

Recommandation de la Commission fédérale de la consommation du 3 juin 2003 sur les conditions générales

En vertu de l'article 9, alinéa 2 de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC) et de l'article 1 du règlement du 1^{er} février 1966 de la Commission fédérale de la consommation, la Commission fédérale de la consommation soumet au Conseil fédéral la recommandation suivante

Recommandation

Le Conseil fédéral est invité à présenter un projet de loi qui résout de manière appropriée également pour la Suisse le problème du droit en matière de conditions générales.

Développement

1. Introduction

La **Commission fédérale de la consommation** a déjà abordé le problème des conditions générales (CG), et ce surtout en vue de la protection des consommateurs en Suisse. La commission renvoie notamment à sa recommandation du 12 juin 1997 (voir Annuaire du droit suisse de la consommation, ADC 1997, 731 ss.). La problématique des CG est d'autant plus d'actualité que presque tous les Etats européens voisins de la Suisse ont édicté des normes légales en la matière.

Au regard de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), les **consommateurs suisses** sont **discriminés** par rapport aux consommateurs étrangers. Les articles 114 et 120 LDIP prévoient que, dans les relations entre des entreprises suisses et des consommateurs étrangers, ce sont les normes prévalant au domicile des consommateurs qui s'appliquent. Cela signifie que, actuellement, les entreprises suisses sont déjà tenues de respecter, dans tout l'EEE, la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs (JOCE L 95 p. 29) et ses modalités d'exécution dans les Etats européens. Apporter une solution appropriée au problème du droit en matière de conditions générales permettrait donc d'offrir sur le marché intérieur suisse un cadre d'activité commerciale harmonisé, dont les entreprises suisses profiteraient également, et parallèlement de mettre les consommateurs suisses et les consommateurs européens sur un pied d'égalité.

L'**absence** de **solution générale** pour le droit en matière de conditions générales dans le Code des obligations (CO) est source de **discrimination** dans le droit suisse, mais aussi dans **certaines branches**, pour lesquelles des normes sectorielles sur les clauses contractuelles ont été adoptées. Il est ainsi difficile de comprendre pourquoi le législateur édicte des normes dans le domaine des conditions générales d'assurance (CGA), et non pas dans d'autres domaines tout aussi importants comme les banques, les voyagistes ou les commerces. Les représentants des branches réglementées dé-

noncent d'ailleurs, avec raison, cette inégalité de traitement. En outre, une solution générale de droit en matière de conditions générales dans le Code des obligations (législation horizontale) permettrait de simplifier considérablement la législation dans les différents secteurs (législation verticale) et de la rendre plus compacte (voir les révisions en cours par exemple dans le droit des contrats d'assurance, LCA).

C'est pour aller dans ce sens que cette recommandation de la commission au Conseil fédéral a d'abord été préparée pendant plusieurs séances par la sous-commission chargée du droit européen et a ensuite été adoptée en séance plénière le 3 juin 2003.

2. Interventions parlementaires

Le problème du droit des conditions générales figure sur la liste d'attente du législateur depuis des décennies et doit enfin être résolu.

L'insuffisance des bases légales explique le nombre des interventions parlementaires déposées et adoptées jusqu'à présent. Il s'agit notamment du POSTULAT LUDER du 14 juin 1977 (77.380; Bull. off., CE 1977, 637-638), de la MOTION ALDER du 13 décembre 1978 (78.577; Bull. off. CN 1979, 596-600), de la MOTION CREVOISIER du 16 décembre 1982 (82.941; Bull. off. CN 1983, 513-514), de la MOTION LEEMANN du 1994 (94.3561, Bull. off. CN 1995, 936 s.) et enfin de l'INITIATIVE PARLEMENTAIRE SOMMARUGA du 20 septembre 2002 (débat parlementaire encore ouvert).

