenu de manière importante induisent une disproportion que l'on devrait toujours qualifier de notable et de contraire à la bonne foi, conformément à l'article 8 LCD. Il en serait par principe de même lorsque les conditions générales limitent la couverture d'assurance de telle manière que le contrat n'est finalement plus celui que l'assuré croyait conclure [11]. Il s'agit dès lors d'attendre que la jurisprudence définisse plus préci-

sément dans quels cas le caractère notable et injustifié du désavantage subi par le consommateur entraînerait l'annulation des clauses controversées.

5.2 La contradiction avec les règles de la bonne foi. L'utilisateur de conditions générales doit agir en contradiction avec les règles de la bonne foi. Tel est par exemple le cas lorsqu'il trompe le consommateur ou s'il exploite une situation de faiblesse, comme par exemple le manque d'expérience du consommateur qui n'est pas en mesure de se rendre compte de la portée de son engagement. Un parallèle peut être effectué dans ce cadre-là avec l'article 21 CO [12].

Cette condition pose également de nombreuses questions d'application pratique. En effet, en prenant à nouveau l'exemple de conditions générales d'assurance, il semble difficile de contraindre l'assuré, qui est la partie faible au contrat et qui a déjà le fardeau de démontrer l'existence d'une disproportion notable, à établir en plus que la clause est contraire à la bonne foi. Une telle exigence reviendrait à limiter fortement la protection qui lui est accordée par l'article 8 LCD. Par conséquent, il y aurait lieu de présumer qu'une disproportion notable est contraire à la bonne foi, l'assureur pouvant renverser la présomption en prouvant la légitimité de sa pratique [13]. Un auteur affirme même que le critère de la bonne foi n'est pas une condition supplémentaire d'application de l'article 8 LCD mais que le critère d'évaluation des clauses préformulées réside essentiellement dans le désavantage notable et injustifié, comme c'est le cas en droit européen et dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne [14]. Les premiers arrêts du Tribunal fédéral devraient permettre d'éclaircir ces points.

6. LA SANCTION

La violation de l'article 8 LCD entraîne la nullité des clauses concernées [15]. La doctrine s'est penchée sur la question de savoir s'il s'agissait d'une nullité absolue de toutes les conditions générales ou d'une nullité de la clause abusive uniquement. Elle est arrivée à la conclusion qu'il y a lieu de retenir une nullité partielle, visant les seuls aspects abusifs des conditions générales. En revanche, le juge ne pourra pas adapter la clause pour la rendre compatible avec l'article 8

LCD. L'idée est que, si le juge agissait ainsi, l'article 8 LCD n'aurait que peu d'effet incitatif [16]. Le Tribunal fédéral en fait de même avec les clauses dites insolites. Par conséquent, si une clause tombe en raison de sa nullité, le contrat devra être complété selon les règles usuelles en matière de comblement de lacune [17].

La victime dispose de plusieurs moyens pour sanctionner l'usage de conditions générales abusives:

1. en appeler à un juge pour faire constater l'illicéité de l'atteinte, faire interdire l'usage des conditions générales si l'atteinte est imminente ou la faire cesser si elle est en cours (cf. art. 9 LCD);
2. demander des dommages-intérêts ou la remise du gain conformément au CO.

7. CONCLUSION

Certains contrats du domaine de la construction pourraient par exemple être attaqués par le biais du nouvel article 8 LCD, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012, notamment pour des clauses d'exclusion de responsabilité, de modification unilatérale de contrats ou encore celles imposant des frais supplémentaires [18]. Une attention toute particulière devrait donc être accordée, dans ces domaines, à la rédaction des conditions générales. Dans ce cadre-là, la liste exemplative de clauses contractuelles préformulées réputées abusives jointe à la directive européenne peut présenter une utilité non négligeable.

Il ne faut pas non plus oublier que le régime des clauses insolites subsiste à côté du nouvel article 8 LCD. La nouvelle disposition légale ne couvre en effet pas forcément tous les états de fait pouvant être attaqués par le biais de la clause insolite. Par conséquent, même si l'article 8 LCD ne trouve pas application, les conditions générales peuvent toujours être attaquées sous l'angle de la clause insolite.

Il faut finalement retenir que la modification de la LCD a entraîné la possibilité d'une action intentée par les associations de protection des consommateurs. Ainsi, une telle association pourrait à l'avenir demander un contrôle abstrait des conditions générales d'assurance, par exemple, et contrer par là même le contrôle de force exercé par l'assureur sur ses assurés. ■

Notes: 1) P. Tiercier/P.G. Favre, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., n° 234 ss. 2) L. Bieri, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in: F. Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, n° 7 p. 49. 3) *Journal officiel des Communautés européennes* n° L 095 du 21 avril 1993 p. 29–34. 4) Message du Conseil fédéral du 7 septembre 2011 relatif à la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance, FF 2011 p. 7091 ss. 5) A. Morin, in Thévenoz – Werro (éd.), *Code des obligations I – Art. 1–529 CO*, Commentaire romand, 2^e éd., Art. 1 CO n° 176 ss. 6) P. Pichonnaz, *Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences*, in: DC 1/2012 p. 141 et 142 et la note de bas de page n. 15; cf. ég. P. Pichonnaz, *Clauses abusives et pratiques déloyales: une meilleure réglementation de la concurrence*, in: *Plaidoyer* 5/11, p. 34 ss. 7) A.-S. Dupont, *Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in: F. Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions*

générales et pratiques commerciales déloyales, Neuchâtel 2012, n° 16, p. 109. 8) P. Pichonnaz, *Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences*, in: DC 1/2012 p. 142 et 143. 9) L. Bieri, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in: F. Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, n° 42, p. 60. 10) L. Bieri, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in: F. Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, n° 17–23, p. 53. 11) A.-S. Dupont, *Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in: F. Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, n° 38 ss, 45 et 47 p. 118 ss. 12) L. Bieri, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in: F. Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales*

déloyales, Neuchâtel 2012, n° 25–27, p. 56. 13) A.-S. Dupont, *Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance*, in: F. Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, n° 52, p. 126. 14) Erdem Büyüksagis, *La bonne foi dans l'article 8 LCD: un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales «soi-disant» négociées?*, in: *PJA* 2012 p. 1393 ss, p. 1407. 15) Message du Conseil fédéral du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, FF 2009 I 5539 ss, p. 5568. 16) L. Bieri, *Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexions sur le nouvel article 8 LCD*, in: F. Bohnet (éd.), *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Neuchâtel 2012, n° 30, p. 57. 17) P. Pichonnaz, *Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences*, in: DC 1/2012 p. 144. 18) P. Pichonnaz, *Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences*, in: DC 1/2012 p. 145.