



## Contrats et conditions générales

### Comment minimiser les risques commerciaux

Thomas Bähler, Docteur en droit, avocat LL.M.

Anna-Antonina Gottret, Docteur en droit, avocate LL.M.

**Impressum**

**Auteurs**

Thomas Bähler, Docteur en droit, avocat LL.M., et  
Anna-Antonina Gottret, Docteur en droit, avocate LL.M.  
auprès de Kellerhals Carrard

**Edition**

PostFinance SA et swiss export  
Date: septembre 2017

[postfinance.ch/commerceexterieur](http://postfinance.ch/commerceexterieur)  
[www.swiss-export.com](http://www.swiss-export.com)

ISBN 978-3-906201-55-9



9 783906 201559 >

# Table des matières

<b>Avant-propos</b>	<b>4</b>
<b>Introduction</b>	<b>5</b>
<b>1. Négociation des contrats</b>	<b>6</b>
1.1 Généralités	6
1.2 Aperçu des différentes étapes possibles de négociations contractuelles	6
1.2.1 Accord sur les grandes lignes de la relation d'affaires envisagée et élaboration d'un contrat écrit détaillé	6
1.2.2 Déclaration d'intention/protocole d'accord (term sheet)/promesse de contracter	7
1.2.3 Convention de confidentialité	8
1.2.4 Signature et finalisation (closing)	8
<b>2. Structure et parties essentielles d'un bon contrat</b>	<b>9</b>
2.1 Généralités	9
2.2 Aperçu des parties essentielles d'un bon contrat	9
2.2.1 Préambule	9
2.2.2 Objet du contrat et prestations principales	9
2.2.3 Garantie et responsabilité	9
2.2.4 Durée et résiliation du contrat	10
2.2.5 Dispositions finales	10
<b>3. Prise en compte des conditions générales (CG)</b>	<b>11</b>
3.1 Avant-propos	11
3.2 Définition et importance dans l'ordre économique moderne	11
3.3 Fonctions	12
3.4 Cadre juridique pour la prise en compte des CG	13
3.4.1 Généralités	13
3.4.2 Contrôle de la validité	13
3.4.3 Contrôle de l'interprétation	14
3.4.4 Contrôle de contenu	15
3.4.5 Conclusion	16
<b>Bibliographie</b>	<b>17</b>

# Avant-propos

Chère lectrice, cher lecteur,

En 2011, dans un contexte de crise économique mondiale, la Confédération lançait un programme pour stabiliser les exportations. PostFinance y participait dans le cadre d'un projet de gestion des risques. Veuillez consulter à ce propos l'e-book «*Gestion des risques*».

Dans ce projet, de nombreuses entreprises ont été interrogées au sujet de la gestion des risques. Il en est ressorti que les contrats, et en particulier les conditions générales (CG), constituaient des instruments majeurs pour enrayer ces risques. Il est apparu que les clients qui n'acceptent pas les CG sont aussi ceux qui posent le plus souvent problème par la suite.

Par conséquent, il est important que les contrats et les CG réglementent clairement les points auxquels vous accordez de l'importance. Cet e-book a pour objectif de vous aider à repenser vos documents et à poser quelques jalons vers un commerce extérieur couronné de succès.

C'est avec plaisir que nous recueillerons vos expériences et vos réactions par rapport au commerce extérieur et à cet e-book. Ecrivez-nous à [aussenhandel@postfinance.ch](mailto:aussenhandel@postfinance.ch).

Nous vous souhaitons beaucoup de succès!



**Carl A. Ziegler**  
swiss export  
Président



**Claudia Moerker**  
swiss export  
Directrice  
[moerker@swiss-export.com](mailto:moerker@swiss-export.com)



**Nicole Walker**  
PostFinance SA  
Responsable Marketing et gestion des produits  
[nicole.walker@postfinance.ch](mailto:nicole.walker@postfinance.ch)



**Katja Gaschen**  
PostFinance SA  
Virements et opérations sur devises  
[katja.gaschen@postfinance.ch](mailto:katja.gaschen@postfinance.ch)

# Introduction

Un bon contrat est la clé du succès. La plupart des entreprises concluent des contrats quotidiennement, qu'il s'agisse de contrats relatifs aux affaires courantes ou de contrats de portée plus étendue. Ils peuvent porter notamment sur la location de locaux commerciaux ou de fabrication, l'achat d'installations de production, l'acquisition de licences, la collaboration avec d'autres entreprises dans le domaine de la recherche ou du développement ou encore sur des engagements de livraison à long terme.

