

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

préparée en cotutelle entre *l'Université de Grenoble*
et *l'Université d'Etat de Moldova*

Spécialité : Droit privé

Arrêté ministériel : le 6 janvier 2005 -7 août 2006

Présentée par

« **Olesea PLOTNIC** »

Thèse dirigée par « **Gilles PAISANT** » Professeur à l'Université de Savoie, Doyen honoraire de la Faculté de droit et d'économie codirigée par « **Violeta COJOCARU** » Professeur à l'Université d'Etat de Moldova

préparée au sein de **Laboratoire** « Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation » de l'Université de Savoie dans les **Écoles Doctorales de l'Université de Grenoble et de l'Université d'Etat de Moldova**

Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Aspects de droit français, moldave et de l'Union Européenne.

Thèse soutenue publiquement le « **28 juin 2013** »,
devant le jury composé de :

Monsieur, Aurel BAIESU, Professeur des universités, juge à la Cour constitutionnelle de Moldova (Rapporteur)

Madame, Hélène CLARET, Maître de conférences à l'Université de Savoie (Membre)

Madame, Violeta COJOCARU, Professeur à l'Université d'Etat de Moldova (Co-directeur)

Monsieur, Javier LETE ACHIRICA, Professeur à l'Université de Santiago de Compostela (Président et Rapporteur)

Monsieur, Gilles PAISANT, Professeur à l'Université de Savoie, Doyen honoraire de la Faculté de droit et d'économie (Directeur)



Je dédie ce travail à mes merveilleux parents, à mon époux et à mes très chers enfants. Merci pour votre soutien sans faille, votre patience sans limite et pour tous les sacrifices que vous n'avez pas cessé de consentir pour moi pendant mes stages de recherche à Chambéry.

L'Université n'entend donner aucune approbation, aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes vifs remerciements à Monsieur Gilles PAISANT, Professeur à l'Université de Savoie, de m'avoir constamment guidé dans ce travail. Merci pour sa très grande disponibilité, son aide et la qualité de son encadrement, qui m'ont permis de progresser dans les meilleures conditions pendant cette thèse, ainsi que pour la confiance qu'il m'a accordée.

Je tiens également à remercier Madame Violeta COJOCARU, Professeur à l'Université d'Etat de Moldova, qui m'a encouragée à préparer une thèse en cotutelle et qui m'a dirigée vers une recherche comparative avec un sujet actuel pour la République de Moldova.

TABLE DES ABREVIATIONS

BID	Bulletin d'information et de documentation de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.
BOCC	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires (F. Lefebvre)
Cah.dr.ent.	Cahiers de droit de l'entreprise
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Civ. 1^{er} ...2^e	Cour de cassation, 1 ^{er} chambre civile... 2 ^e
Com.	Cour de cassation, chambre criminelle
Contrats, conc.consom.	Revue contrats, concurrence, consommation
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Recueil Dalloz, droit des affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doctr.	Doctrine
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Dr. et proc.	Droit et procédures (ancienne Revue des huissiers)
Gaz.Pal	Gazette du Palais
J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur périodique, Semaine juridique (édition générale)
JCP, éd. E.	Jurisclasseur périodique, Semaine juridique (édition entreprise)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
PUAM	Presse Universitaire d'Aix de Marseille
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat ou des arrêts de la Cour de justice
Rep. Dalloz	Répertoire Dalloz
Red. consom.	Revue européenne de droit de la consommation
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier (depuis 1999)
RDC	Revue des contrats
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle du droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle du droit européenne
RIDC	Revue internationale de droit comparé
TGI, TI	Tribunal de grande instance, Tribunal d'instance

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE - LES FONDEMENTS ET LA NECESSITE DE LA LEGISLATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES

Titre I – Le fondement du concept sur les clauses abusives

Chapitre I – Le développement de la pratique des contrats d'adhésion

Section 1 – La notion de contrat d'adhésion

Section 2 – Les conséquences juridiques : le risque d'un déséquilibre contractuel

Chapitre II – Les limites du droit commun pour assurer l'équilibre contractuel

Section 1 – Les techniques relatives à la formation du contrat

Section 2 – Les autres techniques contractuelles

Titre II - La nécessité d'une législation particulière sur les clauses abusives

Chapitre I – L'intervention du pouvoir législatif au niveau national

Section 1 – L'existence de deux législations spécifiques en France

Section 2 – La réglementation minimale de la République de Moldova

Chapitre II – L'intervention du pouvoir législatif au niveau communautaire

Section 1 – La genèse et le contexte de la Directive nr.93/13/CEE du 5 avril 1993

Section 2 – Les perspectives pour une évolution communautaire

DEUXIEME PARTIE - LA DETERMINATION DES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS

Titre I – Le concept de clause abusive

Chapitre I – La définition de la clause abusive

Section 1 – Le critère du déséquilibre significatif

Section 2 – Le critère de la contrariété à l'exigence de bonne foi

Chapitre 2 – L'appréciation du caractère abusif des clauses

Section 1 – Le moment de l'appréciation – la conclusion du contrat

Section 2 – Les modalités de l'appréciation

Titre II - Le domaine d'application de la législation légale relative aux clauses abusives

Chapitre I - Quant aux contractants

Section 1 – Le consommateur

Section 2 – Le professionnel

Chapitre II - Quant aux contrats

Section 1 – La nécessité d'un document contractuel

Section 2 – La typologie des contrats concernés

Chapitre III - Quant aux clauses

Section 1 – Les clauses discutées

Section 2 – Les clauses expressément déclarées abusives

TROISIEME PARTIE - L'ELIMINATION DES CLAUSES ABUSIVES

Titre I – Les autorités concourant à l'élimination des clauses abusives

Chapitre I – Le juge

Section 1 – La reconnaissance du pouvoir autonome du juge

Section 2 – La reconnaissance du pouvoir d'office du juge

Chapitre II - Les organismes administratifs

Section 1 – Les organismes dépendant du pouvoir exécutif

Section 2 – Les Commissions administratives

Titre II - Les actions judiciaires en suppression de clauses abusives

Chapitre I – Les actions individuelles

Section 1 – Les litiges nationaux

Section 2 – Les litiges transfrontières

Chapitre II - Les actions collectives

Section 1 – Les actions nationales

Section 2 – Les actions transfrontières

INTRODUCTION

« Dans les contrats intéressés dans lesquels l'un des contractants donne ou fait quelque chose, l'équité doit régner dans les conventions »¹

1. La société de consommation a éloigné, au fur et à mesure de son évolution, le vendeur de l'acheteur et répandu et officialisé, par souci de rapidité et par pragmatisme, le contrat rédigé à l'avance par le professionnel. Certains contrats sont soumis à la signature du consommateur, d'autres sont simplement matérialisés par la remise d'un ticket (billet de train par exemple) ou un bon (de garantie par exemple) sans que le consommateur ait à signer un quelconque document. La formule du contrat prérédigé a ses avantages : elle fixe un cadre juridique déterminé par les conditions générales inhérentes au contrat et assure à chacune des parties une certaine sécurité juridique dans l'exécution de celui-ci. Elle a aussi ses inconvénients : le vendeur peut stipuler dans ses contrats des clauses lésant les droits et les intérêts du consommateur. De tels contrats qu'on appelle contrats d'adhésion dans la mesure où le consommateur n'a pas d'autres choix que de les accepter ou de les refuser sans en changer les conditions générales (contrat d'abonnement téléphonique par exemple) peuvent donc contenir des clauses dites abusives.

2. Conscients de ces réalités, nous avons décidé de rechercher le sujet proposé, dans le but de mettre à la disposition des lecteurs une étude utile, claire et actuelle des clauses abusives sous les trois aspects: français, moldave et communautaire. La lecture de cette thèse permettra certainement d'approcher trois systèmes de droit et d'appréhender le sujet recherché sous la forme de réponse aux principales questions posées pendant la recherche, et notamment :

- quelle est la définition exacte de la clause abusive et la distinction entre clause abusive et clause obscure ou ambiguë ?
- quels sont les textes de droit français, moldave et communautaire qui limitent ou interdisent les clauses abusives et de quelle manière sont ils appliqués ?
- que faire en cas de clause abusive dans le contrat ? quels sont les exemples de clauses jugées abusives par les tribunaux ?

¹ POTHIER R.-J. « Traité des obligations », n° 33, Librairie de l'œuvre de Saint-Paul, 1883

3. La notion de « consommation » a deux provenances étymologiques, latine et anglophone, étant acceptée comme néologisme par la plupart des langues du monde. Elle s'est imposée dans la période d'après-guerre, par la tentation des consommateurs de se grouper, en créant certaines organisations en vue de protéger leurs intérêts. C'est le cas de la formation « des coopératives des consommateurs », organisations, qui au commencement empruntaient beaucoup du mode d'action des organisations syndicales, jusqu'au moment où ils ont créé leur propre style.

4. En 1844, 28 des tisserands anglais du Rochdale, une localité située non loin de Manchester, ont constitué, sous le nom des « Pionniers équitables » une association qui avait comme principal objectif de supprimer les intermédiaires commerciaux, dans le but de réduire le coût de la vie. En 1990, cette organisation comptait déjà 12000 membres. Plus tard, dans la II-ème moitié du siècle XIX-e, dans la région de Québec, se sont fondées les premières coopératives de ce genre. Aux Etats-Unis le mouvement des consommateurs, qui a son origine au début du première décennie du XX-e siècle, se renforce et devient un phénomène de masse dans les années 60-70, impliquant l'Etat, les professionnels et les consommateurs ou leurs représentants, et dans la plus grande mesure, les organisations non - gouvernementales.