3. Jurisprudence et doctrine

Pour ce qui est de résoudre le problème des conditions générales, la jurisprudence et la doctrine doivent s'en tenir aux constructions théoriques et aux principes généraux car il manque une base légale claire et précise (voir en résumé: ALEXANDER BRUNNER, Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 1999 I 305-333). Il y est en particulier fait référence à la règle dite "**règle en cas de doute**" et à la règle dite "**règle de l'insolite**". Dans la pratique, c'est avant tout le contrôle du contenu des clauses contractuelles assuré au moyen de ces deux règles qui donne lieu à la critique. Le législateur est donc invité à créer une base légale suffisante pour remédier à cette situation.

4. Questions techniques

La première question est de savoir où il faudrait placer dans l'ordre juridique une réglementation en matière de droit des conditions générales. Il est possible d'en faire une **loi spéciale** ou de l'intégrer à la loi existante. L'art. 8 LCD contient déjà une norme rudimentaire sur les conditions générales, mais celle-ci relève exclusivement du droit de la concurrence déloyale. Or la réglementation des conditions générales fait en principe partie du CO. **La commission laisse le législateur décider de comment il va procéder**. Dans sa proposition, elle part cependant de l'hypothèse de travail que la réglementation, si l'on respecte la systématique de la loi, doit être intégrée au CO.

La deuxième question en termes de technique législative est de savoir si cette réglementation doit prévoir une **norme générale** ou également des **normes spéciales ex-**

pressément formulées (voir annexe de la directive UE). Il s'agit notamment de savoir si la précision dans tous les détails de la directive UE correspond véritablement à la pratique habituelle du législateur suisse.

La troisième question en termes de technique législative a trait au concept dit de la **soft-law**, que la LIC applique dans le domaine des conventions de déclaration. L'avantage de la soft-law est qu'elle est très proche de la pratique; l'inconvénient est qu'elle parvient difficilement à s'imposer. La proposition suivante (voir ch. 5 de la recommandation de la commission) comporte au moins une option sur la possibilité de conventions entre les associations professionnelles et les consommateurs.

5. *Projet de loi de la commission*

Afin de remédier correctement aux problèmes du droit des conditions générales, la commission présente ci-après une **comparaison** ainsi que l'**intégration** d'une réglementation possible dans le Code suisse des obligations. Dans la **colonne de gauche** se trouvent les dispositions en vigueur actuellement, dans la **colonne de droite** se trouvent les propositions de révision de la commission.

Code des obligations (CO 220)	Projet de révision CO sur les CG de la commission
-------------------------------	---

Art. 1 CO

A. Conclusion du contrat

I. Accord des parties

1. Conditions générales

- ¹ Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté.
- ² Cette manifestation peut être expresse ou tacite.

Art. 2 CO

2. Points secondaires réservés

- ¹ Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.
- ² A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.
- ³ Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats.

Art. 3 CO**II. Offre et acceptation****1. Offre avec délai pour accepter**

- ¹ Toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai.
- ² Elle est déliée, si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai.

Art. 4 CO**2. Offre dans délai pour accepter****a. Entre présents**

- ¹ Lorsque l'offre a été faite à une personne présente, sans fixation d'un délai pour l'accepter, l'auteur de l'offre est délié si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement.
- ² Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication.

Art. 5 CO**b. Entre absents**

- ¹ Lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à une personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement.
- ² Il a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps.
- ³ Si l'acceptation expédiée à temps parvient tardivement à l'auteur de l'offre, et que celui-ci entende ne pas être lié, il doit en informer immédiatement l'acceptant.

Art. 6 CO**3. Acceptation tacite**

Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable.

Art. 6a CO**3a. Envoi de choses non commandées**

- ¹ L'envoi d'une chose non commandée n'est pas considéré comme une offre.
- ² Le destinataire n'est pas tenu de renvoyer la chose ni de la conserver.

- ³ Si l'envoi d'une chose non commandée est manifestement dû à une erreur, le destinataire doit en informer l'expéditeur.

Art. 7 CO

4. Offre sans engagement et offres publiques

- ¹ L'auteur de l'offre n'est pas lié s'il a fait à cet égard des réserves expresses, ou si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire.
- ² L'envoi de tarifs, de prix courants, etc., ne constitue pas une offre de contracter.
- ³ Le fait d'exposer des marchandises, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre.