Négocier et mettre au point de bons contrats font partie des missions les plus exigeantes de la pratique juridique. Réglementer et rédiger de manière exhaustive, appropriée et claire les droits et les devoirs des deux parties peut largement contribuer à ce que l'acte juridique se déroule sans heurts et à prévenir des différends pénibles et parfois coûteux entre les cocontractants. Toutes les dispositions ne doivent cependant pas obligatoirement être négociées une à une. On peut également viser à la sécurité juridique en prenant en compte à titre complémentaire les conditions générales de l'une ou l'autre des parties contractantes. Toutefois, le recours à cette méthode doit se faire avec le plus grand soin. Il convient, d'une part, d'assurer que les conditions générales sont effectivement applicables et, d'autre part, de prêter attention à certains points de contenu.

Le présent e-book se penche sur certains aspects pratiques choisis à l'intention des praticiennes et des praticiens et relatifs à la négociation et à la mise au point de contrats complexes dépassant le règlement des affaires courantes. La première partie est consacrée à la négociation d'un contrat et donne, après quelques remarques fondamentales, un aperçu du sujet, en se concentrant sur les différentes étapes qui mènent à la conclusion d'un contrat et les différents instruments qu'il est indispensable d'utiliser à cet effet. La deuxième partie est dédiée à la structuration d'un bon contrat et de ses parties essentielles. La troisième partie porte une attention particulière aux principaux points auxquels il faut veiller lorsqu'on prend en compte des conditions générales.

Les auteurs,

Thomas Bähler et Anna-Antonina Gottret

# 1. Négociation des contrats

## 1.1 Généralités

Le point de départ de toute conclusion de contrat est la volonté des parties concernées d'échanger certaines prestations. Le contrat sert à concrétiser cet échange et à clarifier les modalités selon lesquelles l'acte juridique se déroulera.

Négocier un contrat complet et prêt à signer prend souvent, pour des opérations juridiques complexes, beaucoup de temps. En outre, il arrive que l'on doive accorder au partenaire contractuel potentiel dès la phase de négociation un droit de regard sur les documents sensibles. Pour viser, déjà au cours de cette phase, à une certaine sécurité juridique et aux fins de créer une situation équitable pour les négociations contractuelles, la pratique prévoit souvent que l'on émette, avant la conclusion du contrat lui-même, des déclarations d'intentions mutuelles et que l'on règle certains points importants de manière contraignante.

Les paragraphes qui suivent proposent un bref aperçu des différentes étapes des négociations contractuelles et des instruments utilisés au cours de celles-ci.

## 1.2 Aperçu des différentes étapes possibles de négociations contractuelles

### 1.2.1 Accord sur les grandes lignes de la relation d'affaires envisagée et élaboration d'un contrat écrit détaillé

La première étape de la négociation d'un contrat consiste en général à négocier oralement les grandes lignes de la relation d'affaires envisagée. En effet, ce n'est que lorsque celles-ci sont connues que l'on peut commencer à élaborer un projet de contrat écrit détaillé, sur lequel, à l'issue de cette étape, l'autre partie prendra position et fera part, le cas échéant, de ses souhaits de modification. Ainsi, un certain laps de temps peut s'écouler jusqu'à l'obtention d'une version du contrat prête à signer<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Par rapport à l'ensemble, cf. par exemple Locher, p. 9.

