

# Les clauses procédurales abusives

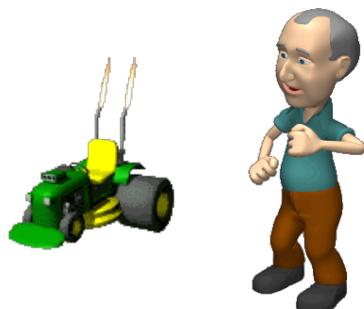
François Bohnet



Prof. François BOHNET

Procédure civile

## A. Un exemple à titre d'introduction



Prof. François BOHNET

Procédure civile

## A. Un exemple à titre d'Introduction





Toute réclamation du client devra être notifiée par pli recommandé avec signature authentifiée par notaire.

Toute contestation du client devra être démontrée par expertise exclusivement.

Le for est à Zurich.

En cas de litige, le client doit saisir avant tout autre remède la commission de médiation du fournisseur. Faute de résolution, le litige est tranché par un tribunal arbitral de trois membres avec siège à Arbon.

Prof. François BOHNET Procédure civile

## A. Un exemple à titre d'introduction




unine  
UNIVERSITE DE  
NEUCHÂTEL

CO

LCD

CPC

CC

Précision: réflexion en droit interne

Prof. François BOHNET Procédure civile

## **B. Les divers mécanismes de protection**



- I. Les dispositions du CPC
- II. Les dispositions du CC et du CO
- III. L'art. 8 LCD

## **I. Les dispositions du CPC**



- a. Les règles de for
- b. Les règles sur la conciliation
- c. Les règles sur l'arbitrabilité
- d. Les règles sur la notification
- e. Les règles sur les preuves

## a. Les règles de for

### 1. Fors impératifs (art. 9 CPC)

- ✓ Peu de domaine en matière patrimoniale (mesures provisionnelles, art. 13 CPC)
- ✓ Ex: clause imposant un for exclusif même pour les mesures provisionnelles

➤ Protection limitée

## a. Les règles de for

### 2. Fors partiellement impératifs (art. 35 CPC)

- i. Bail (35 let. b et c CPC)
- ii. Travail (35 let. d CPC)
- iii. Consommation courante (35 let. a CPC)
  - ✓ ATF 134 III 218 : non pas achat d'un véhicule de 190'000
  - ✓ ATF 132 III 268: non pas un contrat d'investissement ou de placement financier

➤ Pas de protection en matière de consommation  
« non courante »

## a. Les règles de for

2. Fors dispositifs. Forme de la prorogation de for:

### Art. 17 Election de for

2 La convention doit être passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte.

### ATF 134 III 80 sur l'art. 16 ch. 1 aCL

« La volonté d'accepter la clause de prorogation de for doit être exprimée de manière claire et sous forme écrite, le support utilisé important peu ».

➤ Pas de contrôle du contenu

## b. Les règles sur la conciliation

1. Préalable de conciliation obligatoire

- ✓ Sauf, en particulier: mainlevée, cas clair, mesures provisionnelles (art. 198 let. a CPC)
- ✓ Accord des parties (même préalable), si val. litigieuse atteignant CHF 100'000.– (art. 199 al. 1 CPC)
- Problème éventuel en matière de bail

## c. Les règles sur l'arbitrabilité

1. Conditions de base (art. 354 CPC: libre disposition des parties)
2. Bail d'habitations (art. 361 al. 4 CPC)
  - Pas (plus) de protection en droit du travail (ancien droit cantonal en vertu de 5 CA: compétence exclusive d'une autorité étatique) et de la consommation (art. 226 I aCO: vente par acomptes)

## d. Les règles sur la notification

1. Principe de l'art. 138 CPC (notification au domicile)
2. Acte volontaire du destinataire en cours de procédure
  - ✓ (RSPC 2006 156 ; ATF 101 Ia 332)
  - Ne concerne que les notifications dans le cadre du procès

## e. Les règles sur les preuves

### Art. 152 Droit à la preuve

1 Toute partie a droit à ce que le tribunal administre les moyens de preuve adéquats proposés régulièrement et en temps utile.

### Art. 157 Libre appréciation des preuves

Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées.

➤ La doctrine majoritaire (Guldener; Kummer) retient le caractère impératif des moyens de preuve et du principe de libre appréciation des preuves

## II. Les dispositions du CC et du CO

- a. L'art. 8 CC
- b. Les art. 1, 18 al. 1 CO et 2 al. 1 CC
- c. Les art. 27 CC, 19, 20, 21, 23 ss CO
- d. L'art. 341 al. 1 CO

## a. L'art. 8 CC

### *Fardeau de la preuve*

1 Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

2 Les parties peuvent régler par écrit le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de droits dont elles peuvent disposer librement. (avant-projet de CPC, non retenu)

➤ La doctrine majoritaire (Guldener; contra: Kummer) admet la validité d'accords sur la fardeau de la preuve en cas de droit disponible. Kummer est restrictif