Art. 8 CO

5. Promesses publiques

- ¹ Celui qui promet publiquement un prix en échange d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse.
- ² S'il retire sa promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus jusqu'à concurrence de ce qu'il avait promis, les impenses faites de bonne foi; à moins cependant qu'il ne prouve que le succès espéré n'aurait pas été obtenu.

Art. 9 CO

6. Retrait de l'offre et de l'acceptation

- ¹ L'offre est considérée comme non avenue, si le retrait en parvient avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre.
- ² La même règle s'applique au retrait de l'acceptation.

Art. 10 CO

III. Temps auquel remontent les effets d'un contrat entre absents

- ¹ Le contrat conclu entre absents déploie ses effets dès le moment où l'acceptation a été expédiée.
- ² Si une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de la réception de l'offre.

Art. 10a Rév. CO**IV. Conditions générales****1. Intégration dans le contrat**

(1) Les conditions générales sont toutes les clauses préformulées dans la plupart des contrats, que l'une des parties contractantes (l'utilisateur) impose à l'autre partie à la conclusion du contrat. Ne sont pas des conditions générales les clauses que les parties contractantes ont négociées entre elles.

(2) Les conditions générales ne font partie intégrante du contrat que,

si l'utilisateur l'indique expressément à l'autre partie au moment de la conclusion du contrat ou, lorsque le mode de conclusion du contrat ne rend possible l'indication expresse qu'au prix d'efforts disproportionnés, l'annonce par une affiche claire et visible au lieu de conclusion du contrat, et si l'autre partie accepte leur application.

Art. 10b Rév. CO**2. Primauté des accords individuels**

(1) Les clauses contractuelles convenues individuellement prévalent sur les conditions générales.

(2) L'interprétation des conditions générales se fait selon les art. 18a ss. CO.

Art. 10c Rév. OR**3. Non intégration et non validité**

(1) Si tout ou partie des conditions générales ne fait pas partie intégrante du contrat ou n'est pas valide, les autres clauses du contrat demeurent valides.

(2) Si les clauses ne font pas partie intégrante du contrat ou ne sont pas valides, le contenu du contrat se détermine selon les dispositions légales.

Art. 11 CO**B. Forme des contrats****I. Règle générale et portée des formes prescrites**

¹ La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi.

² A défaut d'une disposition contraire sur la portée et les effets du contrat de la forme pres-

critère, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée.

Art. 12 CO

II. Forme écrite

1. Forme requise par la loi

a. Sa portée

Lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette règle s'applique également à toutes les modifications du contrat, hormis les stipulations complémentaires et accessoires qui ne sont pas en contradiction avec l'acte.

Art. 13 CO

b. Ses éléments

- ¹ Le contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations.
- ² Si la loi n'en dispose autrement, une lettre ou un télégramme équivaut à la forme écrite, pourvu que la lettre ou l'original du télégramme porte la signature des parties qui s'obligent.

Art. 14 CO

c. Signature

- ¹ La signature doit être écrite à la main par celui qui s'oblige.
- ² Celle qui procède de quelque moyen mécanique n'est tenue pour suffisante que dans les affaires où elle est admise par l'usage, notamment lorsqu'il s'agit de signer des papiers-valeurs émis en nombre considérable.
- ³ La signature des aveugles ne les oblige que si elle a été dûment légalisée, ou s'il est établi qu'ils ont connu le texte de l'acte au moment de signer.

Art. 15 CO

d. Marques pouvant remplacer la signature

Il est permis à toute personne qui ne peut signer de remplacer sa signature par une marque à la main, dûment légalisée, ou par une attestation authentique; sont réservées les dispositions concernant la lettre de change.

Art. 16 CO

2. Forme réservée dans le contrat

- ¹ Les parties qui ont convenu de donner une forme spéciale à un contrat pour lequel la loi n'en exige point, sont réputées n'avoir entendu

se lier que dès l'accomplissement de cette forme.

- ² S'il s'agit de la forme écrite, sans indication plus précise, il y a lieu d'observer les dispositions relatives à cette forme lorsqu'elle est exigée par la loi.