### 1.2.2 Déclaration d'intention / protocole d'accord (term sheet) / promesse de contracter

Pour atteindre une certaine sécurité juridique entre les parties déjà au cours des négociations contractuelles, la pratique prévoit souvent que l'on signe une **lettre d'intention**. En général, la lettre d'intention est une déclaration écrite par laquelle l'une des deux ou les deux parties manifestent leur intention ferme de conclure un contrat avec un contenu défini<sup>2</sup>. Elle peut également d'ores et déjà mentionner certains points du contrat, comme la structure de la transaction, le prix, les formules de calcul, les moyens de paiement ou d'autres conditions contractuelles importantes, ou définir certaines des obligations auxquelles les parties s'engagent pendant les négociations contractuelles<sup>3</sup>. Une des caractéristiques de la lettre d'intention est que celle-ci, bien qu'obligeant les parties à mener des négociations sérieuses, n'a en principe aucune influence sur l'établissement final du contrat<sup>4</sup>. Dans le commerce international, ce point est même parfois fixé par écrit (on parle, en anglais, de «non-binding clause»)<sup>5</sup>.

Le **protocole d'accord (term sheet)** est, au fond, également une déclaration d'intention, mais il est un peu plus détaillé que la lettre d'intention. Il donne par exemple déjà à voir la structure du contrat et un aperçu, par mots-clés, de certaines dispositions que les parties ont éventuellement déjà discutées. Comme la lettre d'intention, le protocole d'accord n'a cependant pas encore d'effet contraignant.

La **promesse de contracter** est plus concrète et plus contraignante que la lettre d'intention et le protocole d'accord. Elle oblige les parties à conclure un contrat principal dans un délai prévisible (art. 22, al. 1 CO). Il faut cependant, pour ce faire, que les points essentiels du contrat principal soient déjà définis ou, pour le moins, définissables. En outre, la promesse de contracter doit déjà répondre à certaines des exigences formelles imposées au contrat principal par la loi (art. 22, al. 2 CO)<sup>6</sup>. Dans la pratique, les promesses de contracter sont rares.

<sup>2</sup> Engel, p. 20; Gauch/Schluemp/Rey/Schmid/Emmenegger, ch. 1100 (avec réf. suppl.).

<sup>3</sup> Engel, p. 20 (avec réf. suppl.).

<sup>4</sup> Engel, p. 20; Gauch/Schluemp/Rey/Schmid/Emmenegger, ch. 1100.

<sup>5</sup> Gauch/Schluemp/Rey/Schmid/Emmenegger, ch. 1100 (avec réf. suppl.).

<sup>6</sup> Pour les détails, cf. par exemple Gauch/Schluemp/Rey/Schmid/Emmenegger, ch. 1074 et suiv. (avec réf. suppl.); Schwenger, ch. 26.04 et suiv. (avec réf. suppl.).

### 1.2.3 Convention de confidentialité

Si, au cours des négociations contractuelles, une des parties doit accorder à l'autre un droit de regard sur des documents sensibles ou sur un savoir-faire confidentiel, il est conseillé de conclure au préalable une **convention de confidentialité** (sous la forme d'un document séparé ou en l'intégrant à la lettre d'intention). La convention de confidentialité garantit à la partie qui dévoile des informations que celles-ci seront traitées de manière confidentielle et que la partie adverse ne les transmettra pas à des tiers ni ne les utilisera à d'autres fins que celles prévues. En cas d'infraction au devoir de confidentialité, la convention prévoit en outre en général une pénalité conventionnelle<sup>7</sup>.

### 1.2.4 Signature et finalisation (closing)

Les négociations contractuelles se concluent par la **signature** (du texte contractuel définitif) et la **finalisation (closing)** (exécution de l'opération juridique).

<sup>7</sup> Pour les détails, cf. par exemple Rochaix, p. 1329 et suiv. (avec réf. suppl.).



Les contrats: une source de clarté pour le commerce extérieur.

## 2. Structure et parties essentielles d'un bon contrat

### 2.1 Généralités

Il n'existe pratiquement aucune limitation du point de vue de l'objet du contrat. Le code des obligations suisse laisse à cet égard la plus grande liberté possible aux parties (liberté contractuelle). Seuls les contrats ayant pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs sont irrecevables et considérés comme nuls (art. 19 et 20 CO). En dépit de cette liberté, la pratique a néanmoins vu s'imposer certains standards en matière de structure de contrat. Nous présenterons à présent brièvement cette structure normalisée ainsi que les parties essentielles que doit comporter tout bon contrat.

