



Master

2022

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Des protections contre les déséquilibres contractuels en droit suisse et comparé

Delacquis, Suzy

How to cite

DELACQUIS, Suzy. Des protections contre les déséquilibres contractuels en droit suisse et comparé. Master, 2022.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:166945>



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Des protections contre les déséquilibres contractuels en droit suisse et comparé

Travail de mémoire effectué sous la direction de la Professeure Christine CHAPPUIS dans le cadre du séminaire « Les instruments de la justice contractuelle »

Assistant : Monsieur Maxime FRANCIS

13 juin 2022

Madame Suzy DELACQUIS

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABBRÉVIATIONS	III
-------------------------------	-----

I. INTRODUCTION	1
-----------------------	---

II. LES MESURES PROTECTRICES ACTUELLES DU DROIT SUISSE ET COMPARÉ CORRIGEANT LES DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS.....	2
--	---

A. Des conditions-cadres nécessaires pour assurer l'équilibre et la liberté contractuelle.....	2
--	---

B. La lésion comme protection majeure des règles générales du Code des obligations	3
1. Un détour par la crainte fondée	4
2. Pour s'arrêter sur la lésion.....	4
3. Rapprochement en droit comparé.....	5

C. Les règles spéciales du Code des obligations comme protection de la partie faible	6
1. Diverses formes d'interventions protectrices en faveur de la partie faible	6
2. Rapprochement en droit comparé.....	7

D. L'art. 8 LCD : une protection non négligeable.....	8
1. Un objectif de protection du consommateur	8
2. Le champ d'application de l'art. 8 LCD.....	9
3. Une origine européenne.....	11

III. LES LIMITES DE CES MESURES PROTECTRICES.....	13
---	----

A. L'insuffisance des règles générales de protection du Code des obligations	13
1. Les limites relatives aux vices du consentement.....	13
2. L'endiguement de la règle sur la lésion.....	14
3. Synthèse.....	14

B. L'approche sectorielle et stéréotypique des mesures protectrices.....	15
1. Définition, limites et illustration de l'approche stéréotypique et sectorielle.....	15
2. La pratique du Tribunal fédéral et celle du droit européen	16
3. Synthèse.....	16

C. Les notions controversées de l'art. 8 LCD et l'absence de contrôle des clauses dites négociées	17
1. Les diverses notions controversées de l'art. 8 LCD.....	17
2. L'absence de contrôle des conditions générales dites négociées	18
3. Synthèse et solution européenne pour renforcer l'efficacité de l'art. 8 LCD.....	18

IV. DES SOLUTIONS EFFECTIVES POUR REMÉDIER AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS	19
---	----

A. Une simplification normative nécessaire	19
--	----

1.	Une tendance cantonnée à des projets d'uniformisation	19
2.	L'effectivité des projets d'uniformisation	20
B.	L'introduction de la notion de contrats déséquilibrés	21
1.	La nouvelle summa divisio en droit français : le contrat d'adhésion et le contrat de gré à gré	21
2.	Le projet de l'art. 33 CO 2020 : vers un concept général de protection	22
C.	Les solutions et les défis à relever face aux limites des protections juridiques à l'ère du commerce digital	23
1.	Les limites des mesures protectrices du droit suisse en matière de commerce électronique	23
2.	Les solutions du droit européen pour réglementer les contrats conclus par voie électronique et à distance	24
3.	Les défis à relever à l'ère du commerce digital.....	24
V.	CONCLUSION	26
VI.	BIBLIOGRAPHIE.....	27

TABLE DES ABBRÉVIATIONS

§	paragraphe
ACJC	Arrêt de la Cour de justice de la chambre civile
ACQP	Acquis Principles [https://jura.urz.uni-heidelberg.de/mat/file_viewer.php?fid=13889] (consulté le 04.04.22).
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch du 1 ^{er} janvier 1900 (Code civil allemand) [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html#BJNR001950896.BJNE260101377] (consulté le 04.04.2022)
BGH	Bundesgerichtshof (Allemagne)
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCF	Code civil français du 21 mars 1804 [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/] (consulté le 04.04.2022)
C. consom.	Code de la consommation français du 1 ^{er} juillet 2016 [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069565/] (consulté le 04.04.2022)
CC. trav.	Code du travail français du 1 ^{er} mai 2008 [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072050/] (consulté le 04.04.2022)
cf.	confer
CFC	Commission fédérale de la consommation
ch.	chiffre(s)
CHF	francs suisses
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, droit des obligations (RS 220)
CO 2020	Projet du Code des obligations suisse 2020
COM	Commission des communautés européennes
consid.	considérant(s)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)

CR	Commentaire romand
Cst. 101)	Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (RS 101)
DC	Droit de la Construction
DCFR	Draft Common Frame of Reference [https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law__Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf] (consulté le 04.04.2022)
directive 2013/11	Directive 2013/11 du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2013, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JO n° L 165/63 du 18 juin 2013, p. 63
directive 2011/83	Directive 2011/83 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, JO n° L 304 du 22 novembre 2011, p. 64
directive 2008/48	Directive 2008/48 du Parlement et du Conseil, du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs, JO n° L 133 du 22 mai 2008, p. 66
directive 1999/93	Directive 1999/93 du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JO n° L 013 du 19 janvier 2000, p. 0012
directive 1999/44	Directive 1999/44 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JO n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 0012
directive 97/7	Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO n° L 144 du 4 juin 1997, p. 0019
directive 93/13	Directive 93/13 du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29
directive 90/314	Directive 90/314 du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JO n° L 158 du 23 juin 1990, p. 59
directive 87/102	Directive 87/102 du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation, JO n° L 042 du 12 février 1987, p. 0048
directive 85/577	Directive 85/577 du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JO n° L 372 du 31 décembre 1985, p. 31

édit.	éditeur(s)
ERCL	European Review of Contract law
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale
HGB	Handelsgesetzbuch du 1 ^{er} janvier 1900 (Code du commerce allemand) [https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/] (consulté le 04.04.2022)
ibidem	de même
infra	ci-dessous
intro.	introduction
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal officiel de l'Union européenne
JORF	Journal officiel de la République française
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCC	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
let.	lettre(s)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01)
LVF	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3)
Loi n° 89-462	Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs (JORF du 8 juillet 1989) [https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000509310/] (consulté le 04.04.2022)
OIP	Ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (RS 942.211)
OLCC	Ordonnance du 6 novembre 2002 relative à la loi fédérale sur le crédit à la consommation (RS 221.214.11)
n°	numéro
p.	page(s)
PJA	Pratique judiciaire actuelle
PME	Petite et moyenne entreprise

RDS	Revue de droit suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SJ	La Semaine judiciaire
ss	suivant(e)s
supra	ci-dessus
TF	Tribunal fédéral
Tit. fin. CC	Titre final du Code civil suisse
UE	Union européenne
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (RS 241)
vol.	volume

I. INTRODUCTION

1. Comme le met en lumière MARCHAND, le droit contractuel repose sur le paradoxe suivant : « [a]u départ, tout est fait pour être simple : les parties n'ont qu'à se mettre d'accord sur l'essentiel, le législateur propose des règles supplétives, et le juge complète. À l'arrivée, les contrats commerciaux sont complexes, jargonnesques, prolixes »¹. Cet objectif légitime de simplicité est mis à mal par notre société de libre-échange tiraillée entre la protection des parties faibles, comme les travailleurs, les locataires ou les consommateurs, et celle des marchés au sens du droit de la concurrence². En principe, nous disposons des mêmes droits et libertés mais sommes-nous, dans les faits, tous égaux face aux forces de négociation ?³ L'art de la négociation réside dans le fait de trouver un accord dans le désaccord. Il est donc dans l'intérêt des parties de savoir poser leurs limites, formuler leurs demandes ou encore opposer leur refus afin de bénéficier d'une liberté contractuelle effective.
2. À l'origine, la liberté contractuelle en droit suisse s'inspire de la Constitution française ainsi que du régime libéral anglo-saxon⁴. Les normes de droit privé helvétique sont nées au XIX^{ème} siècle, période marquée par le libéralisme économique qui prône une intervention minimale de l'État⁵. Le principe de la concurrence parfaite entre l'offre et la demande garantirait l'équilibre entre les prestations réciproques et permettrait l'autorégulation du marché⁶. En outre, cette période est influencée par la philosophie volontariste qui milite en faveur de l'autonomie de la volonté⁷. Nous verrons que c'est sur ce présupposé d'autonomie que repose la liberté contractuelle. La théorie classique se base sur le principe de l'« *homo oeconomicus* »⁸, soit l'homme libre et rationnel à même de conclure un contrat équilibré et dépourvu de vices. Comme l'écrivait FOUILLÉE, « qui dit contractuel, dit juste »⁹. Selon cette logique, la liberté des parties implique que la conclusion d'un contrat est, de par la loi, nécessairement juste.
3. Cependant, n'arrive-t-il pas, comme le souligne FLÜCKIGER, que la volonté des contractants soit entachée d'« un utopique consentement libre et éclairé »¹⁰ ? En admettant que leur volonté puisse être viciée, le contrat est conclu entre des parties inégales et présente donc un déséquilibre. Par conséquent, il serait nécessaire, pour garantir une liberté contractuelle effective, de prendre en considération l'existence de différentes forces de négociation entre les individus¹¹.
4. Ainsi, en présence d'inégalités des forces de négociation, se pose la question de savoir quelles mesures sont mises en place afin de remédier aux déséquilibres contractuels. Le présent travail s'intéressera aux mesures de protection à disposition en vue de protéger la partie faible et de rétablir l'équilibre des contrats. Nous ne nous attarderons ni sur les fondements et l'évolution de la liberté contractuelle, ni sur la légitimité des interventions étatiques et des diverses causes à l'origine de l'inégalité des forces de négociation¹². Tout au long de cette analyse, nous effectuerons une comparaison du droit suisse avec les droits européen, français et allemand.

¹ MARCHAND, La complexité contractuelle, p. 223.

² *Ibidem*, p. 226.

³ BORY, N 698.

⁴ *Ibidem*, N 31.

⁵ *Ibidem*, N 39 ss.

⁶ BELSER, p. 60.

⁷ PERRIN, p. 42.

⁸ BORY, N 180.

⁹ FOUILLÉE, p. 410.

¹⁰ FLÜCKIGER, p. 856.

¹¹ BORY, N 183.

¹² Pour une analyse plus approfondie sur le sujet : cf. BORY, N 26 ss.

5. Dans un premier temps, nous verrons quelles sont les mesures protectrices actuelles du droit suisse qui tentent de rééquilibrer les contrats¹³. Dans un deuxième temps, nous démontrerons les limites de ces mesures¹⁴. Enfin, nous analyserons les solutions effectives pour remédier aux déséquilibres contractuels¹⁵.

II. LES MESURES PROTECTRICES ACTUELLES DU DROIT SUISSE ET COMPARÉ CORRIGEANT LES DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS

A. Des conditions-cadres nécessaires pour assurer l'équilibre et la liberté contractuelle

6. D'abord, nous définirons ce qu'est l'autonomie de la liberté, prémisse sur laquelle repose la liberté contractuelle. Puis, nous illustrerons les formes de la liberté contractuelle. Ensuite, nous analyserons les limites de la liberté contractuelle formelle et définirons la notion de contrat déséquilibré. Finalement, nous justifierons la nécessité de conditions-cadres pour préserver l'équilibre et la liberté contractuels, notamment la liberté contractuelle matérielle.
7. La partie générale du Code des obligations suisse de 1911 (CO) sont basés sur des valeurs libérales et font reposer la liberté contractuelle sur le principe « de l'autonomie privée »¹⁶, ce qui signifie que l'homme est libre et peut défendre ses intérêts¹⁷. La liberté contractuelle part d'un postulat subjectif, soit la liberté des contractants, et objectif, soit la liberté des forces du marché¹⁸. Le postulat subjectif repose sur la présomption que le contenu du contrat a été librement négocié entre les parties puisqu'elles sont dotées des mêmes forces de négociation¹⁹. Le postulat objectif considère que les individus évoluent dans un marché en concurrence parfaite qui contribue à l'égalité sociale et la juste réciprocité des richesses²⁰. C'est pourquoi l'art. 1 al. 1 CO dispose que le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. Cette disposition s'apparente à l'art. 1103 du Code civil français du 21 mars 1804 (CCF) qui prévoit que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Il suffit donc d'une acceptation par les parties pour rendre le contrat juste²¹.
8. Diverses formes de liberté sont consacrées dans le CO telles que celle de conclure, de la forme (art. 11 CO) et de l'objet (art. 19 CO)²². La liberté de conclure, déduite de la liberté économique (art. 27 Cst.)²³, exige que l'État n'intervienne pas dans les rapports contractuels²⁴. La liberté de la forme signifie qu'aucune forme n'est imposée aux parties mais qu'elles sont libres d'en prévoir une particulière²⁵. La liberté de l'objet permet aux parties de décider du contenu sous réserve de rares exceptions²⁶.

¹³ Cf. *infra*, N 6 ss.

¹⁴ Cf. *infra*, N 55 ss.

¹⁵ Cf. *infra*, N 76 ss.

¹⁶ ENGEL, p. 735.

¹⁷ TERCIER, Le prix abusif, p. 72.

¹⁸ BORY, N 121.

¹⁹ TERCIER, Le prix abusif, p. 72.

²⁰ BELSER, p. 22.

²¹ BORY, N 72.

²² CR CO I-MORIN, CO 1 N 36.

²³ BELSER, p. 29.

²⁴ *Ibidem*, p. 27.