Art. 17 CO

C. Cause de l'obligation

La reconnaissance d'une dette est valable, même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation.

Art. 18 CO

D. Interprétation des contrats; simulation

- 1 Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention.
- 2 Le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers qui est devenu créancier sur la foi d'une reconnaissance écrite de la dette.

Art. 18 Rév. CO

(compléter seulement le titre en marge)

(sinon même texte)

D. Interprétation des contrats

I. Principe et simulation

(1) (alinéa 1 identique à l'alinéa actuel)

(2) (alinéa 2 identique à l'alinéa actuel)

Art. 18a Rév. CO

II. Interprétation des conditions générales

1. Clauses ambiguës

(1) Les dispositions des conditions générales doivent être formulées de manière claire et compréhensible.

(2) Les conditions générales s'interprètent selon le sens courant du langage. La partie qui prétend utiliser un langage spécial s'écartant du sens courant, doit le prouver.

Art. 18b Rév. CO

2. Clauses insolites

Les dispositions des conditions générales, auxquelles, selon les règles de la bonne foi (art. 2 CC), le partenaire contractuel de l'utilisateur ne doit pas s'attendre, ne font pas partie intégrante du contrat.

Art. 18c Rév CO**3. Doutes quant à l'interprétation**

Les doutes quant à l'interprétation des conditions générales pèsent sur l'utilisateur.

Art. 19 CO**E. Objet du contrat****I. Eléments**

- ¹ L'objet d'un contrat peut être librement déterminé, dans les limites de la loi.
- ² La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité.

Art. 20 CO**II. Nullité**

- ¹ Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs.
- ² Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles.

Art. 21 CO**III. Lésion**

- ¹ 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 un 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.
- ² Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat.

Art. 21a Rév. CO**IV. Contrôle du contenu des conditions générales****1. Champ d'application**

- (1) Le contrôle du contenu des conditions générales selon l'art. 21b s'applique aux contrats conclus avec des consommateurs.
- (2) Sont réputés contrats conclus avec des consommateurs au sens de cette disposition les contrats portant sur des biens et services

destinés aux besoins personnels ou familiaux du consommateur et offerts par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale.

(3) Si le fournisseur prouve que le consommateur a été en mesure, de par sa position ou de par ses connaissances et compétences spécifiques, de négocier librement les conditions générales, il n'y a pas lieu de contrôler leur contenu.

Art. 21b Rév. CO

2. Principe du contrôle du contenu

(1) Les dispositions des conditions générales sont sans effet si, en violation des règles de la bonne foi (art. 2 CC), elles désavantagent trop le consommateur.

(2) Il y a lieu d'admettre un trop grand désavantage pour le consommateur lorsque les conditions générales

a) dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou

b) prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat.

(3) Les conditions générales négociées sur une base paritaire entre les organisations professionnelles et les associations des consommateurs, sont présumées être librement négociées et ne pas être abusives. Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution régissant la négociation paritaire et représentative de telles conditions générales.

6. Bref commentaire explicatif du projet de révision CO de la commission sur les CG

Art. 10a-10c du projet de révision CO sur les CG de la commission

Cette règle explicite la **conclusion du contrat faisant appel à des** conditions générales. Elle correspond à la doctrine et à la jurisprudence qui prévalent actuellement et trouve une application générale, aussi bien pour les contrats généraux que pour les contrats conclus avec des consommateurs.

Art. 18a-18c du projet de révision CO sur les CG de la commission

Ces règles concernent l'**interprétation** des conditions générales. Elles correspondent également à la doctrine et la jurisprudence qui prévalent actuellement et trouvent une application générale, aussi bien pour les contrats généraux que pour les contrats conclus avec des consommateurs.

Pour les consommateurs, l'art.18a est déterminant. Il importe que les conditions générales soient claires et compréhensibles. Dans la jurisprudence, l'ambiguïté vient sou-

vent d'une méconnaissance de **terminologies spécifiques**. Lorsqu'il emploie des termes ou des expressions spécifiques qui s'écartent du sens courant du langage (al. 2, 1^{ère} phrase), l'utilisateur doit donc, en général, prouver que l'autre partie en a compris le sens particulier (al. 2, 2^{ème} phrase).