5. Les origines sur les droits des consommateurs se trouvent dans la « Charte des droits du consommateur », proposée par le président J. Kennedy en 1962, le 15 mars, dans le cadre d'un message adressé au Congrès Américain, ainsi que dans la notion de clause abusive, ou du moins son équivalent « *unconscionable clause* », qui est connue aux Etats-Unis dès 1962. L'Uniform Commercial Code, consacrant et clarifiant une jurisprudence de *common law*, permettait au juge d'annuler toute clause qui lui paraîtrait abusive².

6. Quelques années plus tard l'Organisation des Nations Unies a décidé que le 15 mars de chaque année sera une date spéciale pour les droits des consommateurs dans le monde entier. Grâce à cette date aujourd'hui on célèbre au niveau international le jour des consommateurs. Même si la Charte n'a pas été élaborée, parce que, dans le même année, le président américain J. Kennedy a été assassiné, elle reste importante pour la consolidation des droits fondamentaux des consommateurs. La Charte vise : le droit à un choix libre, le droit à l'information, le droit d'être écouté, le droit à la protection.

7. Ainsi, l'organisation qui protège les intérêts des consommateurs dans le monde entier, c'est « Consumers International »³, fondée le 1 avril 1960 comme « Organisation Internationale des Unions des Consommateurs », nom porté jusqu'à 1995. Cette institution

² BOURGOIGNIE Th., Les clauses abusives et le concept d'unconscionability en droit américain, Revue de droit international et droit comparé, Bruxelles, 1977, p.79 ; LEVAVASSEUR A. A., Droit des Etats-Unis, 2^e éd. Dalloz, Paris, 1994, p.238

³ www.consumersinternational.org

comprend des membres sur presque 125 pays du monde, cumulant cinq groupes régionaux et plus de 220 organisations. « Consumers International » est une association indépendante, au but non lucratif, étant non soutenue et non-alignée à aucune branche industrielle. Le support financier, assuré par ses membres, par différents fondations et projets gouvernementaux, servent à l'accomplissement de ces deux tâches fondamentales, qui consistent en :

- la soutenance et la consolidation des organisations membres et des mouvements des consommateurs, en général.
- la lutte pour l'adoption, au niveau international, des certaines politiques adéquates, qui respecteront les droits des consommateurs.

8. Dans la plupart des pays avec une économie de marché, la réorientation stratégique dans le milieu socio-économique a conduit même à l'idée que la protection du consommateur n'est pas seulement un problème économique, mais aussi bien politique. Dans la mesure où les consommateurs font appel directement aux autorités du pouvoir d'Etat, celles-ci doivent répondre de façon adéquate par des programmes spéciaux, échelonnés par étapes, et vont proposer des mécanismes nécessaires pour la solution quel que soit le type de problème.

9. Les réalités actuelles pour la nécessité d'une protection des consommateurs contre les clauses abusives. A en croire les statistiques officielles moldaves, la protection des consommateurs contre les clauses abusives devient, chaque année, de plus en plus indispensable. Si, en 2009, la Commission d'examen et de coordination des contrats-types a examiné 25 contrats, déjà en 2010 le nombre des contrats a doublé, en arrivant jusqu'à 48 pour l'année⁴. Ce nombre de demandes s'explique par le fait que la Commission a élargi ses compétences. Malheureusement, l'activité de cette Commission a cessé avec l'adoption des dernières modifications de la Loi sur la protection des consommateurs du 13 mars 2003⁵. Conformément à l'ancienne rédaction de l'art 4 de la Loi de protection des consommateurs, la Commission devait examiner les contrats-types proposés par les entreprises en situation de monopole, aussi bien que ceux émis par les professionnels qui détiennent une position dominante sur le marché. Par cette réglementation, le législateur a eu comme but de filtrer pas à pas et par domaine les clauses abusives dans les contrats avec destination sociale, qui ont comme objet des prestations de services pour la population. D'autre part, à y regarder de plus près, on s'aperçoit que ce tableau cache des imperfections regrettables.

10. Pendant l'année 2010, parmi les contrats, les plus fréquents sont ceux concernant l'alimentation en eau potable et ménagère - 62,8 %. Les chiffres n'impressionnent pas moins

⁴ www.mec.gov.md, www.consumator.gov.md

⁵ La loi nr.140 du 28 juillet 2011 pour la modification de la Loi nr.105 sur la protection des consommateurs (Monitorul Oficial, 2011, nr.146(3942), art.446)

dans le secteur du service du gaz - 33,2%. Le reste du pourcentage – 8% - concerne les divers contrats émis par les professionnels qui détiennent une situation dominante sur le marché, comme dans secteur des télécommunications, de l'assurance ou du crédit.