²⁵ *Ibidem*, p. 28.

²⁶ *Ibidem*.

9. La partie générale du CO présente « une conception formelle »²⁷ de la liberté contractuelle. Cette conception se concentre sur la procédure menant à la conclusion du contrat qui examine uniquement la libre volonté des parties²⁸. Elle rend légitime le recours au principe de l'autonomie de la volonté en présence d'un équilibre contractuel²⁹, comme c'est souvent le cas en matière de contrats commerciaux³⁰. Cependant, elle ne prend pas en compte la dimension subjective des rapports entre les parties, soit « l'égalité dans l'échange »³¹. Le contenu du contrat n'est ainsi pas soumis à un examen au regard de conditions matérielles, comme l'équilibre objectif entre les parties³². En revanche, la rationalité de ces derniers peut, lors des négociations, être entachée de vices, notamment en cas de divergence de moyens économiques ou humains³³. Dès lors, la protection découlant du CO se trouve être accordée à des contrats déséquilibrés³⁴ qui accordent à la partie forte des avantages indus et contraires à la bonne foi³⁵.
10. C'est dans ce contexte que se justifie, selon BORY, l'adoption de conditions-cadres afin de préserver la « liberté contractuelle matérielle et non uniquement formelle »³⁶. La liberté de contracter n'existe plus dans la mesure où la loi ne prévoit pas de restrictions³⁷. Il est nécessaire d'instaurer des mesures qui prennent en compte la dimension sociale du droit contractuel³⁸. Cette dernière assure une information libre et éclairée des parties et l'équilibre des contrats³⁹ en protégeant la partie faible face aux abus de la plus forte⁴⁰. Dans l'arrêt *Fussballclub Lohn*, le Tribunal fédéral souligne, qu'en droit privé social, la liberté contractuelle matérielle prend le pas sur la liberté contractuelle formelle⁴¹ et notamment dans les contrats de travail, de bail ou de consommation⁴². Selon REVET, il y a une distorsion entre le droit commun général et les contrats actuels⁴³. Ainsi, il est impératif de moderniser la conception classique du CO⁴⁴ selon laquelle le contrat est le fruit d'une négociation individuelle. L'adoption de mesures protectrices devient primordiale pour contrer les déséquilibres contractuels et maintenir les « objectifs de justice, de liberté et d'utilité sociale »⁴⁵.

B. La lésion comme protection majeure des règles générales du Code des obligations

11. Selon TERCIER, la formation du contrat est basée sur le postulat de la promesse libre et responsable des parties⁴⁶. La protection des contractants est accordée par les règles sur la capacité civile active (soit la capacité de discernement)⁴⁷ et par celles sur les vices du consentement (art. 23 ss CO)⁴⁸ tels que la crainte fondée (art. 29 CO) et la lésion (art. 21 CO). Par conséquent, nous aborderons la crainte fondée (1), pour ensuite nous concentrer sur la lésion (2).

²⁷ BORY, N 4.

²⁸ *Ibidem*, N 84.

²⁹ REVET, Les contrats structurellement déséquilibrés, N 9.

³⁰ CHAPPUIS/MARCHAND, N 6.

³¹ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 179.

³² BORY, N 84.

³³ *Ibidem*, N 239.

³⁴ *Ibidem*, N 323.

³⁵ PICHONNAZ, Les contrats, p. 67.

³⁶ BORY, N 7.

³⁷ ARNET, N 184.

³⁸ PICHONNAZ, Les contrats, p. 65.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ BORY, N 324.

⁴¹ ATF 123 III 292, consid. 2e)aa), JdT 1998 I 586.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ REVET, Les contrats structurellement déséquilibrés, p. 1217.

⁴⁴ HUGUENIN/MEISE, p. 7.

⁴⁵ BORY, N 323.

⁴⁶ TERCIER/PICHONNAZ, N 769.

⁴⁷ TERCIER, Quels fondements, p. 212.

⁴⁸ *Ibidem*.

1. Un détour par la crainte fondée

12. Selon l'art. 29 al. 1 CO, si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspiré sans droit l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée. Complète cette disposition, l'art. 30 al. 1 CO qui prévoit que la crainte est réputée fondée lorsque la partie menacée devait croire, d'après les circonstances, qu'un danger grave et imminent la menaçait elle-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens.
13. Selon le Tribunal fédéral, quatre conditions sont requises pour engendrer la nullité d'un acte empreint d'une crainte fondée : « une mesure dirigée sans droit contre une partie, la crainte fondée qui en résulte, l'intention de l'auteur de la menace de déterminer le destinataire à faire une déclaration de volonté et le lien de causalité entre la crainte et le consentement »⁴⁹.
14. Dans le cas de la crainte fondée, le déséquilibre entre les parties résulte du fait que la partie forte contraint, sans droit, la partie faible de conclure un contrat ou d'accepter une clause en usant de la menace d'un danger grave et imminent au sens de l'art. 31 al. 1 CO⁵⁰. Cette disposition vise à protéger l'autonomie de la volonté des parties ainsi que corriger les déséquilibres contractuels qui surviennent en raison de l'utilisation de la contrainte physique ou psychique⁵¹. Par conséquent, elle prend en compte le risque d'abus d'une inégalité des forces de négociation⁵². En l'occurrence, ce dernier critère s'illustre davantage par la lésion (art. 21 CO).

2. Pour s'arrêter sur la lésion

15. Dès à présent, nous nous attarderons sur le champ d'application de la lésion et sur son efficacité pour régler les déséquilibres contractuels.
16. La lésion, d'origine romaine⁵³, se situe dans la deuxième partie générale du CO entre les vices de l'objet (art. 1 à 20 CO) et les vices du consentement (art. 23 CO ss). Selon l'art. 21 CO, en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.
17. Concernant son champ d'application, la lésion s'étend à tout contrat synallagmatique et tout acte juridique⁵⁴. Le bénéficiaire de cette disposition peut être une personne physique ou morale⁵⁵. D'une part, l'art. 21 CO nécessite une condition objective qui est la disproportion évidente⁵⁶. La disproportion « doit sauter aux yeux »⁵⁷. Elle ne requiert aucun critère mathématique même si on l'estime souvent en utilisant des pourcentages de référence⁵⁸. D'autre part, la lésion nécessite une « double condition subjective »⁵⁹. Le lésé doit se trouver dans la gêne, l'inexpérience ou la légèreté⁶⁰ et le lésionnaire doit exploiter intentionnellement une des vulnérabilités mentionnées⁶¹. Toutes les

⁴⁹ ATF 111 II 349, consid. 2, JdT 1986 I 249 ; Tribunal cantonal GE, du 8 février 2022, ACJC/249/2022, consid. 3.1.1.

⁵⁰ BORY, N 428.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ CAMPI, N 479.

⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_479/2010 du 17 février 2011, consid. 3.

⁵⁵ CAMPI, N 503.

⁵⁶ ATF 123 III 292, consid. 4, JdT 1998 I 586 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_491/2015 du 14 janvier 2016, consid. 4.1.

⁵⁷ CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, CO 21 N 5.

⁵⁸ CAMPI, N 510.

⁵⁹ CAMPI, N 517.

⁶⁰ TF, 4A_491/2015, 14 janvier 2016, consid. 4.3.

⁶¹ *Ibidem*, consid. 4.3.2.

circonstances intervenues, en amont ou postérieurement à la conclusion du contrat, sont prises en compte⁶². La gêne se définit comme tous types de contraintes, tant individuelles ou familiales que financières ou politiques⁶³. L'inexpérience se caractérise, quant à elle, par l'ignorance du lésé ne pouvant maîtriser les conséquences juridiques consécutives à l'acceptation du contrat⁶⁴. Enfin, on entend par légèreté, l'insouciance du lésé qui ne veut pas réaliser le caractère lésionnaire de l'acte en question en raison du fait qu'un autre biais cognitif a entravé sa décision tel que la colère ou les émotions⁶⁵. Le délai pour invoquer la lésion est d'un an dès la conclusion du contrat (art. 21 al. 2 CO).

18. Afin de remédier aux déséquilibres contractuels, l'art. 21 CO sanctionne le comportement de celui qui a rendu le contenu du contrat lésionnaire et non la violation même de ce contenu⁶⁶. Il ne faut cependant pas, pour cette raison, sous-estimer l'efficacité de cette mesure. Selon TERCIER, la condition de la disproportion évidente permet de prendre en considération « le prix “abusif” »⁶⁷, y compris en partant du principe que le contrat est négocié individuellement. Une invalidation totale⁶⁸ (art. 20 al. 1 CO) ou partielle⁶⁹ (art. 20 al. 2 CO) du contrat est possible. La première permet une restitution des prestations, tandis que la deuxième effectue un rééquilibrage de ces dernières⁷⁰. La nullité partielle rééquilibre le contrat puisque le lésé est remis dans sa situation patrimoniale antérieure à son exploitation par le lésant⁷¹. Ainsi, la lésion est une mesure efficace pour résoudre les déséquilibres contractuels et octroi au lésé une restitution consécutive à son dommage sans avoir une simple fonction punitive⁷².

3. Rapprochement en droit comparé

19. Nous allons comparer les dispositions du CO relatives à la crainte fondée et à la lésion avec celles du droit français, allemand et européen.
20. En droit français, on peut rapprocher la crainte fondée de l'art. 1130 CCF qui dispose que la violence est un vice du consentement. Selon l'art. 1140 CCF, la violence nécessite qu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celle de ses proches à un mal considérable. Est aussi une violence le fait qu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif (art. 1143 CCF). A l'instar du droit suisse, la partie victime d'un tel vice peut obtenir la nullité relative du contrat (art. 1131 CCF). Concernant la lésion, l'art. 1674 CCF dispose que le vendeur lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. Son champ d'application est retreint au droit immobilier. Selon CAMPI, l'application de l'art. 21 CO s'avère être, par conséquent, plus souple parce qu'il ne prévoit aucun critère mathématique pour qualifier un acte de lésionnaire⁷³.

⁶² ATF 61 II 31, consid. 2b), JT 1935 I 492 ; TF, 4A_491/2015, 14 janvier 2016, consid. 4.3.

⁶³ CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, CO 21 N 7.

⁶⁴ *Ibidem*, CO 21 N 9.

⁶⁵ *Ibidem*, CO 21 N 11.

⁶⁶ BORY, N 104.

⁶⁷ TERCIER, Le prix abusif, p. 73.

⁶⁸ CR CO I-SCHMIDLIN/CAMPI, CO 21 N 15 ss.

⁶⁹ *Ibidem*, CO 21 N 18 ss.

⁷⁰ CAMPI, N 535.

⁷¹ *Ibidem*, N 526.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, N 512.

21. Le § 138 al. 2 du Code civil allemand du 1^{er} janvier 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), accorde une protection spéciale de la partie faible qui peut s'appliquer en cas de vices du consentement⁷⁴. Il reprend les vulnérabilités mentionnées à l'art. 21 CO puisqu'elle rend nul l'acte qui entraîne une disproportion évidente en raison de l'exploitation d'une situation de contrainte, d'inexpérience, de manque de faculté, de jugement ou de volonté. Cependant, le BGB ne dispose d'aucune règle relative à la lésion, ce qui implique que l'annulation d'une clause manifestement déséquilibrée n'est possible qu'en cas d'exploitation de l'une des vulnérabilités sus mentionnées⁷⁵. En outre, le § 307 al. 1 BGB prévoit la nullité des conditions générales significativement déséquilibrées mais n'opère aucun contrôle qui compare les prestations échangées, contrairement à la lésion⁷⁶. Le contenu de la clause sera nul et remplacé par le droit commun⁷⁷.
22. Aucune disposition sur la lésion ou les vices du consentement n'est consacrée par le droit européen⁷⁸. Toutefois, les Principes Unidroit correspondent à une tendance européenne qui est similaire à celle du droit suisse, français et allemand. Par exemple, l'art. 3.2.8 des Principes Unidroit autorise une annulation notamment en cas de dol ou de contrainte envers une partie. En ce qui concerne la lésion, l'art. 3.2.7 des Principes Unidroit, dispose qu'est nulle la clause ou le contrat pour cause de lésion qui accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie.

C. Les règles spéciales du Code des obligations comme protection de la partie faible

23. À présent, nous illustrerons diverses formes de protection prévues par les règles spéciales du CO en faveur de la partie faible (1). Puis, nous ferons un rapprochement en droit comparé (2).

1. Diverses formes d'interventions protectrices en faveur de la partie faible

24. Après avoir défini la partie faible ainsi que les causes de son infériorité, nous verrons les formes de protection que les règles spéciales du CO garantissent aux travailleurs, bailleurs et consommateurs.
25. Depuis le XIX^{ème} siècle, la protection de la partie faible s'est élargie à des personnes autres que le travailleur⁷⁹. Le locataire comme le consommateur sont eux-aussi de potentielles « victime[s] de l'inégalité des forces de négociation ou [...] d'un usage abusif de la liberté contractuelle »⁸⁰. Selon TERCIER, la partie faible signifie « les personnes qui, en raison de leurs compétences ou de la situation conjoncturelle, ne sont pas à même de négocier certains contrats de la vie courante dans des conditions acceptables »⁸¹. Les causes de son infériorité s'expliquent notamment par son manque d'information, ses qualifications et/ou son pouvoir d'achat inférieur, son insuffisante maîtrise de l'art oratoire et de la négociation ou encore son manque de gestion « des biais cognitifs »⁸². La publicité influence également les décisions de la partie faible⁸³. Cette dernière peut être tout simplement perdue dans cette jungle juridique. Ainsi, accroître sa protection renverse la conception classique et met en avant le fait que le contrat n'est pas toujours conclu entre parties

⁷⁴ LEHMANN, p. 5.

