

Les clauses de transmission de données-clients à des tiers et l'art. 8 LCD

BAPTISTE PETER*

MOTS CLEFS	Protection des données – 8 LCD – conditions générales – données clients – clauses abusives
ZUSAMMENFASSUNG	Handelsunternehmen verwenden regelmässig ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen, um die Zustimmung zur Weitergabe von Kundendaten an Dritte einzuholen. Dieser Beitrag zielt darauf ab, Art. 8 UWG auf diese Situation anzuwenden und aufzuzeigen, warum diese Situation problematisch ist. Auch die Zusammenhänge zwischen dem Schutz nach dem DSGVO und dem Schutz nach dem AGB-Recht werden ausführlich diskutiert.
RÉSUMÉ	Les sociétés commerciales utilisent régulièrement leurs conditions générales pour obtenir le consentement à la transmission de données-clients à des tiers. Cette contribution vise à appliquer l'art. 8 LCD à cette situation et à démontrer pourquoi celle-ci est problématique. Les liens entre la protection prévue par la LPD et celle prévue par le droit des CG sont également largement discutés.
ABSTRACT	Commercial companies regularly use their general terms and conditions to obtain consent for the transmission of customer data to third parties. This contribution aims to apply Article 8 of the Swiss Federal Act on Unfair Competition to this situation and to demonstrate why it is problematic. The relationship between the protection provided by the DPA and that provided by consumer law is also discussed at length.

I. Introduction

En pratique, depuis de nombreuses années, des sociétés commerciales transfèrent des données de clients à des organismes publicitaires ou à des sociétés du même groupe, dans un but commercial et de marketing. Pour ce faire, elles cherchent à obtenir le consentement du client au moyen de conditions générales (ci-après : CG). Or, ce fondement contractuel peut se révéler problématique sous l'angle de l'art. 8 LCD¹. La présente contribution examine le caractère abusif de ces clauses de consentement au sens de l'art. 8 LCD. Elle cherche en particulier à préciser les relations qu'entretiennent le droit de la protection des données, le droit de la concurrence déloyale et le droit des contrats.

Notre étude est divisée en trois parties. En premier lieu, les notions de base seront définies et approfondies (II.). Les constructions pratiques envisageables pour permettre à un partenaire contractuel d'incorporer des clauses de transmission des données au contrat seront par la suite examinées et caractérisées (III.). Ensuite, et après la présentation de quelques clauses typiques, nous tenterons d'examiner comment le contrôle du contenu selon l'art. 8 LCD peut trouver application dans le cadre de clauses de transmission de données-clients à des tiers (IV.). Enfin, en guise de conclusion, nous dresserons quelques remarques critiques (V.).

II. Notions

A. Données-clients

La notion de « données-clients » est inconnue à la LPD². Toutefois, pour les besoins de cette étude, nous la définirons comme : les données acquises par un partenaire contractuel lors d'une relation commerciale. Les don-

* BAPTISTE PETER, MLaw, Doctorant et assistant diplômé à l'Université de Lausanne. L'auteur tient à remercier chaleureusement MM. Adrien Duc, Enzo Bastian, Lucien Genolet et Maxime Lepore, doctorants et assistants diplômés à l'Université de Lausanne, ainsi que les rapporteurs anonymes, pour leur relecture attentive et leurs précieux conseils.
Cette contribution est publiée sous une licence Creative Commons. DOI de cet article: 10.3256/978-3-03929-084-0_06.

¹ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD ; RS 241).

² Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 (LPD ; RS 235.1).

nées-clients entrent dans la catégorie des données personnelles au sens de l'art. 5 let. a LPD. Il peut donc notamment s'agir d'un nom complet, d'un numéro de téléphone portable, d'une adresse de messagerie électronique, d'un numéro de dossier, d'un numéro de client, d'une adresse postale, mais également des données « secondaires » qui découlent des données de base (comme les données de consommation liées à l'utilisation d'une carte de crédit)³.

B. Conditions générales

Le recours aux conditions générales est devenu systématique pour la conclusion de contrats dans de nombreux secteurs économiques⁴. Nous entendons par ce terme toutes les clauses préformulées unilatéralement, en général par écrit, qui servent de base non négociable à la conclusion d'un grand nombre de contrats⁵. Elles permettent notamment à l'utilisateur, c'est-à-dire à la partie qui entend user de CG pour régir tout ou partie de la relation juridique avec son cocontractant, de rationaliser la gestion de ses rapports juridiques et d'uniformiser le déroulement du processus contractuel⁶. Leur usage permet également à l'utilisateur de contrôler la distribution des risques qui découlent nécessairement des relations commerciales⁷.

Parallèlement, l'utilisation de conditions générales comporte des risques. Le client, puisqu'il ne peut pas négocier les clauses, est privé d'informations sur le contenu et les enjeux du contrat qu'il conclut⁸. Il n'a pas non plus

d'intérêt raisonnable à rechercher ces informations, la démarche étant trop onéreuse par rapport à la valeur de la prestation recherchée⁹. Le client ne s'informe généralement pas sur le contenu des CG et ne les compare donc pas non plus entre elles¹⁰.

Cette asymétrie d'information provoque une défaillance du marché et une concurrence par la dégradation se met en place (phénomène de *race to the bottom*)¹¹. En d'autres termes, les commerçants tenteront de maximiser leurs profits en proposant des clauses de CG aussi défavorables que possible pour leurs clients¹². Les conditions générales sont rédigées par le commerçant en ignorant complètement les intérêts des consommateurs, notamment en transférant tous les risques contractuels sur ces derniers par une dérogation quasi-systématique au droit dispositif¹³. C'est pourquoi ces risques inhérents à l'usage de telles conditions générales fondent le contrôle du contenu prévu à l'art. 8 LCD¹⁴.

Les conditions générales concernent en principe les obligations accessoires qui forment les points secondaires du contrat¹⁵. Dans la majorité des cas, les clauses relatives à l'utilisation de données-clients font partie d'un accord contractuel sur l'échange ou la fourniture d'autres prestations (les prestations principales¹⁶). Ces clauses règlent

³ BSK DSG/BGÖ-BLECHTA/DAL MOLIN/WESIAK-SCHMIDT, art. 5 N 27 ; CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 5 N 23 ; OFK DSG-GLASS, art. 5 N 9.

⁴ ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST/ROMAN PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2^e éd., Berne 2023, N 1 ; HEIN KÖTZ, Vertragsrecht, 2^e éd., Tübingen 2012, § 6 N 241 s.

⁵ Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 1983 II 1083 ; ATF 148 III 57, 59, c. 2 ; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, t. 1, 11^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020, N 1117 ; DARIO HUG, La formation du contrat de consommation, thèse Neuchâtel 2020, Bâle 2020, N 1424 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 75.

⁶ ARIANE MORIN, Les clauses contractuelles non négociées, RDS 2009 I, 497 ss, 502 ; DOMINIQUE JUNOD MOSER, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, thèse Genève 2001, Bâle/Genève/Munich 2001, 8 ss ; NADIA WALKER, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, thèse Saint-Gall 2015, Zurich/Saint-Gall 2015, 18.

⁷ BK OR-MÜLLER, art. 1 N 286 ; JUNOD MOSER (n. 6), 12 ss ; WALKER (n. 6), 21 s.

⁸ JUNOD MOSER (n. 6), 46 ss ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 7 ; MORIN (n. 6), 503 s.