### 2.2 Aperçu des parties essentielles d'un bon contrat

#### 2.2.1 Préambule

Un contrat est en général introduit par un préambule. Celui-ci n'est pas absolument obligatoire, mais il peut toutefois délivrer des **informations** importantes et utiles à **l'interprétation et à la compréhension** de certains contrats complexes. Il est d'usage, d'une part, d'y définir brièvement les parties contractantes et, d'autre part, d'y esquisser le but du contrat<sup>8</sup>.

#### 2.2.2 Objet du contrat et prestations principales

La description de l'**objet du contrat** et des **prestations principales** des deux parties constitue le cœur de tout contrat. Les prestations principales doivent être décrites de la manière la plus détaillée possible, afin de ne laisser ouverte, si possible, aucune question sur les obligations des deux parties: c'est en effet le seul moyen de pouvoir juger sans nul doute possible, ultérieurement, si une prestation a été fournie ou non dans le respect des termes du contrat. Si besoin est, il est également possible de faire ici référence à une annexe (par exemple pour une longue spécification technique d'un travail dû).

C'est également dans cette partie que sont énoncées les modalités d'exécution du contrat. Celui-ci doit indiquer clairement quand et sous quelle forme les prestations seront fournies<sup>9</sup>.

#### 2.2.3 Garantie et responsabilité

Tout contrat comporte en outre des **règles de garantie et de responsabilité**. Les parties doivent définir, en particulier, l'étendue des garanties qu'elles accordent et qu'elles exigent. En outre, les différents droits de garantie doivent être indiqués, ainsi que la forme sous laquelle ils pourront s'exercer.

<sup>8</sup> Locher, p. 7.

<sup>9</sup> Pour les détails, cf. par exemple Locher, p. 8.

#### 2.2.4 Durée et résiliation du contrat

Pour un contrat de durée, il est indispensable de déterminer **la durée** de validité du contrat et **de quelle manière** et **dans quel délai** celui-ci peut être résilié, dans une situation normale ou extraordinaire.

#### 2.2.5 Dispositions finales

Tous les autres points ayant fait l'objet d'un accord sont portés aux dispositions finales. Il s'agit là d'ordinaire de clauses très standardisées concernant la modification du contrat (mention de l'exigence de la forme écrite pour les modifications du contrat), la nullité de certaines dispositions contractuelles (clause de sauvegarde), le droit applicable et le for juridique. En outre, les dispositions finales doivent explicitement faire référence, le cas échéant, à d'éventuelles conditions générales<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> On trouve un bon aperçu des clauses standard les plus utilisées par exemple chez Lichtensteiger/Gelzer, p. 35 et suiv.



**La durée du contrat doit absolument figurer dans tout acte contractuel.**

## 3. Prise en compte des conditions générales (CG)

### 3.1 Avant-propos

Il n'est pas toujours judicieux de négocier une à une toutes les modalités d'un acte juridique. Dans certains cas, il peut valoir la peine, notamment pour des raisons de rationalité, d'intégrer au lieu de cela des conditions générales (CG) au contrat. Cela permet d'assurer que la relation d'affaires est régie de la manière la plus large possible. Pour que les CG soient réellement applicables et deviennent partie intégrante du contrat, certaines règles sont néanmoins à respecter. En outre, les parties doivent être conscientes que de telles clauses sont soumises à un contrôle de contenu restreint par le juge. Au vu des avantages que nous avons cités de cette prise en compte des conditions générales et de l'importance que celles-ci revêtent dans la pratique économique actuelle, nous allons à présent nous pencher un peu plus en détail sur cet instrument.