11. Pendant l'année 2010, le secrétariat général de la Commission des clauses abusives, en France, a adressé 273 réponses à des courriers individuels qui sollicitaient soit des renseignements sur les clauses abusives, soit une intervention de la Commission dans le cadre d'un litige⁶. La plupart des demandes émanaient de consommateurs, les autres provenaient d'associations de consommateurs agréées ou de professionnels (une dizaine dans chacun de ces derniers cas). Les réponses apportées consistaient à rappeler les règles de saisine de la Commission et à préciser que son rôle est d'examiner l'ensemble des contrats d'un secteur professionnel afin d'émettre des recommandations qui recensent les clauses abusives relevées dans un nombre représentatif de contrats collectés. A ce titre, la loi ne donnant pas à la Commission le pouvoir de régler des situations individuelles, il ne lui est pas possible d'intervenir dans un litige.

12. Cette présentation succincte du travail de la Commission française au sein desquelles les consommateurs jouent un rôle d'acteurs économiques, permet de relever l'intérêt de la comparaison juridique. La nécessité de les protéger par des dispositions spéciales est ressentie dans ces deux ordres juridiques. Tant en France qu'en République de Moldova, le consommateur est placé dans une situation nette de fragilité par rapport aux professionnels qui rédigent les contrats. La comparaison entre, d'une part, les prévisions et, d'autre part, les aboutissants juridiques et sociaux des solutions adoptées dans chacun de ces pays pourrait permettre une meilleure compréhension des droits nationaux ; mieux encore, elle fournirait aux acteurs juridiques des éléments de réflexion opportuns, le but étant d'aboutir à une amélioration de la performance socio-économique des contrats de consommation. Il convient alors d'assumer le rôle du comparatiste, à savoir celui de « préparer le terrain » pour les juristes qui s'intéressent aux droits étrangers⁷.

13. Importance de la protection du consommateur en tant que contractant. Consommer, c'est le plus souvent contracter. Le droit de la consommation a pour but de protéger les parties en situation de faiblesse patente face à des professionnels avertis, situation accentuée par le fait que les premières contractent pour leurs besoins privés. La recherche de la protection des économiquement faibles est une nécessité pour le droit de la consommation. En réalité, il y a longtemps que la doctrine et la jurisprudence cherchent à protéger les économiquement faibles par l'application de notions ou de mécanismes juridiques ressortissant à la théorie générale des

⁶ www.clauses-abusives.fr/activ/index.htm

⁷ DAVID R. et SPINOSI C. J.. Les grands systèmes de droit contemporaine, 11^e éd., Dalloz 2002, p.9, n° 9.

obligations⁸. Aujourd'hui cette nécessité de protection du consommateur en tant que contractant plus faible peut être motivée par :

- l'infériorité technique, tout d'abord, en ce sens que le professionnel connaît toujours mieux que le consommateur les caractéristiques, qualités, défauts ou modes d'utilisation, des produits ou services qu'il offre sur le marché. Le professionnel pourrait alors être tenté de profiter de sa supériorité pour lui conseiller un bien ou un service plus en rapport avec ses propres intérêts qu'avec les véritables besoins exprimés par le consommateur ;

- l'infériorité économique, ensuite, parce que le professionnel, d'une part, peut avoir recours à la publicité pour attirer à lui une clientèle, éventuellement sans véritable besoin et, d'autre part, dispose toujours plus de moyens pour faire valoir ses droits en cas de litige ;

- l'infériorité juridique, enfin, parce que, sans même insister sur le fait que les consommateurs ignorent généralement leurs droits, dans leurs relations avec ces derniers, les professionnels recourent le plus souvent à des contrats-types pré-rédigés à leur avantage exclusif; des contrats d'adhésion que les consommateurs sont conduits à signer, sans aucune possibilité d'en faire modifier les termes et sans même, la plupart du temps, avoir eu l'opportunité d'en lire le contenu⁹.

14. Comparaison juridique et protection des consommateurs – Les droits français, moldave et communautaire de la consommation partagent sinon une source, du moins, une certaine idée de la protection du consommateur. La recherche qu'on mènera ici n'est pourtant pas calquée, on s'en doutera, en termes de « vérité » ou d' « erreur ». La méthode du droit comparé s'écarte d'une telle logique, alors même qu'elle se donnerait pour objectif de faire ressortir les ressemblances entre deux ordres juridiques¹⁰. Au surplus, ce sont les différences constatées entre les solutions formulées par les systèmes français, moldave et communautaire qui portent le plus d'enseignements et qui contribuent à la richesse de la comparaison juridique.