⁹ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 14 ; MORIN (n. 6), 504 ; WALKER (n. 6), 24 ; YESIM M. ATAMER, Unlautere Wettbewerb durch Nutzung von ungültigen AGB?, in: Susan Emmenegger et al. (éd.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Berne 2018, 35 ss, 41.

¹⁰ Cette situation est le reflet d'une généralité dans laquelle le consommateur se retrouve noyé sous les informations (notamment quant à la protection des données et à la publicité) et s'en désintéresse. Celui-ci n'arrive plus à gérer le flux d'informations et ne parvient pas non plus à identifier les éléments essentiels qui en ressortent. Sur cette question en particulier : BLAISE CARRON, La protection du consommateur lors de la formation du contrat, in: Blaise Carron/Christoph Müller (éd.), Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis (contrats, sécurité des produits, actions collectives), Neuchâtel 2013, 95 ss, 130 ; HUG (n. 5), N 259 s.

¹¹ ATAMER (n. 9), 42 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 15 ; HEIN KÖTZ, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209 ss, 213.

¹² ATAMER (n. 9), 42 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 15 ; KÖTZ (n. 11), 213.

¹³ ATAMER (n. 9), 37 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 16 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 5.

¹⁴ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 16 ; YESIM M. ATAMER, Interessenabwägung im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, RDS 2024 II, 345 ss, 354.

¹⁵ CR CO-MORIN, art. 1 N 165 ; HUG (n. 5), N 1430 ; WALKER (n. 6), 14 s.

¹⁶ Par exemple l'achat d'un produit sur la boutique en ligne d'un magasin ou l'utilisation de services sur internet (traducteur en ligne, plateformes de vidéo à la demande ...).

alors uniquement des points secondaires du contrat (art. 2 al. 1 *in fine* CO¹⁷)¹⁸. En revanche, certaines prestations peuvent être fournies en contrepartie du droit d'utiliser des données. Dans cette hypothèse, le consentement à la transmission de données n'est plus un simple point secondaire mais devient un point objectivement essentiel du contrat (art. 2 al. 1 CO)¹⁹. Nous démontrons ci-dessous que cette distinction est primordiale quant à l'applicabilité du contrôle du contenu selon l'art. 8 LCD²⁰.

Les conditions générales se comportent comme toutes les autres clauses contractuelles et ne possèdent donc pas de valeur normative par elles-mêmes. Elles lient les parties si, et seulement si, celles-ci conviennent (art. 1 CO) de les incorporer dans un contrat individuel dont elles feront partie intégrante en le complétant²¹.

Différentes possibilités matérielles s'offrent à l'utilisateur pour incorporer des clauses relatives au traitement des données-clients. Nous détaillons différentes constructions ci-dessous.

III. Les constructions envisageables

A. Les déclarations de protection des données

1. Généralités

Certains auteurs considèrent qu'il est plus opportun de séparer les conditions générales « de base » et celles relatives à la protection des données²². En pratique, ce second

document est intitulé « déclaration de protection des données »²³.

Par le biais des déclarations de protection des données, les responsables du traitement visent deux buts distincts, ce qui permet à la doctrine de les classer en deux catégories : la déclaration informative (2.) et la déclaration constitutive (3.).

2. La déclaration informative de protection des données

Si le but poursuivi par le responsable est de satisfaire aux exigences impératives d'information et de transparence sur le traitement de données prévues par la LPD²⁴, le caractère déclaratif du document ne fait aucun doute. Il s'agit alors de communiquer à la personne concernée par le traitement l'identité et les coordonnées du responsable de celui-ci, sa finalité, ainsi que les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont transmises (art. 19 al. 1 et 2 LPD). Si les données personnelles ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, le responsable doit, en plus des autres informations, lui communiquer les catégories de données traitées (art. 19 al. 3 LPD).

La doctrine germanophone mentionne alors la « *deklarative Datenschutzerklärung* »²⁵, que nous pourrions traduire littéralement par déclaration de protection des données déclarative. Nous préférons plutôt le terme de déclaration informative de protection des données, plus parlant et surtout moins redondant.

3. La déclaration constitutive de protection des données

En Suisse, si un traitement par une personne privée²⁶ viole l'un des principes du droit de la protection des données,

¹⁷ Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

¹⁸ FLORENT THOUVENIN, Die Datenschutzerklärung : eine Rechtsfigur mit zwei Gesichtern, in : Wolfgang Portmann et al. (éd.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zurich 2019, 463 ss, 471.

¹⁹ THOUVENIN (n. 18), 471. Lorsque la contrepartie à un service n'est pas un paiement « ordinaire », mais le droit d'utiliser les données du client, alors il faudra retenir un contrat mixte. En effet, les éléments constitutifs de plusieurs contrats (dans notre cas un contrat de service et un contrat innommé relatif à l'utilisation des données) sont combinés. Sur la notion de contrat mixte : BK OR-KRAMER, art. 19-20 N 58 ; BSK OR-AMSTUTZ/MORIN, Einl. Vor Art. 184 ff N 9 s. ; CR CO-THÉVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 12 s.

²⁰ Cf. *infra* IV.B.1.

²¹ ATF 148 III 57, 59, c. 2.1 ; CR CO-MORIN, art. 1 N 169 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 5), N 1128 ss ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 3.

²² Notamment quant au devoir d'informer de l'art. 19 al. 1 LPD : ADRIAN BIERI/JULIAN POWELL, Informationspflicht nach dem totalrevidierten Datenschutzgesetz, PJA 2020, 1533 ss, 1536 s. ; CHRISTINE SCHWEIKARD/DAVID VASELLA, Datenschutzerklärungen und AGB, digma 2020, 88 ss, 92 ; OLIVIER HEUBERGER, Profiling im Persönlichkeits- und Datenschutzrecht der Schweiz, thèse Lucerne 2020, Zurich 2020, N 334. Critiques

sur la présence d'informations sur les traitements de données dans les conditions générales : LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL SCHÜEPF, Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht, Jusletter du 15 mars 2021, N 96 ; OK DSG-GLATTHAAR/SCHRÖDER, art. 19 N 46.

²³ THOUVENIN (n. 18), 465.

²⁴ Les obligations d'information et de transparence du responsable du traitement sont prévues aux art. 19 ss LPD. Sur cette question en particulier : BSK DSG/BGÖ-RAMPINI/FUCHS/KUNZ, art. 19 N 1 ; CR LPD-FLUECKIGER, Intro. aux art. 19-21 N 1 s.

²⁵ THOUVENIN (n. 18), 467 ss ; YANNICK REBER, Die AGB-Kontrolle von Datenschutzerklärungen, ius.full 2023, 40 ss, 40 s.

²⁶ Les traitements effectués par des personnes privées sont ici, comme dans la systématique de la LPD, opposés aux traitements effectués par des organes fédéraux. La notion de per-

un motif justificatif peut être soulevé par le responsable pour rendre le traitement licite²⁷. Par exemple, l'art. 31 al. 1 LPD prévoit expressément que le consentement de la personne concernée est un motif justificatif. De plus, le consentement permet de déroger à l'art. 16 LPD en communiquant des données dans un État qui ne dispose pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 17 al. 1 let. a LPD). Cependant, en pratique, le consentement en matière de communication transfrontière de données n'est pratiquement jamais collecté et ne joue dès lors qu'un rôle marginal²⁸.