### 3.2 Définition et importance dans l'ordre économique moderne

Les conditions générales décrivent en principe «des **dispositions contractuelles préédigées** de manière générale pour un grand nombre de contrats et que l'une des parties contractantes soumet à l'autre au moment de la conclusion d'un contrat»<sup>11</sup>. Ces conditions générales peuvent être établies par la partie qui s'en prévaut (p. ex. conditions générales d'assurance), un groupe d'intérêt (p. ex. normes SIA) ou un tiers (p. ex. formulaires contractuels préédigés notariés)<sup>12</sup>. Ce qui les distingue cependant avant tout des autres conditions contractuelles, c'est qu'elles ne sont pas négociées individuellement par les parties<sup>13</sup>.

Les CG sont **issues de la révolution industrielle**<sup>14</sup>. Conçues à l'origine pour les contrats «business to consumer», elles sont aujourd'hui de plus en plus utilisées dans le domaine du «business to business». Les CG se retrouvent à l'heure actuelle dans tous les domaines de la vie économique moderne, dont elles sont un instrument incontournable<sup>15</sup>. En tant que droit conçu, dans une certaine mesure, pour et par l'économie, elles revêtent une grande importance dans les échanges juridiques; la prise en compte de telles dispositions dans les contrats écrits n'est aujourd'hui plus l'exception, mais la règle<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Schwenger, ch. 44.01 (avec réf. suppl.); Gauch/Schlupe/Rey/Schmid/Emmenegger, ch. 1116 et suiv. (avec réf. suppl.); Betschart, ch. 199 (avec réf. suppl.); Buser-Gora, p. 5 (avec réf. suppl.); Perrig, p. 11 et suiv. (avec réf. suppl.); Ramstein/Kuster, p. 6 (avec réf. suppl.).

<sup>12</sup> Schwenger, ch. 44.01 (avec réf. suppl.).

<sup>13</sup> Schwenger, ch. 44.01 (avec réf. suppl.).

<sup>14</sup> Schwenger, ch. 44.02 (avec réf. suppl.).

<sup>15</sup> Schwenger, ch. 44.02 (avec réf. suppl.).

<sup>16</sup> Perrig, p. 22 (avec réf. suppl.).

### 3.3 Fonctions

Les CG peuvent remplir plusieurs fonctions et leurs différents effets se recoupent régulièrement<sup>17</sup>:

Les CG ont tout d'abord un **effet de rationalisation**. Convenir de dispositions contractuelles unitaires facilite d'une part considérablement la conception du contrat et évite d'autre part aux fournisseurs de devoir négocier en permanence de nouveaux contrats individuels sur mesure, ce qui leur permet d'économiser du temps et des coûts<sup>18</sup>.

Ensuite, les CG ont un **effet de spécialisation**. Elles permettent de régler la relation juridique de manière globale là où la loi ne possède souvent que des dispositions lacunaires, inadéquates, ou pas de dispositions du tout<sup>19</sup>.

Enfin, les CG servent souvent à **transférer les risques**. En général, les dispositions y sont formulées à l'avantage unilatéral du fournisseur, en particulier en ce qui concerne les questions de garantie et de responsabilité. D'ordinaire, ses destinataires sont un nombre indéterminé de partenaires commerciaux potentiels n'ayant aucune possibilité d'influencer individuellement la structuration du contrat. Le plus souvent, sur le principe du «c'est à prendre ou à laisser», ceux-ci n'ont que le choix d'accepter le contenu prérévisé du contrat, sans pouvoir y apporter de modifications, ou de renoncer au contrat<sup>20</sup>. A cela s'ajoute le fait que les CG, dans de nombreuses branches, sont largement uniformisées, et que s'adresser à la concurrence, par conséquent, ne change donc rien<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Perrig, p. 22 (avec réf. suppl.); cf. aussi Schwenger, ch. 44.02 (avec réf. suppl.).

<sup>18</sup> Schwenger, ch. 44.02; Buser-Gora, p. 9.

<sup>19</sup> Schwenger, ch. 44.02; Perrig, p. 23; Buser-Gora, p. 10.

<sup>20</sup> Pour l'ensemble, cf. Schwenger, ch. 44.02 et suiv.

<sup>21</sup> Schwenger, ch. 44.03.