15. Les points de convergence sont tout de même nombreux. Ils débutent par l'origine même de la législation de protection des consommateurs en République de Moldova. On éprouve alors un vif intérêt envers la recherche lorsqu'on apprend que la Loi moldave concernant la

⁸ PAISANT G., L'utilité et le caractère du droit de la consommation, in « Les aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne », Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius 2011, p. 19 s.

⁹ Ibidem

¹⁰ Ce sont plutôt leurs différences qui portent en plus d'enseignements et qui contribuent à la richesse de la comparaison juridique. V. les enseignements de DAVID R. « Le droit compare : droits d'hier, droit de demain », *Economica*, 1982 ; SACCO R. « La comparaison juridique au service de la connaissance du droit », *Economica*, p.1991 ; ANCEL M. « Utilité et méthodes du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droit », *Ides et Calendes*, 1971 ; CONSTANTINESCO L-J. « La science des droits comparés », *Economica*, 1983 ; FROMONT M. « Les grands systèmes de droit contemporaine », *Dalloz* 1987 ; VAN DER HEL, A.. J. et MEYER, V. M. « Comparer en droit : essai méthodologique », *Cerdic*, 1991 ; WATSON A. « Legal transplants : an approach to comparative law » in « Comparative legal traditions in a nutshell », GLENDON M. A. et al., Thomson-West, 1982, p.2

protection des consommateurs adoptée en 1993 et la nouvelle Loi sur les clauses abusive du 2011 s'inspirent très largement de la législation française et des directives européennes concernant la protection des droits des consommateurs¹¹. Actuellement grâce aux documents bilatéraux signés¹², la République de Moldova bénéficie d'un projet financé par l'Union Européenne « Support pour la mise en place d'accords entre la République de Moldova et l'Union Européenne »¹³. Une des tâches de ce projet est de s'occuper de la législation et de la politique de protection des consommateurs comme une partie du processus de l'intégration effective de la République de Moldova dans l'Union Européenne.

16. La naissance du concept de clause abusive - Essayant de déterminer les lignes d'évolution de la protection des consommateurs contre les clauses abusives, il faut mentionner que tous les commentaires liés à la politique consumériste commencent par l'expression formulée pour la première fois par le philosophe et économiste écossais Adam Smith, au début du XVIII-e siècle selon laquelle l'unique but final du produit c'est la consommation¹⁴, le producteur étant subordonné aux exigences des consommateurs.

17. L'avènement du droit de la consommation peut être regardé comme une manifestation supplémentaire de l'évolution envisagée. Ce droit, dont la naissance a répondu à la nécessité de protéger les consommateurs contre les abus des professionnels, s'est formé progressivement, par une succession des textes dont le premier date du début de XX ème siècle :

18. Pour s'en tenir aux principaux, il faut citer en France:

- la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services ;
- la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 sur le démarchage à domicile ;

¹¹ L'adoption de la nouvelle « Loi concernant la protection des consommateurs », a été le résultat de la nécessité d'harmoniser la législation de la République de Moldova aux standards de l'Union Européenne dans le domaine de la protection des consommateurs. La dernière modification de la loi a eu lieu en 2008, de sorte que dans certains domaines spécifiques il manque encore des prévisions nécessaires pour la réglementation des droits des consommateurs. Dans ce contexte, pour arriver à un Code de la consommation, la République de Moldova doit élaborer et introduire des nouvelles lois pour les consommateurs pour réaliser l'alignement minimal à la législation de l'Union Européenne. La codification du droit de la consommation est rendue plus nécessaire encore par le marché unique européen prévu par le programme UE-RM. La protection des consommateurs contre les clauses abusives doit être désormais envisagée dans une perspective européenne, non seulement parce que la diversité des règles entrave la libre circulation des biens et des services, mais encore parce que la cohésion de la Communauté suppose que le citoyens de tous les Etats membres aient les mêmes droits et les mêmes obligations. La République de Moldova peut exercer en cette matière une tâche déterminante si elle présente devant l'Union Européenne un Code de la consommation déjà élaboré.

¹² L'Accord de Partenariat et de Coopération (APC) du 1998 et le Plan d'Action de la Politique Européenne de Voisinage (PAPEV) du 2005

¹³ Le projet financé par l'Union Européenne « Support pour l'implémentation des accords entre la République de Moldova et l'Union Européenne » a commencé son activité à Chisinau dans le mois de août 2008 et a fonctionné jusqu'à fin de l'année 2010, étant implémente par le consortium international conduit par IBF International Consulting.