⁷⁵ LEHMANN, p. 5.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ HUG, La formation, N 147.

⁷⁹ FONTAINE, p. 231.

⁸⁰ BORY, N 730.

⁸¹ TERCIER/PICHONNAZ, N 536.

⁸² BORY, N 729.

⁸³ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC), 14 décembre 1998, FF 1999 III p. 2879 ss, p. 2889.

égales mais peut être déséquilibré⁸⁴. De surcroît, les règles spéciales de protection se développent dans le CO et constituent « un “*Leitmotiv*” »⁸⁵ qui complète les dispositions de la partie générale.

26. Il existe de multiples formes de protection de la partie faible dans les règles spéciales du CO qui limitent les déséquilibres des forces de négociation. D’une part, il y a de nombreuses dispositions formelles⁸⁶ telles que l’art. 493 CO relatif au cautionnement ou l’art. 216 CO relatif à la vente d’immeubles qui disposent que la validité du contrat repose sur la forme écrite. D’autre part, il existe les règles sur le devoir d’information telles que l’art. 696 al. 1 CO ou celles permettant d’obtenir des renseignements plus étendus comme les art. 697a ss CO. Ces dernières remédient en particulier au déséquilibre informationnel qui existe entre les actionnaires et l’administrateur⁸⁷.
27. Concernant le contrat de travail, ENGEL rappelle que « l’employeur est réputé partie forte et le travailleur partie faible »⁸⁸. À titre d’exemple, le travailleur peut demander, selon l’art. 340a al. 2 CO, une réduction de la prohibition de faire concurrence qui serait excessive. Cette protection permet d’éviter les engagements excessifs que pourrait prendre l’employé à son encontre face au comportement abusif de l’employeur en position de supériorité⁸⁹.
28. Le contrat de bail se voit affecté lui aussi par un déséquilibre entre le locataire et le bailleur pouvant abuser de sa position de supériorité⁹⁰. On trouve des règles impératives en la matière et en particulier l’art. 270 CO qui permet au locataire de contester un loyer initial abusif, c’est-à-dire présentant un rendement excessif pour le bailleur (art. 269 CO)⁹¹. Cette protection ne lui est accordée au locataire que s’il prouve qu’il se trouvait en situation d’inégalité face au bailleur au sens des conditions alternatives posées par la jurisprudence⁹².
29. En droit de la consommation, les art. 40a ss CO prévoient un droit de révocation en matière de démarchage à domicile ou de contrats semblables. Ces dispositions constituent des mesures protectrices uniquement applicables aux consommateurs⁹³. Le démarchage à domicile s’ancre parmi les contrats conclus à la hâte qui protègent la partie faible notamment face aux conséquences financières auxquelles elle pourrait être confrontée⁹⁴. Un délai de réflexion a été établi pour palier à l’effet de surprise qui peut entacher la volonté libre et éclairée du consommateur⁹⁵. Par conséquent, ce dernier bénéficie de 14 jours dès la conclusion du contrat et la connaissance de son droit pour révoquer l’offre selon l’art. 40e al. 2 CO. Ces dispositions corrigent les déséquilibres structurels et l’insuffisance informationnelle sans tenir compte du contenu du contrat, souvent défavorable pour le consommateur⁹⁶.

2. Rapprochement en droit comparé

30. Nous allons comparer l’analyse précédente avec les mesures spéciales de protection du droit français, allemand et européen.

⁸⁴ BORY, N 9.

⁸⁵ HUG, La formation, N 2213.

⁸⁶ FONTAINE, p. 233.

⁸⁷ BORY, N 435.

⁸⁸ ENGEL, p. 290.

⁸⁹ BORY, N 432.

⁹⁰ TERCIER, La partie faible, N 16.

⁹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_295/2016 du 29 septembre 2016, consid. 4.1, SJ 2017 I 289.

⁹² ATF 136 III 82, consid. 2, SJ 2010 241 ; TF, consid. 4.1, SJ 2017 I 289.

⁹³ CR CO I-STAUDER, CO 40a N 3.

⁹⁴ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 3323.

⁹⁵ PICHONNAZ, Les contrats, p. 69.

⁹⁶ CR CO I-STAUDER, CO 40a-f N 4 intro.

31. En droit du travail, il existe une clause de non-concurrence excessive à l'art. 1121-1 du Code du travail français du 1^{er} mai 2008 (CC. trav.). Cette disposition est complétée par la jurisprudence qui précise notamment que la clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps et dans l'espace et oblige l'employeur à verser au salarié une contrepartie financière⁹⁷. Le législateur allemand prévoit au § 74 al. 1 du Code du commerce allemand du 1^{er} janvier 1900 (*Handelsgesetzbuch*, HGB) qu'une clause de non-concurrence n'est valable que sous forme écrite aux conditions du § 126 BGB. Elle doit être en particulier limitée à une période de deux ans au plus et ne doit pas entraver de façon injustifiée, par le lieu, le temps ou l'objet, le salarié dans sa progression (§ 74a al. 1 HGB).
32. Quant aux contrats de baux et loyers, en sus des art. 1708 ss CCF, le législateur français a réglementé de manière plus spécifique la matière par la Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tentant d'améliorer les rapports locatifs (Loi n° 89-462). Pour réduire les loyers abusifs en cas de renouvellement du contrat, l'art. 17 al. 1 Loi n° 89-462 limite la réévaluation du loyer à la condition qu'il soit manifestement sous-évalué et prévoit une indexation stricte (art. 17-2 al. 2 Loi n° 89-462). *A contrario*, le droit allemand ne prévoit pas de disposition permettant une réduction du loyer en cas d'augmentation mais octroie au locataire la possibilité de demander une évaluation à la baisse pour les défauts de la chose louée (§ 536 BGB).
33. Concernant le droit de la consommation, l'art. L221-18 du Code de la consommation français du 1^{er} juillet 2016 (Code de la Consommation, C. consom.) octroie au consommateur un droit de rétractation concernant les contrats conclus hors établissement, nommés aussi contrats de démarchage à domicile. Ce même droit est prévu par les § 312 ss BGB.
34. En droit européen, on trouve des règles de protection formelles, comme l'art. 4 al. 1 de la directive 87/102, qui exige la forme écrite pour la conclusion des contrats de crédit ainsi que la fourniture au consommateur d'un exemplaire. À l'art. 4 al. 2 et 3 de la directive 87/102 figure aussi une liste de mentions obligatoires que le professionnel doit respecter afin d'informer de façon éclairée le consommateur.

D. L'art. 8 LCD : une protection non négligeable

35. Dans un premier temps, nous verrons que l'art. 8 LCD se trouve dans les lois spéciales ayant pour objectif la protection du consommateur (1). Dans un deuxième temps, nous analyserons son champ d'application (2). Pour finir, nous verrons que l'origine européenne de cette disposition a également un but de protection du consommateur (3).

1. Un objectif de protection du consommateur

36. D'abord, nous présenterons différentes lois spéciales du droit de la consommation. Ensuite, nous analyserons la raison de la protection du consommateur et illustrerons cette dernière.
37. Les règles de la partie générale du CO, comme la lésion et la crainte fondée, sont jugées insuffisantes et inadéquates⁹⁸. Dès lors, les lois spéciales sur la protection de la partie faible se développent, notamment en droit de la consommation⁹⁹. Par exemple, on trouve la Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)¹⁰⁰, la Loi fédérale du 23 juin 2006 sur

⁹⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, 10 juillet 2002, *M. X. c. la société La Mondiale*, n°00-45135, Décision relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Reims 2000-06-28.

⁹⁸ CR CO I-THÉVENOZ/WERRO, N 9.

⁹⁹ BÜYÜKSAGIS, p. 1397.

¹⁰⁰ RS 241.

les placements collectifs de capitaux (LCC)¹⁰¹, la Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait (LVF)¹⁰² ou encore la Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)¹⁰³. Le droit de la consommation est donc « pluridisciplinaire »¹⁰⁴.

38. HUGUENIN qualifie le consommateur comme la partie inexpérimentée et solitaire¹⁰⁵. On part donc du postulat que le consommateur est toujours la partie faible du contrat et qu'il mérite une protection accrue face aux professionnels¹⁰⁶. C'est pourquoi, il existe diverses mesures protectrices dans les lois spéciales qui visent à corriger le déséquilibre des forces de négociation¹⁰⁷. En l'absence de disposition expresse, la notion de consommateur reste controversée¹⁰⁸. Le consommateur est défini le plus largement à l'art. 2 al. 3 let. a LVF¹⁰⁹ comme toute personne qui conclut ou s'engage à conclure un forfait. En outre, le consommateur se doit d'agir envers un professionnel, soit le fournisseur de biens et services agissant dans le cadre de son activité professionnelle au sens de l'art. 32 CPC. Cette obligation permet de tenir compte du déséquilibre présent entre les parties¹¹⁰.
39. À titre d'exemple, en matière de crédit à la consommation, l'art. 14 LCC limite le taux d'intérêt maximum à 15 %, réduit à 10 % selon l'art. 1 de l'Ordonnance du 6 novembre 2002 relative à la loi fédérale sur le crédit à la consommation (OLCC)¹¹¹. Cette disposition tient compte en particulier du fait que le consommateur doit prendre conscience des bénéfices qu'il peut effectivement tirer du crédit sur le court et long terme¹¹². Les art. 4 ss LVF imposent également à l'organisateur de voyage à forfait, de larges devoirs d'informations précontractuels en faveur du consommateur. De même, l'art. 3 al. 1 LCA prévoit une liste détaillée relative aux devoirs d'informations de l'assureur à l'égard du preneur d'assurance qui doit pouvoir aisément se conforter sur sa volonté de conclure et les risques qu'il encoure en cas de conclusion du contrat¹¹³.

2. Le champ d'application de l'art. 8 LCD

40. À présent, nous nous attarderons sur l'art. 8 LCD et son champ d'application. Dans un premier temps, nous affinerons la définition de la notion de consommateur, de prestation de consommation courante, de disproportion notable et injustifiée, de la bonne foi ainsi que de conditions générales. Dans un deuxième temps, nous constaterons l'importance de cette disposition face aux règlements des déséquilibres en matière de contrats de consommation.
41. Cette disposition restreint la liberté économique des parties au bénéfice de la protection du consommateur¹¹⁴. Selon l'art. 8 LCD, 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

¹⁰¹ RS 951.31.

¹⁰² RS 944.3.

¹⁰³ RS 221.229.1.

¹⁰⁴ HUG, La formation, N 170.

¹⁰⁵ HUGUENIN, Obligationenrecht, N 3323.

¹⁰⁶ TERCIER, La partie faible, N 12.

¹⁰⁷ BORY, N 438.

¹⁰⁸ Cf. *infra*, N 65.

¹⁰⁹ PICHONNAZ, Les contrats, p. 57.

¹¹⁰ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 19.

¹¹¹ RS 221.214.11.

¹¹² BORY, N 438.

¹¹³ Message du Conseil fédéral concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), 9 mai 2003, FF 2003 p. 3353 ss, p. 3370.

¹¹⁴ DELAYE/HUG, p. 371.

découlant du contrat. Son champ d'application couvre tous types de contrats puisque l'art. 8 LCD vise à protéger l'ordre public au sens de l'art. 2 du Tit. fin. CC¹¹⁵.

42. La première condition requiert que les conditions générales soient utilisées au détriment d'un consommateur. Aucune définition du terme consommateur n'est cependant prévue¹¹⁶. Toutefois, l'art. 2 al. 2 de l'Ordonnance sur l'indication des prix (OIP)¹¹⁷ dispose qu'est réputée consommateur toute personne qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle. Cette notion reste controversée¹¹⁸. Selon PICHONNAZ, tant les personnes physiques que morales peuvent être un consommateur si celles-ci n'agissent pas à des fins commerciales¹¹⁹. D'après MARCHAND, la règle impose que le consommateur soit une personne physique mais permet au législateur de ne pas effectuer de distinction entre les clients d'un domaine contractuel spécifique¹²⁰. Ces deux visions inclusives faciliteraient l'application de l'art. 8 LCD.
43. La deuxième condition requiert que le contrat porte sur une prestation de consommation courante. Ce critère est également un sujet de controverses¹²¹.
44. La troisième condition est la disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat. Cette condition est primordiale afin de protéger le consommateur¹²² et prévenir les déséquilibres contractuels. La disproportion notable et injustifiée peut résulter d'un déséquilibre formel ce qui signifie que le déséquilibre s'analyse en fonction du contenu de la clause¹²³. Le déséquilibre est matériel si les effets des droits et obligations divergent entre les parties¹²⁴. Les critères pour mesurer le déséquilibre ne sont pas définis. On examine ce dernier selon le droit dispositif, le type de contrats, les critères applicables à la lésion (art. 21 CO), les principes immanents du droit ou encore le principe de l'équité¹²⁵.
45. En outre, la disproportion implique un comportement contraire aux règles de la bonne foi. La bonne foi au sens de l'art. 2 CC s'examine à l'aune des circonstances sous l'angle de la personne loyale et correcte¹²⁶. Sont notamment pris en compte, la nature du contrat, la volonté des parties et leur capacité à maîtriser les risques, les informations fournies ou encore l'usage d'une compensation des clauses défavorables pour le consommateur¹²⁷. Savoir si la bonne foi est une condition supplémentaire ou indépendante du critère de la disproportion notable et injustifiée est controversé¹²⁸. En revanche, l'application de l'art. 8 LCD serait facilitée si la bonne foi est comprise dans la condition de la disproportion. D'autant plus que, selon BORY, elle pourrait être un outil considérable afin d'assurer une protection générale et autonome contre les déséquilibres contractuels¹²⁹.