Une déclaration de protection des données peut donc constituer la base du consentement de la personne concernée à un traitement. La doctrine fait alors référence à la déclaration constitutive²⁹ – « *konstitutive Datenschutz-erklärung* » – de protection des données³⁰. Le responsable décrit les traitements de données qu'il compte effectuer et la personne concernée donne son consentement. En d'autres termes, il s'agit d'un échange de deux manifestations de volonté réciproques et concordantes destinées à produire un effet juridique³¹. Cette déclaration fonde un accord (art. 1 CO) relatif à l'utilisation de données personnelles³².

4. La qualification de conditions générales

Les déclarations de protection des données ayant un caractère purement informatif ne sont pas des conditions générales³³. Il ne s'agit pas dans ce cas de rechercher un accord contractuel entre deux parties, mais plutôt de satisfaire unilatéralement à des exigences légales³⁴. Ces déclarations n'étant pas des conditions générales, le champ d'application de l'art. 8 LCD, que nous étudierons ci-dessous³⁵, n'est pas rempli et le contrôle du contenu n'est donc pas possible. Il convient tout de même de souligner qu'une partie importante de la doctrine soutient, à juste titre, que le régime de la règle de l'insolite, ainsi que la maxime interprétative *in dubio contra stipulatorem* s'appliquent à ces clauses purement informatives³⁶.

En revanche, les clauses de transmission de données-clients à des tiers contenues dans des déclarations constitutives ayant pour objet de rechercher le consentement de la personne concernée afin de justifier un traitement portant une atteinte illicite à sa personnalité (au sens de l'art. 30 LPD) sont des conditions générales³⁷. En effet, il s'agit d'ensembles de clauses formulées par le responsable avant toute conclusion de contrat, celles-ci n'étant pas ouvertes à la négociation. En outre, ces déclarations ont pour but d'être utilisées pour recueillir le consentement des personnes concernées dans un grand nombre de relations contractuelles. Cette qualification de conditions générales ouvre cette fois la porte à un contrôle du contenu selon l'art. 8 LCD.

B. Clauses directement insérées dans les CG de l'utilisateur

Il est également envisageable que les clauses recherchant le consentement de la personne concernée à des traitements de données soient directement insérées dans les conditions générales de l'utilisateur. Il existe alors un seul document, souvent divisé en articles, dont un spécifiquement dédié à la protection des données. La qualification de ces clauses par le terme de conditions générales ne

sonne privée englobe donc les personnes physiques et les personnes morales (les commerçants). Sur cette opposition : BSK DSG/BGÖ-RAMPINI/HARASGAMA, Vor Art. 30-32 N 1.

²⁷ Art. 31 al. 1 LPD ; BSK DSG/BGÖ-RAMPINI/HARASGAMA, art. 30 N 5 ; CR LPD-BOILLAT/WERLY, art. 31 N 19 ; THOUVENIN (n. 18), 470.

²⁸ Si le pays étranger ne dispose pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat, le responsable du traitement utilisera plutôt des clauses type de protection des données (*Standard Contractual Clause, SCC*) ou des règles d'entreprises contraignantes (*Binding Corporate Rules, BCR*) pour garantir un niveau de protection approprié au sens de l'art. 16 al. 2 LPD (système en cascade des art. 16 et 17 LPD). Sur l'utilisation du consentement en matière de communication transfrontière : CR LPD-FISCHER, art. 17 N 10 ss ; LUCA DAL MOLIN/KIRSTEN WESIAK-SCHMIDT, *Datenschutz im Unternehmen*, Zurich 2023, N 198 et 205. Sur les SCC et les BCR en particulier : BSK DSG/BGÖ-DAL MOLIN, art. 16 N 107 ss et 113 ss ; CR LPD-FISCHER, art. 16 N 64 ss et 72 ss.

²⁹ Par opposition à la déclaration uniquement informative présentée ci-dessus.

³⁰ REBER (n. 25), 41 ; THOUVENIN (n. 18), 470.

³¹ Sur la définition du contrat : CR CO-MORIN, art. 1 N 2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 5), N 224 ; PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 7^e éd., Zurich 2024, N 250.

³² REBER (n. 25), 41 ; THOUVENIN (n. 18), 470. Dans le même sens : SCHWEIKARD/VASELLA (n. 22), 89.

³³ REBER (n. 25), 42 s. ; SCHWEIKARD/VASELLA (n. 22), 89.

³⁴ THOUVENIN (n. 18), 467 ss.

³⁵ Cf. *infra* IV.B.1.

³⁶ BÜHLMANN/SCHÜEPP (n. 22), N 63 ; SCHWEIKARD/VASELLA (n. 22), 93 ; SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 19 N 22. Selon ces règles, les ambiguïtés sont interprétées en défaveur du responsable du traitement et les traitements inhabituels doivent être spécialement signalés.

³⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 115 ; REBER (n. 25), 42 s. ; THOUVENIN (n. 18), 472. Voir encore : SCHWEIKARD/VASELLA (n. 22), 89, qui l'admettent avec plus de retenue.

pose en principe pas de problème particulier, celles-ci répondant parfaitement aux caractéristiques de la notion (préformulation unilatérale, absence de négociation et but d'incorporation dans un grand nombre de contrats).

IV. Le contrôle du contenu des clauses relatives à la transmission de données-clients à des tiers selon l'art. 8 LCD

A. Généralités

Du fait de leur nature contractuelle, les conditions générales sont soumises aux règles impératives contenues dans la partie générale du Code des obligations³⁸. Elles doivent notamment respecter les dispositions générales en matière de validité de l'objet du contrat (art. 19 et 20 CO)³⁹. De plus, si le destinataire des CG est un consommateur, il convient de procéder au contrôle du contenu des clauses selon l'art. 8 LCD⁴⁰. Ce dernier prohibe l'usage de conditions générales qui « *en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat.* » Cette disposition poursuit deux objectifs importants. En droit des contrats, l'art. 8 LCD vise la réalisation d'un équilibre contractuel juste, notamment dans la prise en compte des intérêts divergents des parties⁴¹. En ce sens, l'art. 8 LCD concrétise l'art. 2 CC⁴² dans le contexte de l'utilisation de conditions générales⁴³. Dans une perspective de droit de la concurrence, cet article tend à garantir une concurrence loyale (art. 1 LCD) pour tous les acteurs du marché, y compris les consommateurs et les autres concurrents⁴⁴.

L'art. 8 LCD est inspiré de la Directive 93/13/CEE⁴⁵ du Conseil du 5 avril 1993 qui concerne les clauses abu-

sives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁴⁶. À notre sens, faute de volonté claire du législateur de reprendre le droit européen ou d'intérêts économiques importants de la Suisse à une reprise⁴⁷, l'art. 8 LCD n'est pas le fruit d'une adaptation autonome du droit européen⁴⁸. Néanmoins, cela ne signifie pas pour autant qu'il ne faut pas du tout tenir compte du droit européen. Au vu de l'inspiration par le législateur suisse de la Directive 93/13/CEE, le droit européen doit être pris en compte comme moyen auxiliaire d'interprétation (art. 1 al. 3 CC), sans obligation d'interprétation conforme⁴⁹. Le juge pourra alors s'inspirer de la pratique de la CJUE ainsi que des tribunaux des États membres de l'UE relative à la Directive 93/13/CEE lors de son contrôle du contenu des clauses selon l'art. 8 LCD⁵⁰.