¹⁴ BEAUCHARD J., Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1996, p. 26

- la loi n° 73-1193, dite loi ROYER, du 27 décembre 1973, dont l'article 44 sur la publicité trompeuse et l'article 46 autorisant les associations consommateurs à agir en justice pour la défense des intérêts collectifs de leurs membres ;
- les deux lois SCRIVENER du 10 janvier 1978 (lois n° 78-22 et portant l'une, sur la protection du consommateur de crédit mobilier, l'autre, sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services ;
- la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979, qui protège ceux qui financent l'acquisition d'un logement au moyen d'un crédit immobilier ;
- la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs ;
- la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 qui modifie et complète les actions en justice des associations de consommateurs,
- la loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et de télé-achat (n° 88-21) ;
- le décret n° 88-209 du 4 mars 1988 instituant la procédure d'injonction de faire ;
- deux lois fourre-tout en date du 23 juin 1989 (n° 89-421) et du 28 décembre 1992 (n° 92-60) ;
- la loi NEIERTZ du 31 décembre 1989 (n° 89-1010) sur le surendettement des particuliers, modifiée par plusieurs lois postérieures. « Une vue d'ensemble de ces règles, considérées horizontalement, permet de constater (...) l'émergence progressive d'un droit de la consommation »¹⁵.

19. Si l'on s'interroge sur **les raisons du contrôle des clauses contractuelles préédigées**, deux types d'arguments émergent. La première théorie est basée sur la prise en compte des coûts de transaction : une partie qui utilise des clauses préédigées est généralement mieux informée du contenu des clauses que ne l'est l'autre partie (qu'il s'agisse d'un consommateur ou d'un professionnel)¹⁶. En élaborant la clause pour plusieurs transactions, l'utilisateur peut répartir les coûts un nombre infini de fois, alors que pour l'autre partie il est souvent trop coûteux d'obtenir l'information nécessaire pour négocier les conditions de la transaction. Les asymétries dans l'information – disparités dans la connaissance que les parties ont des clauses du contrat – et la distribution inégale des coûts de transaction doivent donc être contrebalancées par le contrôle des clauses préédigées.

¹⁵ LEVENEUR L., La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Journées nationales de l'Association H. CAPITANT, LGDJ, 1977, 156.

¹⁶ Certains ordres juridiques, notamment les droits Allemand, Neerlandais et Portugais, étaient basés sur ce modèle avant même la transposition de la Directive 93/13

20. Le second modèle¹⁷ (« la théorie de l'abus ») justifie au contraire le contrôle des clauses pré-rédigées par le fait qu'elles sont utilisées à l'encontre des parties contractantes les plus faibles. Le critère principal de contrôle des clauses n'est pas le danger que représentent les clauses pré-rédigées, mais plutôt la protection d'une certaine catégorie de personnes. La supériorité économique, sociale, psychologique et intellectuelle du professionnel ne laisse d'autre choix que d'adhérer aux clauses en question. Le contrôle de validité contrebalance un déséquilibre dans le pouvoir de négociation et un déséquilibre de compétences.

21. La corrélation entre le droit civil et le droit de la consommation. Il existe une étroite corrélation entre le droit civil et le droit de consommation. Depuis les origines, le droit civil s'applique aux contrats que l'on appelle aujourd'hui contrats de consommation, passés entre professionnels et consommateurs : vente et prestations des services. Aujourd'hui, ces contrats sont en outre soumis aux règles du droit de la consommation. Apparues dans la plupart des pays d'économie de marché autour des années 1970, elles tendent à protéger ce contractant en position de faiblesse qu'est le consommateur. Mais les règles nouvelles n'ont pas éliminé celles du droit civil, qui reste le droit commun, applicable aux contrats de consommation comme aux autres contrats.

22. Le droit de la consommation n'est-il donc qu'une partie du droit civil ? Nous ne le pensons pas. Le droit de la consommation est un droit pluridisciplinaire. On y trouve certes des règles qui peuvent être rattachées au droit civil (ainsi celles concernant les clauses abusives). Mais on y trouve aussi des dispositions de droit pénal (tromperies des consommateurs), de procédure civile et pénale (actions des associations), et même de droit administratif (le contrôle est confié aux agents de l'administration). Ces dispositions de nature diverse sont indissociables les unes des autres. Leur cohésion tient à leur but commun : protéger les consommateurs contre les abus ou dommages dont ils risquent d'être les victimes. Le droit de la consommation couvre donc, dans le domaine particulier qui est le sien (rapports entre professionnels et consommateurs), un champ plus large que le droit civil¹⁸.