¹¹⁵ PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, p. 143.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 141.

¹¹⁷ RS 942.211.

¹¹⁸ En faveur des personnes morales comprises dans la notion de consommateur : PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, p. 141 ; FORNAGE, N 133. D'un autre avis : CR CO I-STAUDER, CO 40a N 3.

¹¹⁹ PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, p. 141.

¹²⁰ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 24.

¹²¹ Cf. *infra*, N 71.

¹²² DELAYE/HUG, p. 381.

¹²³ *Ibidem*, p. 383.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 381-382.

¹²⁶ TERCIER/PICHONNAZ, N 91.

¹²⁷ FOR, N 156.

¹²⁸ Cf. *infra*, N 72.

¹²⁹ BORY, N 663.

46. Concernant le contrôle réalisé par l'art. 8 LCD, il s'effectue uniquement pour les clauses qui sont non négociées et comprises dans les conditions générales¹³⁰. On définit les conditions générales comme toutes « clauses contractuelles pré-formulées décrivant de manière générale tout ou partie du contenu d'un contrat de consommation »¹³¹. Leur objectif premier est de baisser les frais de transaction notamment en rationalisant la gestion des contrats et en standardisant la relation contractuelle entre les parties¹³². Ces conditions peuvent prendre la « forme de clauses contractuelles intégrées par une référence [ainsi que la] forme de contrats pré-formulés »¹³³. Elles sont imposées par le professionnel ce qui implique qu'une vérification de leur équilibre est nécessaire¹³⁴. Leur contenu n'est soumis à aucune négociation et est accepté en bloc¹³⁵. Dès lors, il n'y a généralement pas de prise de connaissance des conditions générales par la partie faible, ce qui peut causer des déséquilibres contractuels¹³⁶. Le consommateur se retrouve à accepter globalement ces conditions qui comprennent des « clauses dites insolites », c'est-à-dire des clauses non envisagées par le contractant de bonne foi¹³⁷. C'est pourquoi l'art. 8 LCD est une mesure efficace puisqu'il effectue « un contrôle "direct" du contenu des conditions générales »¹³⁸ et sanctionne le comportement déloyal de l'auteur des clauses, soit la tromperie intentionnelle¹³⁹.
47. La sanction prévue est une nullité partielle si on applique par analogie l'art. 20 al. 2 CO¹⁴⁰. Aucun délai n'est requis pour invoquer la nullité¹⁴¹.
48. L'art. 8 LCD prend toute son importance en matière de contrats de consommation qui ont eux aussi un objectif de rationalisation¹⁴². À titre illustratif, le Tribunal fédéral a récemment rejeté la violation de cette disposition au motif que la banque n'a pas profité de l'inexpérience ou de l'insuffisance informationnelle du client étant donné qu'il était expérimenté en la matière¹⁴³. Le contrat ne présentait aucun déséquilibre notable et injustifié et était donc équitable¹⁴⁴. On notera que l'art. 8 LCD s'avère être une protection plus efficace que la règle de l'insolite qui ne s'applique que si les « conditions générales intégrées globalement engendrent un déséquilibre extrême »¹⁴⁵.

3. Une origine européenne

49. L'origine européenne de l'art. 8 LCD a pour but de protéger le consommateur. Nous analyserons les similitudes et les divergences de cette disposition avec le droit européen.
50. De manière générale, le droit de la consommation est directement influencé par les développements du droit européen sur la protection du consommateur¹⁴⁶. À l'instar de l'art. 8 LCD, l'art. 1 al. 1 de la directive 93/13 limite son champ d'application aux contrats de consommation. Il y a d'ailleurs

¹³⁰ BÜYÜKSAGIS, p. 1399.

¹³¹ CARRON, N. 77.

¹³² BÜYÜKSAGIS, p. 1399.

¹³³ CARRON, N. 77.

¹³⁴ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 139.

¹³⁵ DELAYE/HUG, p. 378-379.

¹³⁶ BORY, N 440.

¹³⁷ TERCIER, La partie faible, N 13.

¹³⁸ FORNAGE, N 981.

¹³⁹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 149.

¹⁴⁰ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), 2 septembre 2009, FF 2009 p. 5539 ss, p. 5568.

¹⁴¹ PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, p. 144.

¹⁴² *Ibidem*, p. 140.

¹⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A 54/2021 du 28 octobre 2021, consid 6.4.2.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ FORNAGE, N 971.

¹⁴⁶ PICHONNAZ, Les Contrats, p. 48.

une « transposition autonome »¹⁴⁷ de quelques directives européennes en la matière en droit suisse. On retrouve notamment une directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (cf. directive 85/57), les contrats à distance (cf. directive 97/7), les contrats de voyages à forfait (cf. directive 90/314), les clauses abusives dans les contrats (cf. directive 93/13) ou encore sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (cf. directive 1999/44).

51. L'art. 8 LCD s'apparente à l'art. 3 al. 1 de la directive 93/13 qui prévoit qu'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. Contrairement à la législation allemande et française, le droit suisse a transposé à l'art. 8 LCD, l'exigence du déséquilibre significatif et de la bonne foi. Le droit français ne fait référence qu'à la notion de déséquilibre significatif tandis que le droit allemand se rapporte à la notion de déséquilibre anormal¹⁴⁸.
52. Contrairement à la LCD, le droit européen donne une définition de la notion du consommateur¹⁴⁹. Selon l'art. 2 ch. 1 de la directive 2011/83, un consommateur est 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. Le champ d'application de la directive 93/13 est plus large que celui de l'art. 8 LCD, puisque l'art. 3 al. 1 de la directive 93/13 contrôle toutes les clauses d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Il y a donc un contrôle de l'ensemble des clauses non négociées y compris celles qui ne se situent pas dans les conditions générales¹⁵⁰.
53. Le droit européen possède une liste de clauses abusives que plusieurs États ont transposé dans leur législation¹⁵¹. Figurant dans la directive 93/13, cette liste dite grise est réfragable et exemplative¹⁵². Elle renverse le fardeau de la preuve en chargeant le professionnel, et non la partie faible, d'alléguer que la clause litigieuse n'est pas abusive¹⁵³. Le professionnel peut apporter la preuve du contraire en démontrant qu'il a rendu attentif le consommateur sur la spécificité de la clause¹⁵⁴. Pour renforcer l'effectivité de cette liste, des pays européens, dont l'Allemagne, ont établi une liste dite noire qui est irréfutable et se cumule avec une règle générale de droit privé telle que le § 307 BGB¹⁵⁵. En revanche, le caractère exhaustif de cette liste ne peut prévoir tous les éventuels cas abusifs¹⁵⁶. Il est intéressant de relever que le Conseil fédéral se réfère dans son Message à la liste de la directive 93/13¹⁵⁷. De ce fait, le Tribunal fédéral est incité à interpréter un conflit entre un consommateur et un professionnel à l'aune de la jurisprudence de la CJUE¹⁵⁸.
54. En définitive, la protection conférée par l'art. 8 LCD est plus étendue que celle de la directive 93/13¹⁵⁹. Cette disposition effectue un contrôle des clauses contractuelles entre tous les fournisseurs

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ TENREIRO/FERIOLI, p. 16-17.

¹⁴⁹ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 29.

¹⁵⁰ BÜYÜKSAGIS, p. 1398 ; cf. *supra*, N 46.

¹⁵¹ BÜYÜKSAGIS, p. 1398.

¹⁵² CJCE, affaire *Commission c. Royaume de Suède* du 7 mai 2002, aff. C-478/99, Rec. 2002 p. I-9583, § 22.

¹⁵³ BÜYÜKSAGIS, p. 1398.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ FF 2009 p. 5561.

¹⁵⁸ FORNAGE, N 1010.

¹⁵⁹ *Ibidem*, N 1009.

et clients et non uniquement entre un professionnel et un consommateur¹⁶⁰. Ce contrôle permet également de vérifier que le prix correspond avec la rémunération et ne se retreint pas¹⁶¹, contrairement au droit européen, à la transparence des clauses, soit clarté et la compréhensibilité des clauses¹⁶². Ce dernier critère impose à la partie forte l'interprétation la plus défavorable des conditions générales et son manque d'information fournie à la partie faible¹⁶³.

III. LES LIMITES DE CES MESURES PROTECTRICES

A. L'insuffisance des règles générales de protection du Code des obligations

55. D'abord, nous analyserons les limites relatives aux vices du consentement (1), puis celles relatives à la lésion (2). Nous conclurons cette analyse par une synthèse (3)

1. Les limites relatives aux vices du consentement

56. Le modèle classique, reposant sur le principe de l'équilibre contractuel et du contrat nécessairement juste, n'est plus en adéquation avec notre société actuelle¹⁶⁴. Il est la cause de l'insuffisance des règles générales du CO¹⁶⁵. Certaines inégalités échappent aux dispositions légales alors qu'elles engendrent bel et bien un déséquilibre¹⁶⁶. C'est le cas des règles sur les vices du consentement (art. 23 ss CO) qui sont rarement invocables en cas de divergences des forces de négociation entre les parties¹⁶⁷.
57. Les limites des vices du consentement résultent notamment du déséquilibre lié à l'usage des conditions générales dans les contrats. Le professionnel a intérêt, afin de maximiser son profit, de minimiser la prise de connaissance et la négociation individuelle de ces conditions¹⁶⁸. Il profite du déséquilibre informationnel pour convaincre le consommateur, « souvent impatient concernant l'avenir proche et myope concernant l'avenir lointain »¹⁶⁹, de conclure le contrat. Le rôle des conditions générales a pour but d'assurer une concurrence loyale ainsi que l'autonomie de la volonté des parties¹⁷⁰. Comme sus mentionnées¹⁷¹, elles sont généralement non négociées. Par conséquent, le consommateur peut, même après une prise de connaissance succincte, les accepter tout en sachant pertinemment qu'elles peuvent lui être désavantageuses¹⁷². Il devient alors difficile de retenir un vice du consentement. Par exemple, l'erreur essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO ne peut être retenue en raison du principe « *take it or leave it* »¹⁷³, qui signifie que le consommateur est contraint d'accepter ou refuser le contrat. On peut également exclure le dol (art.

¹⁶⁰ *Ibidem*, N 990.

¹⁶¹ *Ibidem*, N 1009.

¹⁶² *Ibidem*, N 945.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ TERCIER, Quels fondements, p. 214.

¹⁶⁵ BORY, N 96.

¹⁶⁶ REVET, Les contrats structurellement déséquilibrés, N 9.

¹⁶⁷ BORY, N 102.

¹⁶⁸ PICHONNAZ/FORNAGE, p. 285.

¹⁶⁹ BÜYÜKSAGIS, p. 1400.

¹⁷⁰ PICHONNAZ/FORNAGE, p. 286.

¹⁷¹ Cf *supra*, N 46.

¹⁷² BÜYÜKSAGIS, p. 1400.

¹⁷³ *Ibidem*.

28 CO) ou la crainte fondée (art. 29 CO) étant donné que le manque d'informations fournies s'explique par le but rationalisation et non par la tromperie intentionnelle¹⁷⁴.

2. L'endiguement de la règle sur la lésion

58. Selon CAMPI, « la règle de la lésion s'avère à nouveau endiguée »¹⁷⁵. L'application de l'art. 21 CO requiert, comme nous l'avons précédemment mentionné¹⁷⁶, que le lésé prouve la double condition subjective. Celle-ci représente « un fardeau supplémentaire »¹⁷⁷ pour ce dernier. Sur ce point, le droit français est plus flexible puisque l'art. 1674 CCF impose uniquement au lésé la preuve d'un déséquilibre lésionnaire¹⁷⁸. De même, la condition de l'exploitation d'une des vulnérabilités par le lésant, fait souvent défaut avec un prix seulement abusif qui n'est pas lié à une situation de vulnérabilités¹⁷⁹. Elle ne tient compte que des causes qui ont entravé la libre négociation des parties en partant de la présomption que le contrat est nécessairement juste¹⁸⁰. Une éventuelle inégalité des forces de négociation n'est ainsi pas sanctionnée par la lésion.
59. En outre, le consommateur est limité à invoquer les dispositions relatives aux vices du consentement et à la lésion en raison des délais relativement brefs. En l'occurrence, le délai ne court que pendant un an dès que la crainte fondée s'est dissipée (art. 31 al. 1 et 2 CO) ou dès la conclusion du contrat en cas de lésion (art. 21 al. 2 CO). L'art. 42 du Code des obligations suisse 2020 (CO 2020)¹⁸¹ prévoit lui aussi, en ce qui concerne la lésion, un délai d'un an à dater de la cessation de l'altération de la liberté de décision. À titre d'exemple, un arrêt récent du Tribunal fédéral exclut l'invocation par le lésé des vices du consentement et de la lésion en raison de l'expiration des délais y afférents¹⁸².