Après une analyse de son champ d'application (B.), nous nous intéresserons à la mise en œuvre de l'art. 8 LCD (C.). Une sélection de clauses typiques sera présentée (D.) avant que nous leur appliquions les conditions matérielles de l'art. 8 LCD (E.). Une dernière section sur les conséquences du caractère abusif conclura l'analyse (F.).

mateurs (Directive 93/13/CEE ; JO L 95 du 21 avril 1993, 29 ss).

³⁸ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 73 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (n. 5), N 1146a ; HUG (n. 5), N 1755 s. ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 328.

³⁹ ARIANE MORIN, L'impact de l'art. 8 LCD sur le contrat de leasing, RDS 2019 I, 159 ss, 160 ; HUG (n. 5), N 1756 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 332.

⁴⁰ MORIN (n. 39), 160.

⁴¹ ATAMER (n. 14), 349 ; WALKER (n. 6), 109 s. Dans le même sens : MORIN (n. 39), 165 s.

⁴² Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁴³ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 167 ; MORIN (n. 39), 165 s.

⁴⁴ KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 742 ; MORIN (n. 39), 165. Sur le but de l'art. 8 LCD pour une concurrence loyale entre entreprises concurrentes spécifiquement et la notion de *race to the bottom*, voir : ATAMER (n. 9), 42 ; BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 15 ; KÖTZ (n. 11), 213.

⁴⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consom-

⁴⁶ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 117 ; ESTHER WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, thèse Berne 2015, Zurich/St-Gall 2015, N 225 ; HELMUT HEISS, Kommentar, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (éd.), UWG Kommentar, St-Gall 2018, art. 8 UWG N 61 ; MORIN (n. 39), 160.

⁴⁷ Rappelons que la volonté du législateur ainsi que la sauvegarde d'intérêts économiques de la Suisse restent les critères décisifs à prendre en compte pour se prononcer sur une éventuelle adaptation autonome, à ce sujet : EMILIE KOHLER, Le rôle du droit de l'Union européenne dans l'interprétation du droit suisse, thèse Berne 2015, Berne 2015, 24 s. ; WIDMER (n. 46), N 212.

⁴⁸ HEISS (n. 46), N 61 ; RATKO DJAKOVIC, Les droits réels limités à l'épreuve du droit de la concurrence, thèse Lausanne 2022, Berne 2023, 744 ; WIDMER (n. 46), N 227 ; *contra* : PASCAL PICHONNAZ, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, DC 2012, 140 ss, 141. Voir encore : SHK UWG-PROBST, art. 8 N 349, qui retient une adaptation autonome partielle.

⁴⁹ ARIANE MORIN, L'influence du droit européen sur le droit privé suisse de la consommation, in : Lauren Ojha/Pierre-François Vuillemin (éd.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, Lausanne 2009, 17 ss, 33 ; HEISS (n. 46), N 61 ; KOHLER (n. 47), 161 s. ; WIDMER (n. 46), N 228. Voir également : ATF 124 II 193, 203, c. 6a.

⁵⁰ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 152 ; HEISS (n. 46), N 61 ; MORIN (n. 39), 168. Dans le même sens : ATAMER (n. 14), 350 s.

B. Champ d'application

1. Champ d'application général de l'art. 8 LCD

Le contrôle du contenu selon l'art. 8 LCD suppose l'utilisation de conditions générales⁵¹. Cela ne pose donc pas de problème pour l'objet défini de notre étude. En effet, comme remarqué ci-dessus⁵², les clauses recherchant le consentement du destinataire pour la transmission de ses données-clients sont presque systématiquement contenues dans des conditions générales ou des déclarations constitutives de protection des données qui possèdent le caractère de CG.

Le texte de loi prévoit que l'utilisation de conditions générales abusives doit se faire au détriment du consommateur. Dans l'optique de l'art. 8 LCD, le consommateur se définit comme une personne physique qui contracte dans un but étranger à son activité professionnelle ou commerciale⁵³. Cette définition se retrouve aussi à l'art. 2 let. b de la Directive 93/13/CEE. Elle se recoupe en outre parfaitement avec la notion de consommateur final, telle qu'entendue à l'art. 97 Cst.⁵⁴. Selon cette définition, de nombreux « clients » pourraient être considérés comme des consommateurs et ainsi profiter de la protection fournie par l'art. 8 LCD.

En revanche, une majorité de la doctrine soutient à juste titre qu'il n'est pas possible d'opérer un contrôle sur l'objet principal du contrat ou sur le rapport qualité-prix⁵⁵. Dès lors, lorsque le consentement à la transmission de données-clients constitue l'objet principal du contrat (et non seulement un point secondaire de la transaction), le contrôle du contenu n'est pas envisageable⁵⁶.

2. Le rapport avec les règles de la protection des données

Les relations qu'entretiennent les exigences de la LPD et celles découlant de la LCD sont peu claires. Ainsi, la doctrine suisse est divisée sur la question de savoir si le contrôle du contenu des CG s'applique en plus de la protection de la LPD, ou si cette dernière exclut le contrôle se-

lon l'art. 8 LCD⁵⁷. À notre sens, les dispositions de la LPD ne sont pas des *lex specialis* par rapport à l'art. 8 LCD. En effet, les buts visés par ces deux systèmes de protection ne se recoupent pas forcément. La LPD tend à protéger la personnalité et à sauvegarder les droits fondamentaux (notamment l'art. 13 al. 2 Cst.) des personnes physiques dont les données personnelles font l'objet d'un traitement (art. 1 LPD). L'art. 8 LCD, quant à lui, vise à la réalisation d'un équilibre contractuel juste et à garantir une concurrence loyale⁵⁸. Les conséquences, les actions possibles ainsi que les acteurs légitimés à agir à la suite d'une violation se distinguent également entre les deux systèmes. De plus, l'examen selon l'art. 8 LCD prend tout son sens quand les intérêts du consommateur sont largement ignorés au profit de ceux du commerçant, notamment par une dérogation systématique au droit dispositif. Le contrôle du contenu selon l'art. 8 LCD et la pesée des intérêts qui en découle imposent de prendre en compte le contrat dans son ensemble, et non les clauses individuellement⁵⁹. Il est donc envisageable que des clauses soient en elles-mêmes conformes à la LPD mais que l'effet de sommation qu'elles entraînent soit abusif au sens de l'art. 8 LCD⁶⁰.

C. La mise en œuvre

Il est controversé de savoir dans quelle mesure le juge doit prendre en compte les circonstances concrètes du cas d'espèce lors du contrôle du contenu selon l'art. 8 LCD. Si l'action est intentée par une association, un concurrent ou la Confédération, il n'existe pas de circonstances concrètes à prendre en compte, vu l'absence de tout contrat individuel. L'examen s'effectue alors de manière abstraite, en prenant pour référence un partenaire contractuel moyen⁶¹. En revanche, si c'est le consommateur qui agit suite à la conclusion d'un contrat, la question est plus délicate. ATAMER

⁵¹ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 120 ss ; WALKER (n. 6), 116 ; WIDMER (n. 46), N 239 s.

⁵² Cf. *supra* III.A.4.

⁵³ HEISS (n. 46), N 119 ; MORIN (n. 39), 160 ; SHK UWG-PROBST, art. 8 N 471 ss.