## b. Les art. 1, 18 al. 1 CO et 2 al. 1 CC

i. **Théorie de la volonté**: réelle et commune intention des parties (art. 18 CO);

ii. A défaut: **théorie de la déclaration** (art. 1 CO), atténuée par le **principe de la confiance** (art. 2 al. 1 CC): déclaration interprétée dans le sens que le destinataire pouvait ou devait lui donner selon les règles de la bonne foi, au regard des circonstances d'espèce (p. ex. pour une clause arbitrale, TF 4C.282/2003 c. 3).

iii. Celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des annexes ou à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des annexes ou des conditions générales (ATF 108 II 416 c. 1b; 76 I 338 c. 4)

➤ *En principe, pas d'emprise sur le contenu matériel des clauses*

## b. Les art. 1, 18 al. 1 CO et 2 al. 1 CC



**iii. Mais:** on tire du principe de la confiance (art. 2 al. 1 CC) l'exclusion à certaines conditions des **clauses insolites** figurant dans des **conditions générales** (contrôle matériel « caché ») :

- ✓ Est inhabituelle: « une clause étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en **modifie de manière essentielle la nature** ou qui **sort notablement du cadre légal** d'un type de contrat. Plus une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite (119 II 443; 109 II 452 c. 4 in fine, JdT 1984 I 70).

## b. Les art. 1, 18 al. 1 CO et 2 al. 1 CC



- ✓ Sont **soustraites** de l'**adhésion** censée **donnée globalement** à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'**attention** de la **partie la plus faible** ou la moins expérimentée en affaires n'a **pas été spécialement attirée**.
- ✓ **En effet:** La partie qui incorpore des conditions générales dans le contrat, doit s'attendre, d'après le principe de la confiance, à ce que son partenaire contractuel inexpérimenté n'adhère pas à certaines clauses insolites (ATF 135 III 225 c. 1.3 ; 135 III 1 c. 2; 119 II 443; 109 II 452, JdT 1984 I 70)

## b. Les art. 1, 18 al. 1 CO et 2 al. 1 CC



iv. Le principe est fermement établi en matière de **prorogations de for** (bien avant la reconnaissance générale du principe, comme le rappelle l'ATF 109 II 213 c. 2a; voir les réf. in ATF 104 Ia 278, JdT 1979 I 154), mais avec un examen assez fin :

- ✓ Principe:
  - ✓ « La clause de prorogation insérée dans un contrat préformé ou dans des conditions générales représente d'ordinaire une disposition étrangère à l'affaire en cause et, partant, inhabituelle » (ATF 104 Ia 278, JdT 1979 I 154; TF 4A\_347/2011 c. 2, RSPC 2012 35)

## b. Les art. 1, 18 al. 1 CO et 2 al. 1 CC



- ✓ Test:
  - ✓ Le partenaire contractuel du renonçant pouvait-il admettre, de bonne foi, qu'en acceptant de passer le contrat, son cocontractant a également donné son accord à la clause de prorogation de for qui y est contenue? (ATF 109 Ia 55, JdT 1985 I 66 qui fixe définitivement l'examen auquel il faut procéder ; ATF 118 Ia 294)
- ✓ Critères:
  - ✓ degré de clarté formelle et d'intelligibilité du contenu de la clause
  - ✓ Situation personnelle du cocontractant (différents degrés: personne rompue aux affaires, formation moyenne, novice...)

## b. Les art. 1, 18 al. 1 CO et 2 al. 1 CC



- ✓ Le régime de la clause insolite, qui se fonde sur le principe de la confiance, est toujours d'actualité en matière de prorogation de fors, comme le confirme à notre sens:
  - ✓ TF 4C.282/2003 c. 3.1 et 4A\_347/2011 c. 2, RSPC 2012 35
  - ✓ La reconnaissance du principe de bonne foi en procédure (art. 52 CPC)
  - ✓ L'introduction de fors partiellement impératifs n'y change rien
  - Problème: conditions d'application restrictives (incorporation globale, emplacement, degré de connaissance)

## c. Les art. 27 CC, 19, 20, 21, 23 ss CO



- i. Règles de droit strict (19 CO);
  - ✓ Ex: art. 361 CO et 336b al. 2 CO (ind. congé abusif)
- ii. Contrariété aux mœurs et à l'ordre public (19 CO);
- iii. Atteinte à la personnalité (27 CC; 19 CO);
- iv. Objet impossible, illicite ou contraire aux mœurs (20 CO);
- v. Lésion (21 CO);
- Contrôle matériel limité (p. ex.: fors impératifs et partiellement impératifs; renonciation à toute voie judiciaire selon les circonstances)

## c. Les art. 19, 20, 21, 23 ss CO

- i. vices du consentement (23 ss CO)
  - Pas de contrôle du contenu

## d. L'art. 341 al. 1 CO

### Art. 341

1 Le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective.

## d. L'art. 341 al. 1 CO

### ATF 136 III 467

Une créance ne relève pas de la **libre disposition** des parties (...) si une renonciation à cette même créance n'est pas valable faute de répondre aux conditions de l'art. 341 al. 1 CO.