3. Synthèse

60. En définitive, les règles sur les vices du consentement et la lésion s'appliquent de façon restrictive et font reposer le fardeau de la preuve sur le consommateur. Ces dispositions n'ont aucun intérêt pour la protection de la partie faible en cas de déséquilibre informationnel ou d'état de dépendance qui empêche ce dernier de se départir du contrat dans le délai légal¹⁸³. L'absence de vices n'empêche pas la création de déséquilibres et ne règle pas « le problème de la volonté fictive découlant des contrats de consommation de masse »¹⁸⁴. Cependant, selon BORY, les règles relatives aux vices du consentement et la lésion seraient des outils de protection efficaces afin de contribuer à l'évolution de la jurisprudence en matière de déséquilibres contractuels¹⁸⁵. À l'heure actuelle, les tribunaux opèrent toujours le contrôle des clauses non négociées à l'aune des conditions générales et de la clause insolite¹⁸⁶. On ressent ainsi un manque de cohérence générale et de bases légales claires pour mettre en œuvre des mesures protectrices efficaces qui contrent les contrats déséquilibrés¹⁸⁷.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ CAMPI, p. 310.

¹⁷⁶ Cf. *supra*, N 17.

¹⁷⁷ CAMPI, N 519.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ TERCIER, Le prix abusif, p. 74.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 73.

¹⁸¹ Cf. OR CO 2020-HUGUENIN/HILTY.

¹⁸² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_328/2016 du 10 novembre 2016, consid. B.b.

¹⁸³ BORY, N 102.

¹⁸⁴ BÜYÜKSAGIS, p. 1399.

¹⁸⁵ BORY, N 734.

¹⁸⁶ *Ibidem*, N 13.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

B. L'approche sectorielle et stéréotypique des mesures protectrices

61. Dès à présent, nous verrons la définition, les limites et l'illustration de l'approche stéréotypique et sectorielle des mesures protectrices (1). Ensuite, nous analyserons la pratique du Tribunal fédéral ainsi que celle du droit européen face à cette approche (2). Nous concluons par une synthèse (3).

1. Définition, limites et illustration de l'approche stéréotypique et sectorielle

62. La partie faible, telle que le travailleur, le locataire, l'assuré ou encore le consommateur, bénéficie de règles protectrices face aux inégalités des forces de négociation¹⁸⁸. Or, ces mesures ne tiennent pas compte des divergences de forces et restreignent leur protection à ces personnes jugées vulnérables en se basant sur une approche stéréotypique¹⁸⁹. On définit l'approche stéréotypique comme « la généralisation de caractéristiques qui définissent un groupe de personnes et les distinguent des autres »¹⁹⁰.
63. Des limites découlent de cette approche. Premièrement, elle écarte de son champ de protection les individus qui ne remplissent pas les conditions posées alors qu'ils sont eux-aussi concernés par l'inégalité des forces de négociation¹⁹¹. À titre d'exemple, les PME ou encore les organisations non gouvernementales en sont exclues¹⁹². Deuxièmement, cette approche inclut tous les individus qui sont définis comme une partie faible et y compris ceux dont la protection n'est en soit pas légitime¹⁹³. Par exemple, les bonus perçus par des salariés à très hauts revenus sont protégés puisqu'ils ne sont pas requalifiés en salaire au sens de l'art. 322 CO¹⁹⁴.
64. Les contrats de consommation illustrent cette approche sectorielle et stéréotypique¹⁹⁵. Il n'existe en Suisse aucune loi générale en droit de la consommation¹⁹⁶. C'est donc par la combinaison des règles générales du CO et des règles spéciales de protection du consommateur, que s'est développée cette « approche sectorielle du droit de la consommation »¹⁹⁷. Comme nous l'avons vu, les lois spéciales, telles que l'art. 8 LCD et les art. 40a ss CO protègent le consommateur. *A contrario*, le droit français dispose par le Code de la consommation d'une loi spéciale de nature générale sur la protection du consommateur¹⁹⁸. Le CCF distingue également, dans ses règles générales, le contrat d'adhésion et le contrat de gré à gré¹⁹⁹. Pour sa part, le droit allemand s'apparente davantage au droit suisse en intégrant la protection du consommateur dans le BGB²⁰⁰. Par exemple, on trouve la définition du consommateur au § 13 BGB, des conditions générales aux §§ 305 ss BGB et du droit de révocation aux §§ 355 ss BGB.
65. La définition de la notion du consommateur est également soumise à une approche stéréotypique et sectorielle. Elle n'est aucunement « monolithique »²⁰¹. Celle-ci peut être restreinte telle qu'à l'art.

¹⁸⁸ Cf. *supra*, N 23 ss.

¹⁸⁹ BORY, N 730.

¹⁹⁰ *Ibidem*, N 732.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_557/2015 du 22 juin 2016, consid. 3.2 : « Le salaire d'un employé doit être qualifié de très haut lorsque la totalité de la rémunération qu'il a effectivement perçue au cours d'une année donnée équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse ».

¹⁹⁵ FORNAGE, N 45.

¹⁹⁶ DELAYE/HUG, p. 374.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ HUG, Nouvelles technologies, N 36.

¹⁹⁹ Cf. *infra*, N 86 ss.

²⁰⁰ HUG, Nouvelles technologies, N 36.

²⁰¹ PICHONNAZ, nouvel art. 8 LCD, p. 141.

32 CPC dont l'application est limitée à la notion de prestation de consommation courante, contrairement à l'art. 3 LCC. Mais elle peut être plus étendue comme à l'art. 2 al. 3 let. a LVF qui inclut les personnes morales et toutes personnes qui concluent ou s'engagent à conclure un forfait portant sur une prestation de consommation courante. Cette analyse démontre que l'approche sectorielle du droit des contrats ne fait qu'être renforcée par la multitude de lois spéciales qui ne sont pas homogènes par rapport aux notions juridiques²⁰².

2. La pratique du Tribunal fédéral et celle du droit européen

66. En pratique, on constate que les tribunaux abordent uniquement la divergence des forces de négociation sous l'angle de l'approche stéréotypique et sectorielle²⁰³. Cependant, un arrêt du Tribunal fédéral se détache légèrement de cette approche par rapport à la requalification d'un bonus en salaire pour un banquier qui dispose d'un très haut revenu²⁰⁴. Le Tribunal fédéral précise qu'il faut « tempérer, en cas de rémunération très élevée, la nécessité sociale de protection du travailleur et le besoin de limiter dans ce cadre la liberté contractuelle des parties »²⁰⁵. Cependant, il n'octroie toujours pas à ce type d'employé, la possibilité de demander une telle protection au motif que sa liberté contractuelle est restreinte²⁰⁶.
67. En droit européen, la notion du consommateur s'avère aussi soumise à une approche sectorielle²⁰⁷. A titre d'exemple, l'art. 2 ch. 4 de la directive 90/314 définit le consommateur comme la personne ou toute personne en son nom qui achète ou s'engage à acheter un voyage à forfait ou encore toute personne à qui le contractant principal ou un des autres bénéficiaires transfère le forfait. L'art. 2 de la directive 85/577 désigne, quant à lui, le consommateur comme la personne physique qui conclut un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle. À l'instar de l'art. 3 LCC, l'art. 3 let. a de la directive 2008/48 mentionne la nécessité que le consommateur ait un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle. Néanmoins, l'UE incite les États à améliorer les directives en matière de protection du consommateur qui apparaissent sectorielles²⁰⁸.

3. Synthèse

68. Si l'on souhaite accroître la justice contractuelle, il est inadéquat de la limiter à un certain type d'ayants droit puisque l'enjeu majeur est le déséquilibre contractuel²⁰⁹. L'approche sectorielle engendre de réelles difficultés pour délimiter les règles et les notions juridiques²¹⁰. De plus, elle ne résout pas les problèmes relatifs à l'autonomie de la volonté²¹¹ et aux contrats déséquilibrés. Il faut ainsi accepter de restreindre la liberté contractuelle en faveur de l'adoption de mesures protectrices qui sanctionnent le déséquilibre manifeste entre les prestations créées en raison de l'inégalité des forces de négociation²¹². C'est dans ce contexte qu'intégrer la notion de contrat déséquilibré en tant que principe général²¹³ permettrait de renforcer les mesures de protection afin d'optimiser la liberté contractuelle²¹⁴. En l'occurrence, une définition générale du consommateur en droit suisse serait

²⁰² DELAYE/HUG, p. 374.

²⁰³ BORY, N 731.

²⁰⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014 du 11 août 2015, consid. 4.3.2.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ FORNAGE, N 44.

²⁰⁸ COM(2006) 744 final, p. 15.

²⁰⁹ PICHONNAZ, Droit de la consommation, p. 67.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 72.

²¹¹ *Ibidem*, p. 72-73.

²¹² *Ibidem*, p. 67.

²¹³ BORY, N 736.

²¹⁴ GRUNDMANN, p. 500.

une première étape de réflexion pour contribuer à remettre en cause l'approche sectorielle et stéréotypique du droit des contrats²¹⁵.

C. Les notions controversées de l'art. 8 LCD et l'absence de contrôle des clauses dites négociées

69. Malgré son rôle primordial de protection contre les déséquilibres contractuels²¹⁶, l'art. 8 LCD fait face à plusieurs limites. D'abord, nous analyserons les diverses notions controversées de cette disposition (1). Ensuite, nous constaterons les limites inhérentes à l'absence de contrôle des conditions générales dites négociées (2). Enfin, nous proposerons une solution effective pour renforcer la protection de l'art. 8 LCD face aux déséquilibres contractuels (3).

1. Les diverses notions controversées de l'art. 8 LCD

70. La LCD ne contient aucune définition de la notion de consommateur, condition *sine qua non* de l'art. 8 LCD²¹⁷. En effet, le Tribunal fédéral n'a, à ce jour, pas pris position sur cette notion²¹⁸, qui est controversée²¹⁹ et qualifiée dans un arrêt récent comme restant un « élément délicat »²²⁰. La doctrine admet que les personnes morales dotées d'un but commercial en sont exclues²²¹ et notamment les PME²²². Considérer que les personnes, qui agissent à des fins privées, ne présentent aucune légitimité à être protégées, s'oppose à l'orientation prise par l'Europe, qui estime qu'il est du ressort du droit contractuel général de contrôler les clauses abusives²²³.
71. De même, la notion de prestation de consommation courante est controversée²²⁴. Selon le Tribunal fédéral, sa valeur pécuniaire se situe entre 20'000 et 80'000 CHF au maximum²²⁵. FORNAGE souligne que cette notion serait incompatible avec le droit européen qui ne requiert pas ce critère financier sauf pour les contrats de crédit à la consommation (art. 2 ch. 2 let. c de la directive 2008/48) et ceux conclus en dehors des établissements commerciaux (art. 3 ch. 1 de la directive 85/577)²²⁶. En effet, la CJUE est favorable à une approche restrictive de la notion de consommateur²²⁷ mais ne se cantonne pas à une valeur chiffrée pour exclure une quelconque protection²²⁸. Le droit européen se réfère plutôt à la finalité professionnelle qui permettrait d'assurer davantage de sécurité juridique²²⁹. Par ailleurs, on notera que ceux parmi la doctrine qui optent en faveur d'une interprétation large de cette notion, considèrent qu'imposer cette condition ferait perdre toute utilité à l'art. 8 LCD puisque les conditions générales traitent rarement des actes journaliers de la consommation courante²³⁰.

²¹⁵ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 28.

²¹⁶ Cf. *supra*, N 40 ss.

²¹⁷ DELAYE/HUG, p. 375 ; cf. *supra*, N 42.

²¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_275/2019 du 29 août 2019, consid. 1.4.

²¹⁹ Cf. *supra*, N 42.

²²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2021 du 28 octobre 2021, consid. 7.4.

²²¹ CR LCD-PICHONNAZ, LCD 8 N 130 ; BSK LCD-THOUVENIN, LCD 8 N 82.

²²² CR LCD-PICHONNAZ, LCD 8 N 129, BSK LCD-THOUVENIN, 8 LCD N 79.

²²³ HUG, La formation, N 2249.

²²⁴ MARCHAND, Droit de la consommation, p. 20-21. Critiques de la pertinence du critère de la consommation courante : FORNAGE, N 1328 ss ; PICHONNAZ, Les contrats, p. 58 ss.

²²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_432/2007 du 8 février 2008, consid. 4.2.2, SJ 2008 I 313.

²²⁶ FORNAGE, N 1333.

²²⁷ CJCE, arrêt *Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligung GmbH* du 19 janvier 1993, aff. C-89/91, Rec. 1993 p. I-181, § 20.

²²⁸ CJCE, arrêt *Gruber c. Bay Wa AG* du 20 janvier 2005, aff. C-464/01, Rec. 2005 p. I-458, § 45.

²²⁹ *Ibidem*, § 46.

²³⁰ CR LCD-PICHONNAZ, LCD 8 N 131 ; BSK LCD-THOUVENIN, UWG 8 N 82.

72. La notion de la bonne foi de l'art. 8 LCD soulève aussi une controverse pour savoir si elle est une condition supplémentaire ou comprise dans celle du déséquilibre notable et injustifié²³¹. Selon le Message du Conseil fédéral, la bonne foi requiert une pesée des intérêts qui prend en compte toutes les circonstances et permet une « appréciation nuancée du rapport de force entre l'utilisateur des conditions générales et le partenaire contractuel »²³². Le Tribunal fédéral est donc incité, sur base de l'art. 2 CC²³³, à procéder à un contrôle étendu des conditions générales par le biais des normes civiles²³⁴. De même, considérer ces deux notions comme complémentaires allégerait le fardeau de la preuve du consommateur et lui ferait bénéficier d'une protection équivalente à celle du droit européen. Ce dernier considère que traiter indépendamment ces deux notions entrave le niveau de protection du consommateur et lui est dommageable²³⁵. Certains pays, comme la France et l'Allemagne, n'ont d'ailleurs pas transposé dans leur législation la notion de bonne foi²³⁶.