⁵⁴ MORIN (n. 39), 160. Sur la notion de consommateur visée par l'art. 97 Cst. : BSK BV-UHLMANN, art. 97 N 4 ; CR Cst.-PICHONNAZ, art. 97 N 8.

⁵⁵ BSK UWG-THOUVENIN, art. 8 N 94 ss ; HEISS (n. 46), N 165 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 13. Voir également l'art. 4 al. 2 de la Directive 93/13/CEE.

⁵⁶ REBER (n. 25), 50 s. ; THOUVENIN (n. 18), 476 s.

⁵⁷ Pour une application de l'art. 8 LCD aux clauses de consentement à des traitements de données personnelles : HEUBERGER (n. 22), N 345 ss ; LUKAS FAHRLÄNDER, Der nachträgliche Einschub von Datenschutz- und Bankgeheimnisklauseln in AGB, PJA 2024, 1163 ss, 1176 s. ; REBER (n. 25), 50 s. ; THOUVENIN (n. 18), 476 s. qui met en doute son efficacité. Contre une telle application : SCHWEIKARD/VASELLA (n. 22), 92.

⁵⁸ Cf. *supra* IV.A.

⁵⁹ ATAMER (n. 14), 365 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 154.

⁶⁰ Sur l'effet de sommation en particulier : HEISS (n. 46), N 213 ; STEFAN MARTI, Kompensation und Summierung von AGB-Klauseln, PJA 2022, 218 ss, 219 ; WIDMER (n. 46), N 302.

⁶¹ ATAMER (n. 14), 363 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 183 ; HUG (n. 5), N 1657 ; MILIVOJE MITROVIC, Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, thèse Saint-Gall 2022, Zurich/Saint-Gall 2022, N 287 ; MORIN (n. 39), 161.

soutient qu'il ne faut pas renoncer à des critères généralisants, même dans le cadre d'une action individuelle⁶². Cette approche doit être suivie, mais nuancée, car des circonstances concrètes particulières, comme la conclusion d'un accord individuel entre l'utilisateur et le destinataire méritent d'être prises en compte dans l'analyse⁶³. En revanche, étant donné que le fondement de la protection de l'art. 8 LCD est une défaillance du marché due à des coûts d'information trop élevés, les caractéristiques personnelles du consommateur importent peu car celui-ci ne s'informerait de toute manière pas sur le contenu des CG⁶⁴. Il convient donc, lors d'une action individuelle, de baser l'examen sur des critères généralisants sans pour autant nier certaines circonstances importantes du cas d'espèce. Cette approche sera donc adoptée ci-dessous, lors de notre examen d'exemples de clauses⁶⁵.

D. Exemples de clauses

Afin de rendre l'analyse plus concrète, quelques clauses intéressantes sont reproduites ci-dessous. Il s'agit ici de clauses entières ou d'extraits de clauses qui servent à exemplifier et concrétiser notre analyse et qui se retrouvent dans un grand nombre de documents disponibles sur le site internet de grandes entreprises actives en Suisse⁶⁶ :

« Nous pouvons aussi communiquer vos données dans le cadre d'activités marketing. Elles peuvent alors être évaluées et mises en correspondance avec des données émanant d'autres entreprises du groupe Coop⁶⁷. »

« Le client est informé que des données le concernant pourront être transmises à l'étranger, notamment vers la France, en particulier à destination d'autres sociétés du groupe FNAC. Il est également informé que des données peuvent également être transmises aux sociétés mettant en œuvre les réseaux sociaux notamment Facebook dont les serveurs sont situés aux Etats-Unis⁶⁸. »

« Pour atteindre les objectifs décrits dans la présente déclaration des données, il peut être nécessaire que nous communiquions vos données personnelles à d'autres entreprises. Il s'agit des catégories de destinataires suivantes : sociétés du groupe Manor ; partenaire du programme de fidélité ; prestataires de services externes ; autorités et tribunaux⁶⁹. »

E. Les conditions d'application

1. Un déséquilibre significatif

En premier lieu, il est nécessaire que les conditions générales créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations découlant du contrat, et ce au détriment du consommateur⁷⁰. Le texte de loi ne prévoit pas le cadre de référence à l'aune duquel il faut mener l'analyse du déséquilibre induit par l'incorporation de CG au contrat. La doctrine suisse et la jurisprudence européenne (à défaut de jurisprudence fédérale) s'accordent à dire que la base de comparaison pour l'analyse doit être déterminée par les principes régissant le complètement du contrat⁷¹. En conséquence, les dispositions légales de droit dispositif⁷²

⁶² ATAMER (n. 14), 363 ss ; HEISS (n. 46), N 182 ss ; MITROVIC (n. 61), N 289 s. Pour que l'examen lors d'une action individuelle se fasse compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce : CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 153 et 183 ; MORIN (n. 39), 161 ; WIDMER (n. 46), N 234.

⁶³ HEISS (n. 46), N 183 qui remarque de manière pertinente que des circonstances particulières ou la conclusion d'un accord individuel entre l'utilisateur et le destinataire sont généralement absentes des transactions de masse. En conséquence, le résultat d'une approche individuelle correspond, sauf cas exceptionnel, à celui d'une approche abstraite.

⁶⁴ ATAMER (n. 14), 363 s. ; HEISS (n. 46), N 282. La CJUE interprète d'ailleurs la notion de consommateur de manière objective : CJUE, arrêt du 27 octobre 2022, « S. V. » OOD contre E. Ts. D., C-485/21, § 25.

⁶⁵ Cf. *infra* IV. E.

⁶⁶ Ces clauses sont présentées ici comme les cas les plus typiques et les plus problématiques à notre sens. Ces dernières interagissent avec de nombreuses autres clauses également problématiques qu'il ne convient pas de présenter ici. Cependant, l'examen produit dans cette contribution peut également leur être appliqué.

⁶⁷ Il s'agit d'un extrait du point 10.1 de la déclaration de protection des données de la Coop, disponible via le lien suivant :

<https://www.coop.ch/fr/entreprise/protection-des-donnees.html> (consulté le 26 mars 2025).

⁶⁸ Il s'agit d'un extrait de l'art. 16 al. 4 des CGV de la FNAC, disponibles via le lien suivant : <https://www.fr.fnac.ch/Help/fnac-com-cgv.aspx> (consulté le 26 mars 2025).

⁶⁹ Il s'agit d'un extrait de la déclaration de protection des données de Manor, disponible via le lien suivant : <https://www.manor.ch/fr/u/data-policy> (consulté le 26 mars 2025). Pour bien comprendre les implications de cette clause, il est nécessaire de la mettre en relation avec la clause discutant des buts des traitements. Celle-ci prévoit notamment que les données peuvent être traitées pour poursuivre les finalités suivantes : marketing et publicité ; information sur les nouvelles évolutions chez Manor et sur les nouveaux produits et services ; personnalisation et optimisation de l'utilisation de l'application Manor.

⁷⁰ CR CO-MORIN, art. 1 N 179a ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 748 ; WALKER (n. 6), 129 ; WIDMER (n. 46), N 241 ss.

⁷¹ KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 759. Pour la jurisprudence européenne : CJUE, arrêt du 8 décembre 2022, QE contre Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest, C-600/21, § 49.