23. Nous ne coupons pas pour autant les ponts entre le droit civil et le droit de la consommation. Celui-ci est particulier, il n'est pas autonome. Une partie du droit de la consommation se rattache au droit civil : celle qui concerne les contrats. Les innovations apportées en cette matière par le droit de la consommation peuvent être considérées comme des facteurs d'évolution du droit civil, dans le secteur particulier des contrats entre professionnels et consommateurs.

¹⁷ Cette théorie est à la base de la réglementation dans certains États, plus précisément en France, en Belgique et au Luxembourg, réglementation existant avant la transposition de la Directive 93/13.

¹⁸ CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats RTD Civ. 1994 p. 239

24. A dire vrai, deux diagnostics, plus ou moins alarmants et alarmistes, sont faits pour présenter la liaison fatale qu'entretiennent le droit commun des obligations et le droit spécial de la consommation¹⁹. En premier lieu, le constat de la marginalisation du droit commun. Confronté à l'autonomie du droit spécial de la consommation, que symbolise et consacre la création d'un code spécifique, l'histoire du droit commun des obligations serait celle d'une régression constante. L'expansionnisme du droit de la consommation se traduirait par un amenuisement progressif et significatif du domaine du droit commun et se solderait par un important déficit d'influence de ce dernier²⁰. Dans cette optique, on le pressent, il y aurait non seulement sécession du droit de la consommation, mais aussi banalisation du droit commun qui, en définitive, à plus ou moins long terme, aurait simplement vocation à survivre en tant que méthode de raisonnement transmise «aux juristes en herbe»²¹. On mesure, dans ce scénario catastrophe, le destin tragique réservé au droit commun des obligations qui abandonne la vedette au droit de la consommation, ainsi sacré matrice du droit vivant, et devient le droit des professeurs²². Pire encore et en second lieu, le diagnostic de la colonisation du droit commun des obligations par le droit spécial de la consommation est parfois effectué. Non seulement, la branche s'est faite plus grosse que le tronc mais encore elle l'a purement et simplement absorbé ! Ainsi, peut-on lire sous une plume particulièrement respectée que le droit de la consommation est le « nouveau droit des obligations »²³.

25. L'existence du droit de la consommation se fonde, à notre avis, sur une triple constatation : a) les consommateurs sont naturellement en position de faiblesse vis-à-vis des professionnels ; b) la loi a pour fonction de protéger le faible contre le fort ; c) le droit civil classique est impuissant à assurer la protection des consommateurs, c'est-à-dire le maintien d'un équilibre dans la relation contractuelle que le dernier entretien avec le professionnel.

La loi a pour fonction de protéger les faibles contre les forts. C'est, à nos yeux, sinon sa seule fonction, du moins sa fonction principale. La vie en société ne serait pas possible si certaines personnes étaient en permanence victimes d'abus de puissance. En protégeant les faibles, la loi tend à organiser une société pacifique et juste. Sans tomber dans un idéalisme excessif, on peut dire que l'efficacité rejoint ici la morale. La philosophie du droit de la consommation s'apparente à la doctrine solidariste proposée par divers auteurs dans le domaine contractuel²⁴. L'accord est à peu près unanime sur la nécessité de protéger les salariés et autres. Les mêmes raisons militent

¹⁹ MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, RTD Com 1998 p.95

²⁰ TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations, D. 1996, sp. n° 12.

²¹ Ibidem

²² MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, RTD Com 1998 p.95

²³ CARBONNIER J., Droit civil, Les obligations, PUF, 20e éd., n° 12.

²⁴ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e édition, Dalloz, Paris, 2010, p.22

en faveur de la protection des consommateurs. Raisons si fortes que, dans certains Etats Européens (l'Espagne, le Portugal, Lituanie...) la protection du consommateur a valeur constitutionnelle.

26. Cette protection, le droit civil classique est impuissant à l'assurer. On trouve bien, dans le Code civil, des remèdes contre certains déséquilibres contractuels : ainsi la théorie des vices du consentement, celle de la garantie dans la vente. Mais les remèdes du Code civil sont généralement inaccessibles pour les consommateurs, car ils supposent des actions en justice exercées individuellement après la conclusion et souvent même après l'exécution du contrat. Par exemple : qui, ayant acheté un pot de yaourt avarié, irait exercer l'action en garantie des vices cachés ?

27. Les rédacteurs du Code civil n'ignoraient pas que, dans certains contrats, l'une des parties est toute-puissante, et, suivant une ancienne expression passée dans la langue courante, « fait la loi »²⁵. Lorsqu'ils ont jugé dangereuse cette influence prépondérante d'une volonté, ils ont tout simplement interdit le contrat, en créant des incapacités relatives : vente ou donation irrévocable entre époux, achat par le tuteur des biens du pupille par exemple. Partout ailleurs on ne tient aucun compte de la nécessité de contracter qui a pu faire accepter le contrat imposé. Sans doute, les concessionnaires privilégiés, transporteurs, assureurs, patrons, tous ceux qui jouissent d'un monopole de droit ou de fait, fixent à l'avance sous une forme rigide leur immuable volonté. Mais, juridiquement, les usagers, voyageurs, chargeurs, assurés, ouvriers, donnent un consentement qui a une valeur égale. Pour la formation du contrat la loi exige deux consentements, car elle ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés²⁶.