2. L'absence de contrôle des conditions générales dites négociées

73. L'art. 8 LCD n'effectue aucun contrôle des conditions générales dites négociées²³⁷. Les dispositions concernant les vices du consentement demeurent l'unique moyen de déterminer un abus²³⁸ ; ces protections sont cependant insuffisantes²³⁹. Dans la majorité des cas, ce dernier est contraint de déclarer qu'il accepte les conditions générales sans en avoir en réalité pris connaissance ou pu participer à leur élaboration²⁴⁰. HUGUENIN parle de prise de contrôle globale, c'est-à-dire que le consommateur est contraint d'accepter ou de refuser le contrat sans la possibilité d'effectuer une quelconque modification²⁴¹. Une décision unilatérale se crée et engendre un déséquilibre des forces de négociation qui nécessite une intervention étatique afin de rétablir l'équilibre contractuel²⁴². Les conditions générales occultent donc la volonté réelle des parties en la remplaçant par une fiction²⁴³.
74. De plus, le Tribunal fédéral ne définit pas la notion de clauses négociées et considère que, pour qu'elles soient valables, le professionnel doit attirer l'attention du contractant sur celles-ci en lui indiquant d'en prendre connaissance²⁴⁴. Or, nous avons vu que le consommateur, malgré une information éclairée et correcte du professionnel, est contraint d'accepter une clause qui lui est défavorable. Sur ce point, la protection du consommateur conférée par la Cour suprême allemande (BGH) est plus exigeante puisqu'elle requiert une information détaillée et une réelle compréhension du contenu et des conséquences juridiques des clauses²⁴⁵.

3. Synthèse et solution européenne pour renforcer l'efficacité de l'art. 8 LCD

75. En conclusion, cette analyse fait ressortir de nombreuses imprécisions juridiques qui sont des sources directes de controverses. Néanmoins, il ne faut pas pour ces raisons négliger l'usage de l'art. 8 LCD, qui reste malgré tout un moyen efficace afin de contrôler l'équilibre contractuel des

²³¹ Favorables à la bonne foi comme condition supplémentaire : PICHONNAZ/FORNAGE, p. 289-290. D'un avis contraire : MARCHAND, p. 150 ; BÜYÜKSAGIS, p. 1407-1408.

²³² FF 2009 p. 5567.

²³³ ATF 112 II 450, consid. 3a), JdT 1987 I 91.

²³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A.54/2009 du 20 avril 2009, consid. 1.

²³⁵ ROPPO, p. 132.

²³⁶ Cf. *supra*, N 51.

²³⁷ BÜYÜKSAGIS, p. 1399.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ Cf. *supra*, N 55 ss.

²⁴⁰ HUGUENIN, Kommunikationsmodellen, p. 121.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ BÜYÜKSAGIS, p. 1393-1394.

²⁴⁴ ATF 100 II 200, consid. 5d).

²⁴⁵ BGH, 19 mai 2005, III ZR 437/04, consid. 9 b).bb).

conditions générales²⁴⁶. Une solution pour renforcer l'efficacité de l'art. 8 LCD serait de combiner son application avec celle des listes de clauses abusives du droit européen²⁴⁷. Elles renverseraient le fardeau de la preuve qui repose sur le consommateur, et obligeraient le professionnel à prouver le caractère non abusif des clauses se trouvant dans la liste²⁴⁸. Une sécurité et une justice contractuelles seraient garanties au consommateur. Somme toute, le rôle de la jurisprudence européenne est non négligeable afin de clarifier les notions juridiques²⁴⁹ et les potentielles résolutions des déséquilibres contractuels. L'approche européenne en la matière contribuerait à faire évoluer les mesures protectrices du droit suisse pour les rendre plus effectives face à l'augmentation des contrats déséquilibrés.

IV. DES SOLUTIONS EFFECTIVES POUR REMÉDIER AUX DÉSÉQUILIBRES CONTRACTUELS

A. Une simplification normative nécessaire

76. En premier lieu, nous constaterons que la tendance en matière de résolution des déséquilibres contractuels est cantonnée à des projets d'uniformisation (1). En deuxième lieu, nous étudierons l'efficacité de ces projets (2).
1. Une tendance cantonnée à des projets d'uniformisation
77. Nous rappellerons l'intérêt et l'influence pour le droit suisse des projets européens d'uniformisation en matière contractuel en mettant l'accent sur les projets des ACQP et du DCFR.
78. Le Tribunal fédéral opte en faveur d'une interprétation conforme à la jurisprudence de la CJUE²⁵⁰ ce qui soumet le juge à une « harmonisation autonome dynamique »²⁵¹. C'est pourquoi s'intéresser aux différentes tentatives d'uniformisation du droit privé européen présente un intérêt tout particulier. Cette tendance se retrouve, par ailleurs, dans les objectifs du Projet CO 2020 qui souhaite rendre les règles générales du CO plus cohérentes, claires, succinctes et modernes²⁵². Par exemple, un droit de révocation général en matière de contrats de consommation est consacré aux art. 16 ss CO 2020.
79. Les tentatives européennes d'uniformisation du droit des contrats ont pour objectif d'intégrer dans le droit commun général les dispositions protectrices du consommateur²⁵³. On retrouve également en Suisse une tendance similaire au travers des Principes Unidroits²⁵⁴. Il existe deux principaux projets européens : les *Acquis Principles* (ACQP), et le *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). La Commission européenne a également fait paraître un Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les

²⁴⁶ FORNAGE, N 1036.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD, p. 142.

²⁵⁰ ATF 129 III 335, consid. 6, JdT 2003 II 75 ; ATF 130 III 182, consid. 5.5.1, JdT 2005 I 3.

²⁵¹ PICHONNAZ, Les contrats, p. 51.

²⁵² OR CO 2020-HUGUENIN/HILTY, CO 2020 I N 16 ss.

²⁵³ HUG, La formation, N 2051.

²⁵⁴ *Ibidem*, N 2050.

entreprises²⁵⁵. Cette publication incite à une uniformisation du droit contractuel et se distingue de l'approche sectorielle adoptée jusqu'à présent.

80. D'après HUG, le projet des ACQP est « la première tentative de systématisation générale des devoirs d'informations précontractuels » du droit européen²⁵⁶. Le devoir d'information du professionnel tient compte du consommateur en tant que partie faible au sens de l'art. 2:203 ACQP. Les ACQP, à l'instar du DCFR, offrent une définition générale de la notion de consommateur (art. 1:201 ACQP ; art. I.-1:105(1) DCFR) et de professionnel (art. 1:202 ACQP ; art. I.-1:105(2) DCFR)²⁵⁷. Une protection générale est également prévue contre l'utilisation des clauses non négociées aux art. 6:101 (1) ACQP et 6:202 ACQP. Il y a également une liste de clauses abusives (art. 6:304 ACQP) et potentiellement abusives (art. 6:305 ACQP). Ce projet serait plus concis par comparaison à la partie générale du CO²⁵⁸.
81. Le projet du DCFR tente de sortir de l'approche sectorielle puisqu'il n'institue aucune partie spéciale en matière du droit de la consommation²⁵⁹. Ce dernier est inclus dans la partie générale du DCFR, ce qui privilégie une vision plus étendue des relations entre les contractants qui ne se limite pas à la seule protection du consommateur²⁶⁰.

2. L'effectivité des projets d'uniformisation

82. Nous nous intéresserons désormais à l'effectivité des projets d'uniformisation pour contrer les déséquilibres contractuels.
83. Le droit européen des contrats est compétitif²⁶¹. Dès lors, qu'advient-il de la justice contractuelle face à la rationalité du marché ? À nouveau, les projets des ACQP et DCFR présentent une approche sectorielle en matière de protection de la partie faible. Par exemple, le projet des ACQP se constitue de dispositions générales et spéciales comme c'est le cas pour le contrat négocié en dehors des établissements commerciaux, de voyage à forfait ou encore de crédit à la consommation²⁶². Si on pousse notre raisonnement en envisageant une uniformisation totale, ceci impliquerait un niveau de protection du consommateur équivalent dans chaque État²⁶³. Dans la mesure où certains d'entre eux présenteraient déjà un niveau de protection supérieur, de nouvelles discriminations seraient engendrées. En outre, l'innovation de nouvelles mesures protectrices nationales en faveur du consommateur serait inhibée par les standards du droit européen²⁶⁴.
84. En conclusion, l'approche sectorielle des mesures protectrices limite l'efficacité de ces projets européens d'uniformisation. La complexité du droit des contrats pose un dilemme pour les législateurs qui peut se résumer par la citation suivante : « [c]e qui est simple est toujours faux. Ce qui ne l'est pas est inutilisable »²⁶⁵.

²⁵⁵ COM(2010) 348 final, 1er juillet 2010.

²⁵⁶ HUG, La formation, N 2064.

²⁵⁷ *Ibidem*, N 2062.

²⁵⁸ *Ibidem*, N 2084.

²⁵⁹ *Ibidem*, N 2090.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ COLLINS, p. 427.

²⁶² HUG, La formation, N 2060.

²⁶³ COLLINS, p. 430.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ VALÉRY, p. 107.

B. L'introduction de la notion de contrats déséquilibrés

85. Attardons-nous sur deux autres solutions effectives de résolution des déséquilibres : la nouvelle *summa divisio* de droit français (1) et le projet suisse de l'art. 33 CO 2020 (2).
1. La nouvelle *summa divisio* en droit français : le contrat d'adhésion et le contrat de gré à gré
86. Pour commencer, nous verrons que la nouvelle *summa divisio* de droit français distingue le contrat d'adhésion et le contrat de gré à gré dans le CCF. Par la suite, nous analyserons en quoi elle constitue une solution effective aux règlements des déséquilibres contractuels.
87. La nouvelle *summa divisio* se voit intégrée à l'art. 1110 CCF depuis l'Ordonnance du 10 février 2016²⁶⁶. Le contrôle du contenu des clauses abusives peut donc se faire directement par l'invocation de cette disposition et non plus par les règles spéciales comme le Code de la consommation. L'art. 1110 CCF dispose que le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. Il correspond aux « contrats conclus entre parties relativement égales »²⁶⁷. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties (art. 110 CCF). On entend ici « les contrats conclus en présence d'une inégalité significative des forces de négociation (ou contrats asymétriques, déséquilibrés ou d'adhésion) »²⁶⁸.
88. Cette *summa divisio* permet de contrôler que le contenu du contrat d'adhésion est effectivement en accord avec la volonté des parties²⁶⁹. Ce contrôle ne sera pas nécessaire pour le contrat de gré à gré qui est considéré comme négocié individuellement²⁷⁰. Selon REVET, le contrat d'adhésion suppose une impossibilité factuelle et matérielle pour négocier²⁷¹. Cela signifie que la partie qui impose les conditions générales soit la cause de l'absence de négociation individuelle et ce parce qu'elle a profité des circonstances²⁷². Ce type contrat est en plein essor, notamment en matière de contrats d'assurance, de bail ou encore de consommation²⁷³.
89. En conséquence, la nouvelle *summa divisio* constitue une solution effective afin de remédier aux déséquilibres contractuels. La distinction entre le contrat d'adhésion et de gré à gré implique un contrôle antérieur ou postérieur du contenu d'un contrat déséquilibré pour vérifier sa conformité avec la volonté unilatérale des parties²⁷⁴. D'après BORY, elle s'inscrit dans la réalité du monde contractuel puisqu'elle intègre, dans le CCF, la notion de contrat déséquilibré²⁷⁵ et contribue ainsi à l'effectivité de la liberté contractuelle matérielle²⁷⁶.
90. On notera que le contrat d'adhésion en droit allemand ne fait l'objet d'aucune disposition légale mais peut être assimilé au principe des conditions générales prévu aux § 305 al. 1 BGB et 307 al. 1 BGB²⁷⁷.

²⁶⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁶⁷ BORY, N 744.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ibidem*, N 746.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ REVET, Les critères du contrat d'adhésion, N 2.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ BORY, N 748.

²⁷⁵ *Ibidem*, N 746.

²⁷⁶ *Ibidem*, N 750.

²⁷⁷ LEHMANN, p. 4.