⁷² Cette solution mérite d'être approuvée. En effet, le droit dispositif est un bon cadre de contrôle car il résulte d'un processus

qui auraient été applicables à titre subsidiaire si les parties n'avaient pas incorporé des conditions générales constituent le cadre de référence à considérer lors de l'examen⁷³. Dans le cas de notre étude, il s'agit des règles contenues dans la LPD, applicables à tous les types de contrats, qu'ils soient nommés ou innommés. Dans un deuxième temps, il sera nécessaire d'examiner si les clauses de CG s'écartent de manière abusive du droit dispositif préalablement identifié⁷⁴.

L'art. 30 LPD est notamment pertinent en tant que droit dispositif pour contrôler des clauses relatives à des transmissions de données-clients à des tiers. En effet, l'art. 30 al. 1 LPD prévoit que celui qui traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées⁷⁵. La violation des principes de la finalité, de la proportionnalité ou de la bonne foi⁷⁶, tous trois mentionnés à l'art. 6 LPD, constitue une atteinte illicite (art. 30 al. 2 let. a LPD)⁷⁷.

Grâce aux clauses insérées dans les CG de l'utilisateur, celui-ci peut traiter de manière licite des données clients en violation des principes de base prévus dans la LPD. En effet, le consentement recherché permet au responsable de traiter des données sans se soucier du respect des principes fixé aux art. 6 et 16 LPD⁷⁸. Les clauses en question s'écartent donc de manière importante de la répartition des droits et des obligations prévue par le droit dispositif, il existe donc bel et bien un déséquilibre⁷⁹.

Cela est renforcé par le fait qu'il n'y a aucune gradation dans le renoncement à la protection des données du destinataire : les principes cardinaux censés valoir pour tous les traitements ne trouvent plus du tout application.

L'écart par rapport à la loi dispositif atteint donc une certaine gravité (élément quantitatif)⁸⁰. En outre, le droit à la protection des données possède un fondement constitutionnel⁸¹, mis en œuvre par la LPD⁸². La dérogation systématique aux dispositions centrales de cette loi entraîne un déséquilibre s'agissant d'une répartition jugée constitutionnellement importante des droits et des obligations (élément qualitatif)⁸³. Partant, le caractère significatif du déséquilibre est établi.

ATAMER précise, de manière pertinente selon nous, que le contrôle des conditions générales selon l'art. 8 LCD est un cas typique de pesée des intérêts en droit des contrats⁸⁴. Des critères individuels de pondération tels que la valeur constitutionnelle des intérêts en cause ou le respect du principe de proportionnalité dans la mise en balance des intérêts des parties doivent ainsi être pris en compte lors de l'examen du déséquilibre significatif⁸⁵.

Dans notre cas, la liberté économique (art. 27 Cst.) de l'utilisateur ne permet pas de contrebalancer une restriction importante au droit à une protection des données (art. 13 al. 2 Cst.), particulièrement lorsque la liberté économique ne souffre que d'une faible restriction alors que le droit constitutionnel du destinataire est fortement limité⁸⁶. Par ailleurs, le seul intérêt commercial accessoire⁸⁷ du responsable du traitement devrait être supplanté par l'intérêt de la personne concernée à une gestion loyale de ses données. Les clauses examinées désavantagent trop fortement

législatif et tient compte équitablement des intérêts de chaque partie. À ce sujet : MORIN (n. 39), 168 ; WIDMER (n. 46), N 259 s.

⁷³ ATAMER (n. 14), 359 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 759 ; WALKER (n. 6), 140 s.

⁷⁴ ATAMER (n. 14), 360 ; MORIN (n. 39), 168.

⁷⁵ Ce principe s'applique également lorsque le responsable du traitement communique des données personnelles dans un État étranger.

⁷⁶ Sur ces principes : BSK DSG/BGÖ-BÜHLMANN/REINLE, art. 6 N 46 ss et 106 ss ; CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6 N 24 ss, 26 ss et 47 ss.

⁷⁷ Il convient de remarquer que même en cas de communication de données transfrontière, le responsable du traitement est tenu de respecter les principes généraux du droit de la protection des données. Il doit donc s'abstenir de porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées (conformément à l'art. 30 al. 1 LPD). Sur ce sujet : BSK DSG/BGÖ-DAL MOLIN, art. 16 N 21 ; CR LPD-FISCHER, art. 16 N 39 s. et art. 17 N 15.

⁷⁸ En effet, le consentement est un motif justificatif qui lève l'illicéité du traitement, conformément à l'art. 17 al. 1 let. a et 31 al. 1 LPD.

⁷⁹ Dans ce sens : KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 882.

⁸⁰ Sur le caractère quantitatif de la divergence avec le droit dispositif : ATAMER (n. 14), 361 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 159 ; HEISS (n. 46), N 207 ; THOMAS KOLLER, art. 8 UWG : Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, PJA 2014, 19 ss, 29 s. Concernant la jurisprudence européenne : CJUE, arrêt du 16 janvier 2014, Constructora Principado SA contre José Ignacio Menéndez Álvarez, C-226/12, § 22 ss.

⁸¹ Art. 13 al. 2 Cst.

⁸² CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, art. 13 N 64 ; CR LPD-COTTIER, art. 1 N 2 ; SHK DSG-BAERISWYL, Vorbemerkungen zu Art. 1-4, N 2.

⁸³ Sur le caractère qualitatif de la divergence avec le droit dispositif : CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 159 ; HEISS (n. 46), N 207 ; KOLLER (n. 80), 29 s.

⁸⁴ ATAMER (n. 14), 349 s. Pour le droit allemand : MANFRED WOLF/WALTER F. LINDACHER/THOMAS PFEIFFER, AGB-Recht, 7^e éd., Munich 2020, § 307 N 174 ; MüKo BGB-WURMNEST, § 307 N 37.

⁸⁵ ATAMER (n. 14), 371 ss. Pour le droit allemand : MARKUS STOFFELS, AGB-Recht, 5^e éd., Munich 2024, N 495a ; MüKo BGB-WURMNEST, § 307 N 57.

⁸⁶ Dans le même sens : ATAMER (n. 14), 372 s.

⁸⁷ L'intérêt commercial principal de l'utilisateur n'est pas de pouvoir transmettre des données, mais de recevoir la prestation principale du contrat conclu, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, une rémunération.

le consommateur par rapport à ce qui serait nécessaire à la défense raisonnable des intérêts du commerçant⁸⁸. De ce fait, le principe de proportionnalité n'est pas respecté. En ajoutant ces éléments à l'analyse des clauses présentée ci-dessus, le résultat intermédiaire auquel nous sommes arrivés se trouve renforcé : il y a un déséquilibre significatif et ces clauses devraient être considérées comme abusives.

2. Le caractère injustifié du déséquilibre significatif

Pour qu'une clause soit considérée comme abusive, il faut enfin que le déséquilibre significatif soit injustifié. L'existence d'une clause extrêmement défavorable au consommateur ne suffit pas. Il faut au surplus que son maintien dans le contrat se révèle incompatible avec le principe de l'équité, parce que le contrat ne tient pas compte d'une autre manière des intérêts du consommateur⁸⁹. Dès lors, pendant son examen, le juge doit tenir compte d'une éventuelle compensation du déséquilibre par d'autres clauses ou par des accords individuels⁹⁰. Selon l'opinion doctrinale dominante, il est nécessaire que les clauses servant à la compensation présentent un lien fonctionnel avec les clauses créant un déséquilibre significatif, de sorte qu'il existe un rapport direct et transparent entre elles⁹¹. Cette exigence permet au consommateur, lors de la conclusion du contrat, de mettre en balance le déséquilibre et les avantages ressortant de la relation contractuelle envisagée⁹². Cependant, une compensation du déséquilibre par un prix avantageux pour le client n'est pas envisageable⁹³. En effet, au vu des différents facteurs agissant sur le prix, il n'est pas possible de déterminer le rapport direct et transparent entre celui-ci et les clauses défavorables au consommateur⁹⁴.