### 3.4 Cadre juridique pour la prise en compte des CG

#### 3.4.1 Généralités

Comme nous l'avons dit plus haut, la prise en compte des CG dans un contrat comporte des pierres d'achoppement auxquelles il convient de prêter la plus grande attention. Dans certains cas, le juge peut éprouver la validité, l'interprétation et le contenu des conditions contractuelles pré-rédigées<sup>22</sup>.

#### 3.4.2 Contrôle de la validité

##### Généralités

Les CG ne sont pas des normes de droit. Leur validité se fonde toujours bien plus sur un acte juridique, c'est-à-dire qu'elles ne deviennent contenu du contrat que s'il existe un accord de volonté explicite ou tacite allant dans ce sens entre les parties; il ne suffit pas qu'une partie informe l'autre que ses propres CG s'appliquent<sup>23</sup>.

Pour l'essentiel, deux formes de prise en compte sont usitées et autorisées:

- d'une part, la **prise en compte explicite**, consistant en une mention écrite dans le contrat individuel et comprenant une intégration physique des CG au contrat, sous forme d'annexe ou, au moins, une transmission physique de ces conditions;
- d'autre part, la **prise en compte implicite**, consistant en une mention explicite qui aménage la possibilité de prendre connaissance des CG (par ex. par l'affichage des CG dans un local commercial, près d'une caisse ou au moyen d'un lien vers un site web)<sup>24</sup>.

Au demeurant, il convient de veiller à ce que les CG soient toujours mises par écrit **au préalable**, c'est-à-dire **avant** la conclusion du contrat. La partie adverse doit avoir la possibilité, avant la conclusion du contrat individuel concret, de prendre connaissance des CG et de les approuver<sup>25</sup>.

Dans la pratique, le juge contrôle régulièrement la validité des clauses standard en examinant si celles-ci ont été intégrées de manière légale et si elles sont devenues parties essentielles du contrat. Pour éviter les difficultés en matière de preuve à cet égard, il s'impose

- de mentionner de manière explicite la validité des CG dans le contrat et
- de fixer par écrit que la partie adverse les a lues et approuvées (cela vaut aussi pour les formulaires de commande et les documents analogues).

Il est également possible de faire signer ou parapher les CG par la partie adverse, qui indique ainsi qu'elle les a lues et acceptées.

<sup>22</sup> Betschart, ch. 203 et suiv.; Buser-Gora, p. 5; Perrig, p. 25 et suiv.

<sup>23</sup> Schwenger, ch. 45.01; Gauch/Schluep/Rey/Schmid/Emmenegger, ch. 1127 et suiv. Pour les détails, cf. Perrig, p. 20 et 32 et suiv. (avec réf. suppl.).

<sup>24</sup> Schwenger, ch. 45.01 et suiv.

<sup>25</sup> Betschart, ch. 200; Schwenger, ch. 45.03.

### Conflit de conditions contractuelles (battle of the forms)

Certains problèmes peuvent apparaître lorsque les deux parties souhaitent soumettre le contrat à leurs propres CG (en anglais, on parle de «**battle of the forms**»).

Une conception autrefois dominante voulait que, dans une telle situation, priment les CG envoyées en dernier lieu par chaque partie («théorie du dernier mot»). Ainsi, par exemple, si une marchandise était expédiée accompagnée des conditions de livraison, celles-ci étaient considérées comme acceptées par l'acheteur si aucune opposition n'était faite par lui au moment de la réception de la marchandise (art. 6 CO). La nouvelle école rejette cependant largement cette théorie et s'en tient aux principes suivants: le contrat est fondamentalement réputé conclu même s'il entre en collision avec les CG (accord sur les points contractuels essentiels au sens de l'art. 2, al. 1 du CO). Si les dispositions des CG des deux parties possèdent des clauses qui se recoupent, celles-ci sont applicables. Si les dispositions des CG des deux parties possèdent des clauses qui se contredisent, il y a désaccord (partiel) et aucune des deux parties ne peut imposer ses CG à l'autre. Les lacunes contractuelles ainsi engendrées doivent être comblées par le juge au sens de l'art. 2, al. 2 du CO<sup>26</sup>.