2. Le projet de l'art. 33 CO 2020 : vers un concept général de protection

91. Après un bref aperçu des objectifs du Projet CO 2020, nous nous attarderons sur l'art. 33 CO 2020 qui introduit la notion de contrats déséquilibrés. Nous verrons ensuite les limites relatives à cette disposition et concluons notre analyse par une synthèse.
92. Le but de la partie générale du CO est de ranger « la matière de façon structurée et cohérente dans un Code, pour garantir une certaine prévisibilité du droit pour les justiciables et d'en faciliter la concrétisation »²⁷⁸. Il est néanmoins devenu obsolète²⁷⁹. Assimiler la notion de contrats déséquilibrés aux règles générales nécessite de légiférer sur le sujet²⁸⁰. Le principe de la volonté libre et égale des contractants demeure relativement imperméable face à l'arrivée de diverses protections « hors du Code »²⁸¹ qui tentent de contrer les déséquilibres contractuels. Cependant, le Projet CO 2020 introduit une nouvelle partie générale du CO²⁸² aux art. 1 à 220 CO 2020. Ce projet a été refusé par le Conseil fédéral mais reste la démarche la plus significative en la matière²⁸³.
93. Selon l'art. 33 al. 1 CO 2020, les clauses contractuelles qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi, créent une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations contractuelles d'une partie sont invalides. L'invalidité doit être invoquée dans un délai d'un an dès la conclusion du contrat (art. 33 al. 2 CO 2020). Cette disposition institue un contrôle ouvert du contenu de certains contrats²⁸⁴. Son champ d'application est large puisqu'il ne se restreint ni à celui de la LCD, ni au contrôle des conditions générales et aux seuls contrats de consommation²⁸⁵. On peut constater, à la lecture de cette disposition, que le contrôle des clauses abusives s'effectue uniquement en cas de disproportions notables, injustifiées ou contraire de la bonne foi. La disproportion s'apprécierait notamment au regard de la jurisprudence et de la doctrine sur la lésion (art. 21 CO)²⁸⁶.
94. L'art. 33 al. 1 CO 2020 est une solution efficace afin de lutter contre les déséquilibres contractuels. D'une part, il constitue une avancée notable étant donné qu'il introduit, dans les règles générales du CO, une distinction reposant sur les conditions de la négociation et l'élaboration individuelle des clauses²⁸⁷. D'autre part, il instaure « un concept général de protection »²⁸⁸. De cette façon, le contrat ne serait contraignant que si le contrôle de l'acceptation des clauses préformulées et non négociées confirme la présence d'un équilibre contractuel entre les parties²⁸⁹. Le recours à la bonne foi comme critère d'évaluation permet une analyse globale de l'équilibre contractuel²⁹⁰, dans la mesure où l'on considère la bonne foi comme inhérente de la condition du déséquilibre notable et injustifié.
95. En outre, on peut relever diverses lacunes concernant l'article 33 CO 2020. L'application cet article se chevauche avec celle de l'art. 8 LCD²⁹¹, et celle de la règle de l'insolite²⁹². Il serait donc

²⁷⁸ BORY, N 744.

²⁷⁹ HUGUENIN/MEISE, p. 6.

²⁸⁰ GRUNDMANN, p. 511.

²⁸¹ PICHONNAZ, Le centenaire, p. 136.

²⁸² HUGUENIN/MEISE, p. 7.

²⁸³ HUG, La formation, N 1982.

²⁸⁴ OR CO 2020-VOGT, CO 2020 33 N 1.

²⁸⁵ BORY, N 755.

²⁸⁶ OR CO 2020-VOGT, CO 2020 33 N 8.

²⁸⁷ BORY, N 754.

²⁸⁸ *Ibidem*, N 756.

²⁸⁹ *Ibidem*, N 757.

²⁹⁰ BSK LCD-THOUVENIN, LCD 8 N 101 ; cf. *supra* N 45.

²⁹¹ OR CO 2020-VOGT, CO 2020 33 N 13.

²⁹² *Ibidem*, CO 2020 33 N 2.

nécessaire de préciser la relation que cette disposition entretient avec ces derniers. Devrait être également clarifié le critère de la disproportion²⁹³. Le délai très bref d'un an qui court dès la conclusion du contrat (art. 33 al. 2 CO 2020) constitue lui-aussi un frein à son application. Sur ce point, le délai relatif aux vices du consentement est plus favorable puisqu'il est d'un an dès la découverte du vice (art. 31 al. 2 CO).

96. Hormis les quelques critiques relevées, l'art. 33 CO 2020 reste s'ancre dans la réalité du monde contractuel ainsi que dans la tendance européenne qui tente de remédier aux contrats déséquilibrés. Il introduit, dans les règles générales du CO, la notion de contrats déséquilibrés, instaure un concept général de protection et tend à assurer une liberté contractuelle matérielle²⁹⁴. Comme le souligne à juste titre PERRIN, adapter le CO au droit moderne des contrats, c'est rendre « hommage [à la théorie de la volonté] en exigeant qu'elle soit mise en œuvre d'une manière qui est compatible avec les exigences de la justice sociale »²⁹⁵.

C. Les solutions et les défis à relever face aux limites des protections juridiques à l'ère du commerce digital

97. On ne peut parler d'effectivité de la liberté contractuelle, sans aborder le sort de la protection de la partie faible et de l'équilibre des contrats à l'ère du commerce digital. D'abord, nous analyserons les limites des mesures protectrices du droit suisse liées au commerce électronique (1). Puis, nous présenterons les solutions effectives du droit européen en la matière (2). Pour finir, nous illustrerons quelques défis à relever (3).

1. Les limites des mesures protectrices du droit suisse en matière de commerce électronique

98. Alors que de plus en plus de contrats sont impactés par l'essor du commerce électronique, le droit suisse ne dispose d'aucune législation spéciale en la matière²⁹⁶. On notera que le Projet CO 2020 est plus avant-gardiste, puisque l'un de ses objectifs majeurs est d'ajuster la partie générale du CO à la suite de l'augmentation, depuis une dizaine d'années, des contrats conclus en ligne²⁹⁷. Actuellement, la législation suisse règle les contrats conclus par voie électronique selon les dispositions générales sur l'offre et l'acceptation²⁹⁸. D'après l'art. 4 al. 2 CO, un contrat est conclu par voie électronique si les parties ont été en communication directe par oral ou par écrit²⁹⁹. Selon la méthode de communication électronique utilisée par les parties, le contrat peut être qualifié comme conclu entre absents, au sens de l'art. 5 CO (tels que les mails), ou entre présents, au sens de l'art. 4 al. 2 CO (tels que les *chats*)³⁰⁰. La directive 2013/11 en matière de commerce électronique n'a pas été transposée dans la législation suisse³⁰¹ en raison de la flexibilité des règles générales du CO, qui restent malgré tout insuffisantes³⁰².
99. L'usage des dispositions générales du CO pour régler le sort des contrats conclus par voie électronique, engendre un manque de sécurité et de prévisibilité juridiques pour le

²⁹³ BORY, N 757.

²⁹⁴ *Ibidem*, N 759.

²⁹⁵ PERRIN, p. 289.

²⁹⁶ METILLE, p. 117.

²⁹⁷ HUGUENIN/MEISE, p. 6.

²⁹⁸ HUG, La formation, N 1857.

²⁹⁹ *Ibidem*, N 1858.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ METILLE, p. 117.

³⁰² HUG, La formation, N 1880.

consommateur³⁰³. La Commission fédérale de la consommation (CFC) parle même de « zone d'ombre »³⁰⁴ entretenue par le droit suisse en matière de contrats conclus à distance. La cause directe de cela est notamment l'absence de définition de la notion du consommateur³⁰⁵ et les potentiels éléments d'extranéité d'un contrat. La LCD est la seule loi spéciale qui réglemente la conclusion du contrat par voie électronique à l'art. 3 al. 1 let. s LCD³⁰⁶. Cependant, elle ne consacre aucun droit de révocation en faveur du consommateur pour les contrats conclus à distance sur internet³⁰⁷. Il n'y a pas non plus de devoir d'information spécifique quant aux caractéristiques essentielles des biens ou services proposés dans le cadre de contrats conclus à distance ou hors établissement³⁰⁸.

2. Les solutions du droit européen pour réglementer les contrats conclus par voie électronique et à distance

100. Contrairement au droit européen, les règles de droit suisse s'avèrent être plus fragmentaires et insuffisantes par rapport aux contrats conclus par voie électronique³⁰⁹. En effet, le droit européen dispose des directives en matière de signature électronique (cf. directive 1999/93), de contrats conclus à distance (cf. directive 97/7) ou encore de commerce électronique (cf. directive 2013/11). L'art. 2 ch. 7 de la directive 2011/83 qualifie le contrat conclu à distance comme l'absence de présences physiques simultanées du professionnel et du consommateur. *A contrario* du droit suisse, l'art. 6 al. 1 let. a de ladite directive règle le devoir d'information spécifique relatif aux caractéristiques essentielles des biens ou services proposés en cas de contrats conclus à distance ou hors établissement. Un droit de révocation pour les contrats conclus à distance est également prévu à l'art. 6 de la directive 97/7.
101. En résumé, il serait nécessaire, d'une part, que le législateur suisse intègre un droit de révocation pour les contrats conclus à distance afin d'augmenter la confiance du consommateur par rapport à ce type de contrats, qui risquent d'évoluer à l'avenir³¹⁰. D'autre part, les contrats conclus par voie électronique incitent le droit suisse à élargir la protection du consommateur de façon similaire à celle du droit européen, notamment par rapport au consentement relatif à la protection des données³¹¹. Par exemple, sur l'application *WhatsApp*, les données sont soumises à une réglementation identique en droit suisse et européen. Ces solutions limiteraient tant les déséquilibres contractuels que les discriminations entre les ressortissants et favoriseraient l'homogénéité des législations.

3. Les défis à relever à l'ère du commerce digital

102. Le défi juridique majeur à relever est d'intégrer les nouveaux moyens technologiques du droit contractuel de manière conforme aux principes généraux du CO³¹². FONTAINE met en lumière un autre enjeu : « [l]es spécificités des opérations en ligne ne risquent-elles pas de rendre impraticables nombre d'exigences nouvelles destinées à protéger le consentement de la partie faible ? »³¹³. Ainsi,

³⁰³ *Ibidem*.

³⁰⁴ Recommandation de la Commission fédérale de la consommation (CFC) au Conseil fédéral concernant la vente à distance, 7 décembre 1999, p. 1.

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ HUG, La formation, N 2072.

³⁰⁷ *Ibidem*, N 1882.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ *Ibidem*, N 2261.

³¹¹ BORY, N 13.

³¹² HUG, La formation, N 2255.

³¹³ FONTAINE, p. 240.

il est nécessaire de réétudier la conception classique de la liberté contractuelle formelle pour la rendre praticable dans le commerce digital³¹⁴.

103. D'autres défis sont également présents. L'arrivée de « l'Industrie 4.0 »³¹⁵ rend possible les relations entretenues entre « des machines [...] ou encore entre une machine et un humain, singulièrement un consommateur »³¹⁶. Elle fait resurgir les problèmes relatifs à l'approche sectorielle et à l'absence de définition de la notion du consommateur. En effet, le consommateur ou encore le travailleur entretiendraient des relations avec un cocontractant qui n'est pas caractérisé dans les normes juridiques actuelles.
104. L'ère des *Smart Contracts* soulève des interrogations en termes de protection de la partie faible. Ils permettent de représenter une relation contractuelle sous forme numérique à l'aide d'un logiciel approprié, c'est-à-dire que la prestation et la contre-prestation sont prédéfinies par la logique de programme choisie³¹⁷. Présentant un caractère irréversible et non contestable³¹⁸, on les trouve dans les contrats d'assurance, de *leasing* de voiture, en droit de la propriété intellectuelle³¹⁹, etc. À titre d'exemple, les *Smart Contracts* versent des indemnités en raison d'une force majeure, empêchent une voiture de démarrer si le consommateur n'a pas réglé les frais mensuels ou encore paient instantanément un artiste dont la musique a été téléchargée³²⁰. Ils ont de nombreux intérêts dont la rapidité d'exécution, le risque très mince d'erreurs, la diminution des intermédiaires ou encore la possible limitation de litiges en raison d'une meilleure concrétisation de la relation contractuelle par les parties³²¹.
105. De même, la *Blockchain* et l'arrivée des cryptomonnaies comme le *Bitcoin* sont rapidement devenues des défis législatifs et juridiques en raison de l'opacité de ces systèmes³²². Des risques sont liés à leur utilisation frauduleuse qui peut s'illustrer par l'évasion fiscale, le blanchiment d'argent, les trafics mafieux³²³, ou encore le rançonnement informatique.
106. Ainsi, ces défis devront être pris en compte afin d'assurer la continuité de l'équilibre, de la liberté et de la justice contractuelle. Ils sont d'autant plus relevant si à l'avenir la justice sera rendue par une intelligence artificielle comme cela a été développé par le gouvernement estonien en cas de délits mineurs³²⁴.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ HUG, Nouvelles technologies, N 42.

³¹⁶ *Ibidem*, N 41.

³¹⁷ WEBER, p. 291.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 295.

³¹⁹ HUG, Nouvelles technologies, N 21.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ *Ibidem*, N 22.

³²² *Ibidem*, N 10.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ LE FIGARO, [<https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/en-estonie-une-intelligence-artificielle-va-rendre-des-decisions-de-justice-20190401>].