Dans les documents que nous avons consultés⁹⁵, dont les clauses exemplatives sont tirées, aucune autre clause ne semble permettre de compenser le déséquilibre significatif décrit ci-dessus. Il n'existe pas de clause ayant le même objet (la protection des données du client) ou qui serait dans un rapport d'échange et servirait à conférer un avantage offrant au consommateur plus que le droit dispositif applicable⁹⁶. D'un point de vue plus général, il est compliqué d'imaginer des avantages permettant de justifier le renoncement unilatéral et majeur du client à la protection de ses données.

Dans ce contexte, FAHRLÄNDER distingue l'analyse selon la formulation de la clause. Il soutient que la clause prévoyant que le consentement du client à ce que ses données soient transférées à des sociétés du groupe à des fins commerciales ainsi qu'à des tiers si cela est nécessaire à l'exécution du contrat est également dans l'intérêt du client et peut donc justifier le déséquilibre⁹⁷. Cette approche méthodologique ne peut pas être suivie. En effet, de telles formulations n'offrent pas au client une compensation en échange d'un déséquilibre, mais jouent plutôt un rôle dans l'examen du déséquilibre significatif lui-même, notamment sous l'angle du principe de proportionnalité. Le commerçant ne fait que préciser sa clause, sans octroyer au client plus que ne le fait déjà le droit dispositif. C'est pourquoi il n'est pas envisageable de discuter de justification d'un déséquilibre dans ce cas.

Remarquons encore que le texte de l'art. 8 LCD impose que l'usage des clauses examinées soit en contradiction avec les règles de la bonne foi. Cette exigence n'est pas une condition autonome supplémentaire, la notion de bonne foi étant inhérente à l'examen du caractère abusif d'une clause selon l'art. 8 LCD⁹⁸. Cette solution, soutenue par

⁸⁸ ATAMER (n. 14), 373.

⁸⁹ Message du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), FF 2009 5567 ; MORIN (n. 6), 516.

⁹⁰ ATAMER (n. 14), 384 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 153 ss ; HEISS (n. 46), N 211 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 776 ss ; WIDMER (n. 46), N 294 s. Voir également le texte de l'art. 4 al. 1 Directive 93/13/CEE.

⁹¹ ATAMER (n. 14), 384 s. ; HEISS (n. 46), N 211 ; KOLLER (n. 80), 28 s. ; MORIN (n. 39), 173 ; WIDMER (n. 46), N 298.

⁹² MORIN (n. 39), 173.

⁹³ ATAMER (n. 14), 390 ; HEISS (n. 46), N 212 ; JUNOD MOSER (n. 6), 62 ss ; KOLLER (n. 80), 29 ; MORIN (n. 39), 174.

⁹⁴ ATAMER (n. 14), 390 ; HEISS (n. 46), N 212 ; MORIN (n. 39), 174 ; WIDMER (n. 46), N 300 ss. Il convient tout de même de faire une exception à ce principe lorsque l'utilisateur peut prouver qu'il existe un rapport direct et transparent entre les clauses défavorables et le prix. Ce sera notamment le cas si le client a la possibilité de choisir entre plusieurs tarifs qui offrent plus ou moins de conditions favorables. Nous pouvons notam-

ment penser ici aux réservations d'hébergement en ligne, qui laissent le choix entre un prix plus élevé avec possibilité d'annulation ou de modification, ou un prix plus modeste avec une réservation définitive. À notre connaissance, il n'existe pas de tels procédés concernant la protection des données. Sur ce sujet : ATAMER (n. 14), 390 s. ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 781 ; MORIN (n. 39), 174 s.

⁹⁵ Nous avons consulté toutes les clauses contractuelles que les grandes entreprises actives en Suisse souhaitent incorporer à un contrat individuel conclu avec un consommateur. En d'autres termes, les CG « classiques » ainsi que les déclarations de protection des données ont été examinées.

⁹⁶ Sur cet élément : MORIN (n. 39), 174.

⁹⁷ FAHRLÄNDER (n. 57), 1176.

⁹⁸ ATAMER (n. 14), 361 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 163 ; HEISS (n. 46), N 209 ; KOLLER (n. 80), 31 ; WIDMER (n. 46), N 293 ss ; *contra* : KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 786 ss. La bonne foi est inhérente à l'examen selon l'art. 8 LCD car ce dernier permet notamment une pesée de tous les intérêts dignes de protection de l'utilisateur des CG et du partenaire

la CJUE dans son interprétation de la Directive 93/13/CEE⁹⁹, mérite d'être approuvée sans réserve.

En conclusion, et à la suite de cette deuxième étape de l'analyse, les clauses examinées prévoient au détriment du consommateur un déséquilibre significatif et injustifié entre les droits et les obligations découlant du contrat. Partant, ces clauses sont, selon nous, abusives au sens de l'art. 8 LCD¹⁰⁰.

Nous avons remarqué ci-dessus que le consentement ne jouait pratiquement aucun rôle dans le cas où un commerçant souhaite communiquer des données personnelles dans un État étranger qui ne dispose pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat¹⁰¹. Il est possible que cette situation se modifie et que le consentement recherché par le biais de CG devienne habituel dans la pratique pour déroger à l'art. 16 LPD (conformément à l'art. 17 al. 1 let. a LPD). Si une telle adaptation devait se produire, l'examen mené dans cette contribution pourrait être appliqué *mutatis mutandis* à ces clauses, ce qui devrait en principe également mener à la constatation de leur caractère abusif au sens de l'art. 8 LCD.

F. Les conséquences du caractère abusif

L'utilisation de clauses abusives selon l'art. 8 LCD est un comportement déloyal et illicite au sens de l'art. 2 LCD. L'illicéité entraîne donc la nullité absolue des clauses (art. 20 al. 1 CO)¹⁰². Cependant, seules les clauses nulles tombent (art. 20 al. 2 CO) dans la mesure où il est envisageable de retrancher le contenu abusif pour ne garder que ce qui est conforme aux règles de la bonne foi et de l'équité (nullité partielle)¹⁰³. La clause nulle sera remplacée par le droit dispositif applicable, conformément aux

principes régissant le complètement du contrat¹⁰⁴. Une simple réduction de la clause abusive par le juge à une limite admissible est impossible, car ce procédé viderait la norme protectrice de son sens¹⁰⁵. En effet, l'effet préventif de la nullité n'existerait plus et cela inciterait l'utilisateur à préformuler des clauses potentiellement abusives sans encourir de risques majeurs¹⁰⁶.

Dans le cadre de notre étude, les clauses nulles, car abusives, seront remplacées par les dispositions topiques de la LPD, cette dernière constituant le droit dispositif applicable. À ce titre, les principes prévus à l'art. 30 LPD devront notamment être respectés par le commerçant qui ne pourra plus se prévaloir du consentement de la personne concernée acquis par le biais de CG abusives. Remarquons tout de même que d'autres motifs justificatifs sont susceptibles d'être avancés par le responsable du traitement pour le rendre licite (art. 31 LPD). Si aucun motif justificatif ne peut être soulevé par le responsable, le traitement est illicite et l'art. 32 LPD offre certaines prétentions à la personne concernée.

contractuel, à ce sujet : Message modification LCD (n. 89), FF 2009 5567.