Si le travailleur ne peut pas renoncer à certaines créances en vertu de cette disposition, il ne peut pas non plus convenir d'avance qu'elles seront soumises à l'arbitrage. Une **clause compromissoire** n'est donc **pas valable** si elle est insérée dans le contrat de travail pour s'appliquer aux contestations futures qui s'élèveront, le cas échéant, au sujet de telles créances.

**Il est d'ailleurs incohérent** que la législation applicable au conflit individuel de travail interdise la clause d'élection de for, dans l'intérêt de la partie la plus faible, selon les art. 21 al. 1 let. d et 24 al. 1 LFors, mais permette la clause compromissoire.

➤ Ne concerne que le droit du travail et est limité aux créances résultant de dispositions impératives de la loi

## III. 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 découlant du contrat

*Sont donc déloyales les conditions générales qui prévoient:*

- ① Au détriment du consommateur
- ② Une disproportion notable entre les droits et obligations découlant du contrat
- ③ Cette disproportion notable étant injustifiée

➤ Le fait d'utiliser de telles conditions générales (qui prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat) est en contradiction avec les règles de la bonne foi (comp. § 307 al. 1 BGB)

### III. 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 découlant du contrat

*En matière procédurale:*

Clause de prorogation de for, clause compromissoire, fardeau de la preuve, renonciation à la voie judiciaire, notification:

- ① *Au détriment du consommateur*
- ② *Entraînant une disproportion notable entre droits et obligations*
- ③ *Cette disproportion notable étant injustifiée*

- A notre sens, les clauses procédurales consacrant une disproportion notable entre les parties sont par nature injustifiées: un bas prix ou la nature de la prestation par exemple ne peuvent justifier des clauses qui aggravent la position procédurale d'une partie

### III. L'art. 8 LCD



**Champ d'application pratique:**

**1.For:** en sus des fors impératifs et partiellement impératifs, en dehors de la consommation courante et en plus de la clause insolite (qui demeure utile en dehors de la consommation). Par exemple: for prorogé éloigné du lieu où l'exécution de la prestation caractéristique intervient et suppression du for du domicile du défendeur (comp. art. 31 CPC)

**2.Conciliation préalable:** clause de renonciation (art. 199 al.1 CPC ) sans motif autre que d'éviter cette phase préalable du procès qui peut voir en bail l'autorité de conciliation faire une proposition de jugement (art. 210 CPC)

**3.Clause d'arbitrage:** en particulier dans le domaine de la consommation, suite à la disparition de l'art. 226l aCO (vente par acomptes), et en sus de l'art. 341 al. 1 CO en droit du travail

### III. L'art. 8 LCD



#### Champ d'application pratique:

**4. Renonciation à la voie judiciaire:** en sus de la protection de la personnalité (art. 27 CC)

**5. Moyens de preuve et fardeau de la preuve:** en sus des règles du CPC et de l'art 8 CC

**6. Notification:** en sus des règles du CPC, pour les notifications avant procès

### III. L'art. 8 LCD



#### Conséquences (Message concernant la modification de la LCD, FF 2008 5568):

« Pour la grande majorité de la doctrine, les violations de l'art. 8 LCD entraînent la **nullité des clauses concernées**. S'agissant du contrat dans son ensemble, il est possible, puisque l'utilisation de conditions générales abusives est **illicite** (art. 2 LCD), d'invoquer la règle de la **nullité partielle** prévue à l'art. 20, al. 2, CO. La question de savoir s'il faut réduire les clauses des conditions générales à une mesure admissible est controversée dans la pratique et la doctrine. Récemment, le Tribunal fédéral a **rejeté la réduction d'une clause** des conditions générales en invoquant l'effet protecteur de la norme légale enfreinte. Il a estimé que la clause en question était nulle dans son intégralité (TF 4A\_404/2008 c. 5.6.3.2.1 du 18 décembre 2008) »

➤ **Attention:** En cas de nullité d'une clause de prorogation de for abusive, il peut y avoir acceptation tacite (art. 18 CPC). Idem pour la clause compromissoire abusive.

## C. Le cadre européen



### Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

#### Article 3

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.

*Clauses visées à l'article 3 paragraphe 3 1: Clauses ayant pour objet ou pour effet:*

q) de **supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur**, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une **juridiction d'arbitrage** non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les **moyens de preuves** à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une **charge de preuve** qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat.

## C. Le cadre européen - France



### Article L.132-1 du Code de la consommation

Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un **déséquilibre significatif** entre les droits et obligations des parties au contrat.

*Décret du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation:*

Art.R. 132-1.-**Liste noire** (présomption irréfragable du caractère abusif) :

12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la **charge de la preuve**, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.

## C. Le cadre européen - France

Art.R. 132-2.-**Liste grise** (présomption réfragable du caractère abusif par le professionnel):

9° Limiter indûment les **moyens de preuve** à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ;

10° Supprimer ou **entraver l'exercice d'actions en justice** ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une **juridiction d'arbitrage** non couverte par des dispositions légales ou à **passer exclusivement** par un **mode alternatif de règlement des litiges**.