V. CONCLUSION

107. Nous avons présenté dans ce travail les mesures protectrices du droit suisse et comparé qui permettent de résoudre les déséquilibres contractuels³²⁵. L'existence des contrats déséquilibrés s'explique en particulier par l'inégalité des forces de négociation entre la partie faible et la partie forte. De ce fait, des mesures de protection sont prévues dans la partie générale du CO comme les règles sur les vices du consentement (art. 23 ss CO) et la lésion (art. 21 CO). Les dispositions de la partie spéciale du CO protègent la partie faible. On trouve également dans les lois spéciales, l'art. 8 LCD qui constitue une protection primordiale pour régler les déséquilibres présents dans les contrats de consommation. L'étude comparative de ces dispositions relève qu'il existe des mesures protectrices en droit européen, français et allemand qui, à l'instar du droit suisse, remédient aux déséquilibres contractuels. C'est le cas de l'art. 1674 CCF relatif à la lésion, du § 138 al. 2 BGB relatif au contrôle des conditions générales ou encore des nombreuses directives européennes en matière du droit de la consommation.
108. Toutefois, la protection accordée par le droit suisse présente des limites³²⁶ en raison de la conception formelle de la liberté contractuelle. Les règles générales du CO sont insuffisantes pour lutter contre les contrats déséquilibrés et les mesures protectrices du droit suisse comme européen présentent une approche sectorielle et stéréotypique. Cette dernière se reflète au travers de la protection qui est accordée uniquement aux personnes jugées vulnérables telles que les travailleurs, les bailleurs ou les consommateurs. De plus, l'application de l'art. 8 LCD est limitée en raison de la présence de nombreuses notions controversées et l'absence de contrôle des conditions générales dites négociées. La partie faible, consciente ou non de l'inégalité des forces de négociation, ne prend généralement pas connaissance des conditions générales que lui imposent le professionnel. Elle n'a pas d'autre choix que de les accepter ou de passer son chemin. Ainsi, l'invocation de ces dispositions reste contraignante.
109. Plusieurs solutions seraient efficaces pour remédier aux déséquilibres contractuels³²⁷. Avant tout, une simplification des mesures protectrices serait légitime. Cependant, les projets européens d'uniformisation du droit des contrats restent peu concluants en raison de l'omniprésence de l'approche sectorielle. En revanche, un progrès net s'observe grâce à la nouvelle *summa divisio* en droit français qui distingue, dans les règles générales du CCF, le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion. Cette place laissée aux contrats déséquilibrés illustre une prise de conscience de la réalité du monde contractuel et de sa complexité. La même avancée se reflète en Suisse par le Projet CO 2020 qui propose une refonte de la partie générale du CO ainsi que l'introduction de la notion de contrats déséquilibrés.
110. En conclusion, instaurer des mesures protectrices qui prennent en compte de manière effective les déséquilibres contractuels n'est pas chose aisée. D'une part, réaliser une simplification des législations doit se faire de manière conforme aux besoins de protection de la partie faible pour lui assurer une réelle autonomie de la volonté. D'autre part, les mesures protectrices doivent prendre en compte l'enjeu actuel que représente le commerce digital. Le droit européen est plus protecteur dans ce domaine que le droit suisse, qui se doit de développer sa protection en raison de l'essor des contrats conclus à distance et par voie électronique. Malgré cela, la Suisse dispose de moyens de protection non négligeables pour remédier aux déséquilibres contractuels. En revanche, il est impératif que le législateur renforce leur effectivité en s'appuyant notamment sur les mesures prises par le droit européen et les législations européennes.

³²⁵ Cf. *supra*, N 6 ss.

³²⁶ Cf. *supra*, N 55 ss.

³²⁷ Cf. *supra*, N 76 ss.

VI. BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

ALFRED Fouillée, *La science sociale contemporaine*, 2 éd., Paris (Hachette) 1880.

ARNET Ruth, *Freiheit und Zwang beim Vertragsschluss : Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht*, Berne (Stämpfli) 2008.

BELSER Eva Maria, *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, thèse Fribourg, Fribourg (Universitätsverlag) 2000.

BORY Jonathan, *L'effectivité de la liberté contractuelle : Analyse juridique, économique et comportementale de la légitimité des interventions étatiques protectrices dans les relations contractuelles*, thèse Lausanne, Lausanne (Stämpfli) 2021.

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 *Pratique Judiciaire Actuelle* (PJA/AJP) 2012, p. 1393 ss.

CAMPI Arnaud, *L'invalidation du contrat lésionnaire : résurgence des traditions romaine et canonique en droit des obligations suisse*, thèse Genève, in *Archive ouverte UNIGE*, Genève 2018 [<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:111495>] (consulté le 13.03.2022).

CARRON Blaise, *La protection du consommateur lors de la formation du contrat*, in *Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis*, Contrats, Sécurité des produits, Actions collectives [CARRON Blaise/MÜLLER Christoph, éd.], Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2013, p. 95 ss [http://data.over-blog-kiwi.com/0/57/30/82/20150427/ob_0835b3_a-la-protection-du-consommateur-3.pdf] (consulté 30.05.2022).

CHAPPUIS Christine/MARCHAND Sylvain, *Introduction générale*, in *Recueil de contrats commerciaux* [CHAPPUIS Christine/MARCHAND Sylvain/HIRSCH Laurent, éd.], Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2013, p. 1 ss.

COLLINS Hugh, *The Unfair Commercial Practices Directive*, in *European Review of Contract law* (ERCL), n° 4, 2005, p. 417 ss. [http://eprints.lse.ac.uk/23465/1/Collins_Unfair-commercial-practices-directive_2005.pdf] (consulté 30.05.2022).

DELAYE Julien/HUG Dario, *L'art. 8 LCD : entre protectionnisme et libéralisme économique*, in *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique : quo vadis ?*, Zurich (Schulthess) 2016, p. 371 ss.

ENGEL Pierre, *Contrats de droit suisse : Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 183 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2000.

LE FIGARO, *En Estonie, une intelligence artificielle va rendre des décisions de justice*, in *lefigaro.fr*, publié le 01.04.2019, accessible sur [<https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/en-estonie-une>]

intelligence-artificielle-va-rendre-des-decisions-de-justice-20190401] (consulté le 23.05.2022).

FLÜCKIGER Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?, *in* *Pratique Judiciaire Actuelle* (PJA/AJP) 2013, p. 837 ss.

FONTAINE Marcel, Le processus de formation du contrat dans tous ses états, *in* *Le contrat dans tous ses états : Publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la Semaine Judiciaire* [BELLANGER François/CHAIX François/CHAPPUIS Christine/HÉRITIER LACHAT Anne édit.], Berne (Stämpfli) 2004, p. 227 ss.

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, Berne (Stämpfli) 2011.

GRUNDMANN Stefan, The Future of Contract Law, *in* *European Review of Contract Law* (ERCL), vol. 7, n. 4, 2011, p. 490 ss.

HUG Dario, La protection du consommateur face aux nouvelles technologies de la conclusion et de l'exécution des contrats, *in* 3^e Journée des droits de la consommation et de la distribution Blockchain et Smart Contracts : défis juridiques [Carron Blaise/Müller Christoph, édit.], Neuchâtel (Helbing Lichtenhahn) 2018, p. 117 ss (cité : HUG, Nouvelles technologies).

HUG Dario, La formation du contrat de consommation : entre régime général et approche sectorielle : Analyse et perspectives en droit suisse, thèse Bâle, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2020 (cité : HUG, La formation).

HUGUENIN Claire, Zum Verhältnis zwischen linguistischen Kommunikationsmodellen und Verträgen, *in* *Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag* [SETHE, Rolf/HEINEMANN, Andreas/HILTY RETO M./NOBEL Peter/ZÄCH, Roger, édit.], Berne (Stämpfli) 2011, p. 109 ss (cité : HUGUENIN, Kommunikationsmodellen).

HUGUENIN Claire, Obligationenrecht : Allgemeiner und Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich (Schulthess) 2019 (cité : HUGUENIN, Obligationenrecht).

HUGUENIN Claire/HILTY Reto M., Schweizer Obligationenrecht 2020 : Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zurich (Schulthess) 2013 (cité : OR CO 2020-AUTEUR).

HUGUENIN Claire/MEISE Barbara, OR 2020 : Braucht die Schweiz ein neues Vertragsrecht ? : Eine Einführung, *in* *OR 2020 : Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht* [HARKE Jan Dirk/RIESENHUBER Karl, édit.], Tübingen (Mohr Siebeck) 2016, p. 5 ss.

LEHMANN Matthias, La vulnérabilité économique, *in* *Rapport national allemand*, Bonn 2018 [http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/Quebec_2018/Economique/alle-magne-economique.pdf] (consulté le 06.04.22).

MARCHAND Sylvain, Droit de la consommation : Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genève (Schulthess) 2012 (cité : MARCHAND, Droit de la consommation).

MARCHAND Sylvain, La complexité contractuelle, *in* *LeGes : Législation & évaluation 2*, 2017, p. 223 ss (cité : MARCHAND, La complexité contractuelle).

- MÉTILLE Sylvain, Internet et droit : Protection de la personnalité et questions pratiques, *in* *Quid iuris ?* [CHAPPUIS Christine/MAHON Pascal/PIOTET Denis/TORRIONE Henri/JOYE Charles, édité.], vol. 20, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2017, p. 117 ss.
- PERRIN Jean-François, Le droit de choisir : Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie », *in* *Quid iuris ?* [CHAPPUIS Christine/MAHON Pascal/PIOTET Denis/TORRIONE Henri/JOYE Charles, édité.], vol. 9, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2013.
- PICHONNAZ Pascal, Les contrats dans le droit de la consommation, *in* *Actualités du droit des contrats : le contrat à la croisée des chemins* [BRAUN Martina, édité.], Lausanne (CEDIDAC) 2008, p. 47 ss (cité : PICHONNAZ, Les contrats).
- PICHONNAZ Pascal, Le centenaire du code des obligations : Un code toujours plus hors du code, *in* *Revue de droit suisse (RDS/ZSR)* II, 2011, p. 117 ss (cité : PICHONNAZ, Le centenaire).
- PICHONNAZ Pascal, Le nouvel art. 8 LCD : Droit transitoire, portée et conséquences, *in* *Droit de la construction (DC/BR)*, 2012, p. 140 ss (cité : PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD).
- PICHONNAZ Pascal, Art. 8 LCD, *in* *Commentaire Romand, Loi contre la concurrence déloyale (LCD)* [MARTENET Vincent/PICHONNAZ Pascal, édité.], Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2017, p. 348 ss (cité : CR LCD-PICHONNAZ).
- 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* *Revue suisse de Jurisprudence (RSJ/SJZ)* 2010, p. 285 ss.
- REJET Thierry, Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés, *in* *Recueil Dalloz*, 2015, n° 21, p. 1217 ss (cité : REJET, Contrats structurellement déséquilibrés).
- REJET Thierry, Les critères du contrat d'adhésion, *in* *Recueil Dalloz*, n° 30, 2016, p. 1771 ss (cité : REJET, Les critères du contrat d'adhésion).
- ROPPO Vincenzo, The Definition of « Unfairness » : The Application of Art. 3(1), 4(1) - and the Annexes of the Directive, *in* *L'intégration de la Directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux* [Commission européenne, édité.], Bruxelles, 1999, p. 125 ss.
- TENREIRO Mário/FERIOLI Elena, Examen comparatif des législations nationales transposant la directive 93/13/CEE, *in* *L'intégration de la Directive 93/13/CEE dans les systèmes législatifs nationaux* [Commission européenne, édité.], Bruxelles, 1999, p. 11 ss.
- TERCIER Pierre, La protection de la partie faible en droit suisse, *in* *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels* [GHESTIN Jacques/FONTAINE Marcel, édité.], Paris (LGDJ) 1996, p. 603 ss (cité : TERCIER, La partie faible).
- TERCIER Pierre, Le prix abusif : Vers une nouvelle conception de la liberté contractuelle, *in* *Droit de la construction (DC/BR)*, 1998, p. 71 ss (cité : TERCIER, Le prix abusif).
- TERCIER Pierre, Quels fondements pour le contrat au XXI^e siècle, *in* *Le contrat dans tous ses états : publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^e anniversaire de la Semaine Judiciaire* [BELLANGER François/CHAIX François/CHAPPUIS Christine, édité.], Berne (Stämpfli) 2004, p. 210 ss (TERCIER, Quels fondements).

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 6^e éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2019.

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I (art. 1-529 CO), 3^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR).

THOUVENIN Florent, Art. 8 UWG, *in* Basel Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) [HILTY Reto M./ARPAGUS Reto, édité.], Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2013, p. 600 ss (cité : BSK UWG-THOUVENIN).

VALÉRY Paul, Mauvaises pensées et autres, Paris (Gallimard) 1942 [https://ebooks-bnr.com/ebooks/pdf4/valery_mauvaises_pensees_autres.pdf] (consulté le 30.05.2022).

WEBER Rolf H., Smart Contracts : Vertrags- und verfügungsrechtlicher Regelungsbedarf ? *in* Sic! 2018, p. 291 ss.

Jurisprudence (par ordre chronologique)

Jurisprudence publiée du Tribunal fédéral

ATF 136 III 82, SJ 2010 241.

ATF 130 III 182, JdT 2005 I 3.

ATF 111 II 349, JdT 1986 I 249.

ATF 129 III 335, JdT 2003 II 75 25.

ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586.

ATF 112 II 450, JdT 1987 I 91.

ATF 100 II 200.

ATF 61 II 31, JT 1935 I 492.

Jurisprudence non-publiée du Tribunal fédéral

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2021 du 28 octobre 2021.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_275/2019 du 29 août 2019.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_328/2016 du 10 novembre 2016.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_295/2016 du 29 septembre 2016, SJ 2017 I 289.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_557/2015 du 22 juin 2016.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_491/2015 du 14 janvier 2016.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_653/2014 du 11 août 2015, SJ 2016 I 11.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_479/2010 du 17 février 2011.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A.54/2009 du 20 avril 2009.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A_432/2007 du 8 février 2008, SJ 2008 I 313.

Jurisprudence cantonale

Tribunal cantonal GE, du 8 février 2022, ACJC/249/2022.

Jurisprudence d'autres juridictions européennes

BGH, 19 mai 2005, III ZR 437/04.

Cour de cassation, Chambre sociale, 10 juillet 2002, *M. X. c. la société La Mondiale*, n°00-45135, Décision relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Reims 2000-06-28.

Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, arrêt *Gruber c. Bay Wa AG* du 20 janvier 2005, aff. C-464/01, Rec. 2005 p. I-458.

CJCE, affaire *Commission c. Royaume de Suède* du 7 mai 2002, aff. C-478/99, Rec. 2002 p. I-9583.

CJCE, arrêt *Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligung GmbH* du 19 janvier 1993, aff. C-89/91, Rec. 1993 p. I-181.