⁹⁹ CJUE, arrêt du 13 octobre 2022, FV contre NOVA KREDITNA BANKA MARIBOR d.d., C-405/21, § 25 ; CJUE, arrêt du 17 novembre 2021, YB contre Unión de Créditos Inmobiliarios SA, C-79/21, § 38.

¹⁰⁰ Pour des auteurs qui semblent arriver à une conclusion proche, malgré des examens différents ou plus sommaires : KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 882 ; REBER (n. 25), 51. Uniquement proche sur l'analyse du déséquilibre significatif : FAHLÄNDER (n. 57), 1176.

¹⁰¹ Cf. *supra* III. A. 3. et note 28.

¹⁰² Message modification LCD (n. 89), FF 2009 5568 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 170 ; KOLLER (n. 80), 34 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 799 ; WALKER (n. 6), 166 ; WIDMER (n. 46), N 323 ; *contra* : NICOLAS KUONEN, Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du phénix, SJ 2014 II, 1 ss, 30 s.

¹⁰³ Message modification LCD (n. 89), FF 2009 5568 ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 171 ; HEISS (n. 46), N 246 ; KOLLER

(n. 80), 34 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 799 ; WALKER (n. 6), 166 ; WIDMER (n. 46), N 324.

¹⁰⁴ Vu l'absence de pourparlers, il est illusoire de vouloir s'en remettre à la volonté hypothétique des parties ; CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 172 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 799 ; WIDMER (n. 46), N 326.

¹⁰⁵ CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 172 ; HEISS (n. 46), N 249 ; KOLLER (n. 80), 35 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 799. Cette position a également été défendue par le TF en lien avec la règle de l'insolite : TF, 4A_404/2008 (18 décembre 2008), c. 5.6.3.2.1. Concernant le droit européen, voir : MARCO FARINA, Unfair Terms and Supplementation of the Contract, European Review of Private Law, N3/2021, 441 ss, 449. Pour la jurisprudence de la CJUE, voir : CJUE, arrêt du 21 janvier 2015, Unicaja Banco SA contre José Hidalgo Rueda e.a. et Caixabank SA contre Manuel María Rueda Ledesma e.a., C-482/13, § 31.

¹⁰⁶ Dans l'hypothèse où l'utilisateur « tente le coup » et utilise des clauses abusives dans ses CG, deux constellations d'évènements sont envisageables. Premièrement, si le consommateur ne fait pas valoir ses droits, les clauses abusives s'appliquent et le désavantagent. Deuxièmement, si le consommateur fait valoir ses droits et que les clauses sont considérées par un juge comme abusives, celles-ci seront réduites à une mesure admissible pour être « juste » compatibles avec les exigences de l'équité (elles ne sont donc pas alignées sur le droit dispositif qui tient compte des intérêts des deux parties). Dans ce deuxième cas, les clauses finalement applicables resteront défavorables au consommateur et l'utilisateur n'est pas sanctionné. Dans les deux constellations, le but de protection de l'art. 8 LCD n'est pas atteint. Sur cette analyse : CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 172 ; KRAMER/PROBST/PERRIG (n. 4), N 799. Pour une analyse de la CJUE : CJUE, arrêt du 14 juin 2012, Banco Español de Crédito, SA contre Joaquín Calderón Camino, C-618/10, § 69.

En droit de la concurrence déloyale, l'art. 9 LCD prévoit différents droits d'action¹⁰⁷. Le client victime d'un comportement déloyal peut obtenir la cessation de l'usage des conditions générales et faire constater son caractère illicite (art. 9 al. 1 let. b et c LCD). Il peut également obtenir l'interdiction de l'usage de telles clauses abusives, si l'atteinte est imminente (art. 9 al. 1 let. a LCD). De plus, le lésé peut demander la publication ou la communication à un tiers du jugement ou de la rectification (art. 9 al. 2 LCD). Enfin, il peut intenter une action en dommages et intérêts ou en remise du gain conformément aux dispositions du CO (art. 9 al. 3 LCD).

D'autres acteurs que le seul client sont susceptibles d'intenter ces actions. Les concurrents, les associations professionnelles et économiques qui défendent statutairement les intérêts économiques de leurs membres, les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs, ainsi qu'à certaines conditions la Confédération, ont notamment qualité pour agir (art. 9 et 10 LCD)¹⁰⁸. Remarquons, dans un souci d'exactitude, que les actions compensatoires de l'art. 9 al. 3 LCD ne peuvent pas être introduites par les acteurs décrits à l'art. 10 al. 2 et 3 LCD¹⁰⁹.

V. Conclusion

Cette contribution s'achève ici par un bref rappel des conclusions de notre analyse.

Tout d'abord, les clauses qui recherchent le consentement d'une personne pour rendre licites des transferts de données-clients qui contreviennent aux principes de la LPD sont incluses dans des conditions générales ou dans des documents qui en possèdent le caractère. Cette constatation permet de recourir aux instruments de contrôle des CG, notamment le contrôle du contenu selon l'art. 8 LCD.

Le champ d'application de l'art. 8 LCD est la plupart du temps rempli s'agissant de ces clauses, une exception mériterait toutefois d'être signalée lorsque le consentement à des traitements se trouve être l'objet principal du contrat (et non seulement un point secondaire de celui-ci). De plus,

la protection prévue par la LPD n'évince pas celle découlant de la LCD.

Enfin, par la suite d'une analyse pratique fondée sur des critères généralisants, les clauses examinées créent en général un déséquilibre significatif et injustifié entre les droits et les obligations découlant du contrat en défaveur du consommateur, ce qui les rend abusives au sens de l'art. 8 LCD. Ces clauses sont donc nulles et remplacées par le droit dispositif applicable, la LPD en l'espèce. Les divers droits d'action et la légitimation active prévus par la LCD ont finalement été décrits.

Au vu des conclusions tirées de cet examen, une présomption d'illicéité au sens de l'art. 8 LCD existe pour de telles clauses. Si, un jour, le législateur suisse devait adapter le droit européen sur les clauses abusives de manière plus fidèle, ce type de clause trouverait aisément sa place dans une liste grise comme celle prévue à l'Annexe 1 de la Directive 93/13/CEE¹¹⁰.

¹⁰⁷ Sur les voies d'action de 9 LCD en lien avec l'utilisation de conditions générales abusives : CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 175 ; HEISS (n. 46), N 253 ; WALKER (n. 6), 163 s. ; WIDMER (n. 46), N 328.

¹⁰⁸ Sur la qualité pour intenter une action au sens de l'art. 9 LCD en lien avec l'utilisation de conditions générales abusives : HEISS (n. 46), N 253 ; WALKER (n. 6), 156 ss ; WIDMER (n. 46), N 329.

¹⁰⁹ Art. 10 al. 2 et 3 LCD *a contrario* ; CR LCD-FORNAGE, art. 10 N 3 ; KOLLER (n. 80), 36.

¹¹⁰ Il s'agit d'une liste qui présente des clauses dont le caractère abusif est présumé. Sur ce sujet : CR LCD-PICHONNAZ, art. 8 N 152 ; KUONEN (n. 102), 13 s.