#### 3.4.3 Contrôle de l'interprétation

Le contrôle de l'interprétation sert à déterminer le sens et le but des dispositions des CG. Deux particularités caractérisent l'interprétation des dispositions contractuelles:

- la première est la **primauté des arrangements individuels**; si les parties sont convenues individuellement d'un point qui diverge des CG, leur convention individuelle prime en principe les dispositions des CG (à moins qu'une clause de hiérarchie contractuelle ne prévienne expressément le contraire)<sup>27</sup>;
- la seconde est la **règle sur les clauses ambiguës**, qui prévoit qu'en cas de résultat interprétatif ambigu, lorsque le doute ne peut pas être écarté par les moyens ordinaires d'interprétation (sans que l'interprétation fasse encore l'objet d'un litige), les CG soient interprétées au détriment du fournisseur<sup>28</sup>.

En principe, les mêmes règles d'interprétation s'appliquent que pour les dispositions contractuelles normales<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Par rapport à l'ensemble, cf. Schwenger, ch. 45.15.

<sup>27</sup> Schwenger, ch. 45.09.

<sup>28</sup> Schwenger, ch. 45.10 et suiv.; Betschart, ch. 203 et suiv.; Buser-Gora, p. 13 et 121; cf. aussi BGE 124 III 155, 158 et suiv. (avec réf. suppl.).

<sup>29</sup> Schwenger, ch. 45.08.

### 3.4.4 Contrôle de contenu

#### Limites légales générales

Les CG, comme toutes les conditions contractuelles, sont soumises aux **normes du droit impératif**<sup>30</sup>. Les dispositions ayant pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs sont irrecevables et considérées comme nulles (art. 19 et 20 CO). Dans le cadre du contrôle de contenu, on vérifie donc d'abord que les CG soient conformes au droit impératif, et on les corrige si nécessaire<sup>31</sup>.

Le CO ne distingue pas de manière fondamentale une clause conclue dans le cadre d'un contrat individuel d'une clause de CG, ni quelle position les parties occupent dans leur rapport économique (seuls l'art. 256, al. 2, let. a et l'art. 288, al. 2 let. a font exception, qui prévoient que le loueur ou le bailleur ne peut pas se défaire de sa responsabilité pour défaut de la chose au moyen des CG)<sup>32</sup>.

#### Art. 8 de la LCD

Le 1<sup>er</sup> juillet 2012 sont entrées en vigueur les nouvelles dispositions de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), visant à renforcer la lutte contre les pratiques commerciales déloyales. Ces dispositions définissent notamment la chose suivante: «agit de façon déloyale celui qui utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi, prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat» (art. 8 LCD).

Selon le droit en vigueur auparavant, seules étaient considérées comme déloyales les CG qui étaient de nature à provoquer une erreur et qui, au détriment d'une partie contractante, dérogeaient au régime légal ou qui prévoyaient une répartition inéquitable des droits et des obligations (art. 8 de l'ancienne version de la LCD). De cette manière, il était relativement facile d'assurer, au moyen de clauses de CG formelles et de références explicites à des dispositions désavantageuses, que les CG n'étaient pas de nature à tromper et ne pouvaient donc pas être considérées comme déloyales. Etant donné que la tromperie ne pouvait être analysée qu'à l'aide du cas concret, tout contrôle de contenu abstrait, initié, partiellement, par une organisation de protection des consommateurs, était pratiquement impossible.

<sup>30</sup> Schwenger, ch. 46.01.

<sup>31</sup> Betschart, ch. 203 et suiv.; Buser-Gora, p. 5.

<sup>32</sup> Schwenger, ch. 46.01.