Art. 21a du projet de révision CO sur les CG de la commission

La disposition de l'art 21a sur le **contrôle du contenu** des conditions générales apporte une règle claire confirmant la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral (voir TF, 26.6.1997 = ATF 123 III 292-305 = Pra 86 n° 142 = JKR 1998, 461-468).

L'**al. 1** de l'art. 21a renvoie au principe de l'art. 21b (clause générale). La commission s'est posée la question de savoir si le catalogue de clauses de l'annexe de la directive UE devait être repris sous une forme ou sous une autre. Le projet de révision se limite cependant à la **clause générale**, qui correspond mieux à la technique législative suisse et qui devrait donner les mêmes résultats dans la jurisprudence. En se basant sur les tâches qui lui sont attribuées, la commission part néanmoins du principe que le contrôle du contenu des conditions générales devrait se limiter à la protection sociale et que le contrôle du contenu ne devrait s'appliquer qu'aux contrats conclus avec les consommateurs. La commission laisse le législateur décider s'il veut ou ne veut pas étendre le contrôle du contenu des conditions générales (p. ex. à des états de fait et à la protection des PME).

L'**al. 2** de l'art. 21a reprend ainsi la définition classique des contrats conclus avec des consommateurs. Trois délimitations sont possibles: la délimitation PME, la définition positive ou la définition négative des contrats conclus avec des consommateurs. La commission a choisi la **définition positive**, mais sous la forme adaptée de la loi la plus récente en la matière, la loi suisse sur les fors (voir art. 22, al. 2 LFors).

L'**al. 3** de l'art. 21a doit permettre, dans les **cas particuliers**, d'éviter que la protection des consommateurs ne s'applique aux cas non légitimes (p. ex., pour les directeurs, les experts ou spécialistes, etc.). Il s'agit de l'application du principe théorique du travail de URS M. WEBER-STECHER, Internationales Konsumvertragsrecht. Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht (LugÜ, IPRG, EVÜ, EGBGB), Zurich 1997. Dès qu'il y a un contrat conclu avec un consommateur, le principe du contrôle du contenu des conditions générales de l'art. 21b s'applique. Un argument souvent avancé contre la protection du consommateur est que des personnes qui n'en ont pas besoin sont également couvertes par cette protection. Dans de tels cas, l'al. 3 de l'art. 21a donne au fournisseur la possibilité de renverser **la présomption naturelle selon laquelle le rapport de forces entre le fournisseur et le consommateur quant au pouvoir et à l'information est déséquilibré**. La commission est d'avis que cette règle permettra qu'une véritable protection des consommateurs soit mieux acceptée par tous.

Art. 21b du projet de révision CO sur les CG de la commission

Les **al. 1 et 2** forment le **pivot** du projet de révision. Ils apportent une solution flexible pour les contrats conclus avec des consommateurs, qui s'inspire du droit suisse en vigueur (art. 8 LCD), mais en retire l'élément de la tromperie au moment de la conclusion

du contrat, très critiqué et contesté dans la doctrine dominante (voir en résumé: BRUNNER, a.a.O., FN 96). Il s'agit clairement d'une législation qui se limite à **l'usage abusif de CG**. Il convient de relever que cette approche a aussi le mérite de rendre le droit suisse eurocompatible. L'art. 8 LCD corrigé au sens de la doctrine correspond en effet à l'art. 3, al. 1 de la directive UE sur les clauses abusives.

L'**al. 3** de l'art. 21b ajoute à nouveau un correctif. L'usage abusif de conditions générales n'est pas présumé lorsque les conditions générales sont librement négociées. Cela est également valable pour les conditions générales résultant de négociations paritaires et représentatives (concept LIC). Il faut néanmoins remarquer que cette conception LIC est difficilement applicable dans la pratique et que le problème du non-conformisme n'est pas résolu (voir concept comparable de l'extension du champ d'application des CCT dans le droit du travail).

COMMISSION FEDERALE DE LA CONSOMMATION