A l'heure actuelle, il n'est pas possible de déterminer si la révision de la loi entraînera un renforcement du contrôle des CG par les tribunaux. Aussi le Tribunal fédéral ne s'est-il pour l'instant prononcé que sur la question de l'effet rétroactif de l'art. 8 LCD, qu'il a par ailleurs laissée en grande partie ouverte<sup>33</sup>. Certes, le nouvel art. 8 LCD offre la possibilité d'un contrôle de contenu ouvert. Néanmoins, aucune prévision fiable quant à la portée future de celui-ci (controversée en doctrine) ne saurait être émise pour l'instant<sup>34</sup>. Le nouveau concept d'infraction contre les règles de la bonne foi est un terme juridique imprécis qui demande encore à être concrétisé dans le contexte des CG. Les experts estiment qu'une forte réserve de garantie dans un contrat de vente ou un droit unilatéral de modification du contrat sans motifs objectifs constitueraient des exemples d'abus<sup>35</sup>. Notons au demeurant que, dans le cadre de cette révision, le champ d'application des instruments de contrôle contre la concurrence déloyale a été restreint: la nouvelle disposition n'est applicable qu'aux rapports entre une entreprise et un consommateur. A cet égard, la majorité des experts supposent que les entreprises concernées comprendraient non seulement les commerces de l'usage habituel, mais aussi ceux de l'usage inhabituel, comme les entreprises de vente de voitures<sup>36</sup>.

### 3.4.5 Conclusion

En dépit des nombreux efforts politiques déployés ces dernières années, la Suisse ne possède à ce jour aucune normalisation adaptée en matière de CG et accuse un retard important dans ce domaine par rapport à la réglementation européenne<sup>37</sup>. Il n'existe aucune loi sur le contrôle de la validité des CG ni sur un contrôle de contenu général par rapport aux clauses abusives des CG. L'art. 8 du LCD constitue la seule tentative qui a été entreprise pour élaborer un cadre légal à l'utilisation des CG. En Suisse, il n'existe pour l'heure pas encore de catalogue présentant des exemples de clauses non admises<sup>38</sup>. L'application concrète de l'art. 8 LCD est actuellement laissée à l'appréciation du tribunal. Il n'y pas encore de jurisprudence établie pour le moment.

<sup>33</sup> BGer 4A\_475/2013.

<sup>34</sup> Ferrari Hofer/Vasella, p. 505 et suiv.

<sup>35</sup> Ferrari Hofer/Vasella, p. 511 et suiv.

<sup>36</sup> Ferrari Hofer/Vasella, p. 508.

<sup>37</sup> Perrig, p. 27 (avec réf. suppl.).

<sup>38</sup> Exemples de tels catalogues: §§ 308 et 309 BGB (code civil allemand); annexe à la directive 93/13/CEE.



**Le droit contractuel suisse est à la hauteur de la concurrence internationale.**

# Bibliographie

Betschart Franziska Martha, Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Lucerne 2011 (cit. Betschart)

Buser-Gora Justyna, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Diss. Zurich 2012 (cit. Buser-Gora)

Engel Daniel, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (éd.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2010 (cit. Engel)

Ferrari Hofer Lorenza/Vasella David, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Amstutz Marc/Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Neben-erlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cit. Ferrari Hofer/Vasella)

Gauch Peter/Schlupe Walter R./Rey Heinz/Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, vol. I, 10<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014 (cit. Gauch/Schlupe/Rey/Schmid/Emmenegger)

Lichtensteiger Simon/Gelzer Philipp S., in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (éd.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2010 (cit. Lichtensteiger/Gelzer)

Locher Christoph, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (éd.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2010 (cit. Locher)

Perrig Roman, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlung zu einem Swiss Code of Best Practice, Bâle 2011 (cit. Perrig)

Ramstein Christoph/Kuster Matthias, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995 (cit. Ramstein/Kuster)

Rochaix Marcel, in: Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (éd.), Schweizer Vertragshandbuch, Musterverträge für die Praxis, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2010 (cit. Rochaix)

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7<sup>e</sup> éd., Berne 2016 (cit. Schwenzer)

Münch Peter/Böhringer Peter/Kasper Lehne Sabina/Probst Franz (éd.), Schweizer Vertragshandbuch (Musterverträge für die Praxis) (cit. collab., in: Münch et al.)

ISBN 978-3-906201-55-9



9 783906 201559 >