28. On en vient à l'idée que le législateur doit poser, pour équilibrer les rapports entre les professionnels et consommateurs, des règles plus efficaces que celles du Code civil²⁷. La consommation est un phénomène de masse : les intérêts, souvent petits si on les examine un à un, sont importants considérés collectivement. Les règles nouvelles doivent donc prendre une dimension préventive et collective que n'ont pas celles du Code civil. On cherchera, par exemple, à éliminer les clauses abusives avant que les contrats ne soient conclus. C'est principalement dans le domaine des clauses abusives que le droit commun, sous l'action de la jurisprudence, entre en concurrence avec le droit de la consommation.

²⁵ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 4ème édition, LGDJ 1949, p.100.

²⁶ RIPERT G., préc.

²⁷ MALAURIE Ph., Droit romain des obligations, droit français contemporaine des contrats et l'Europe d'aujourd'hui, JCP, 2000.I.246 ; MALAURIE Ph., L'effet prophylactique du droit civil, Mélanges Calais - Auloy, Dalloz 2004, p.669 ; CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e édition, Dalloz, Paris, 2010, p.23

29. L'opinion, selon laquelle la réglementation des clauses abusives contredit les principes du code civil²⁸, n'est plus celle d'une certaine doctrine qui considère que l'élimination de telles clauses trouve sa justification dans le principe de bonne foi contractuelle, comme le souligne d'ailleurs expressément la directive communautaire du 5 avril 1993²⁹ ou encore dans la théorie plus générale de l'abus de droit, comme l'ont donné à penser certaines décisions de jurisprudence³⁰, qui ont déclaré abusives des clauses contractuelles, non sur le fondement de l'article L. 132-1 du c.consom.fr prohibant de telles clauses, mais sur celui de l'article 1134 du C.civ.

30. **La nouvelle approche de la formation des contrats.** Dans la conception classique, le contrat se forme de façon instantanée : la réunion d'une offre et d'une acceptation fait jaillir l'étincelle de la conclusion du contrat. Le code civil ne s'occupe pas directement du processus qui conduit à cette conclusion. Il permet seulement d'annuler le contrat, a posteriori, en cas de défaut ou de vice du consentement. Ce remède est théoriquement utilisable par les consommateurs, mais il est mal adapté, car il suppose une action individuelle en justice, hors de proportion, dans la plupart des cas avec l'intérêt en jeu. Le droit de la consommation, lui, intervient dès le processus de formation du contrat. Il agit préventivement, de façon à améliorer le consentement du consommateur pendant la période où celui-ci est en voie de formation³¹. Tel est le fondement des dispositions du code de la consommation qui mettent une obligation d'information à la charge des professionnels (art. L. 111-1 et s.), de celles qui prohibent les tromperies (art. L. 121-1 et L. 213-1), de celles qui réglementent ou interdisent certaines pratiques commerciales (art. L. 121-1 à L. 122-11), de celles qui accordent aux consommateurs un délai de réflexion (art. L. 121-25, L. 134-1, L. 311-15, L. 311-16, L. 312-10).

31. Des sanctions pénales menacent les professionnels qui transgresseraient ces règles. La recherche et la constatation des infractions sont confiées à une administration spécialisée : en France il s'agit de la Direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). En outre, les associations de consommateurs peuvent exercer des actions civiles pour faire cesser les infractions. Ainsi, le droit de la consommation ajoute des moyens

²⁸ BORYSEWICZ, Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats, Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection de l'information des consommateurs de produits et de services, in Etudes offertes à Pierre Kayser, t. I, 1979, p. 91 et s.

²⁹ CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, Précis Dalloz, 8e éd., 2010, n° 166 ; CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ., 1994. 239 et s.; REMY P., Droit des contrats, questions, positions, propositions, in Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, p. 271 et s.

³⁰ KARIMI A., L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er févr. 1995, JCP 1996. I. 3918

³¹ CALAIS-AULOY J., art.préc.

préventifs et collectifs aux remèdes curatifs et individuels du droit civil. On peut en ce sens parler d'une nouvelle approche³².

32. Il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où il cherche seulement à améliorer le consentement du consommateur, le droit de la consommation se réfère au principe de l'autonomie de la volonté : c'est le consentement des parties qui forme le contrat et qui détermine son contenu. Nous allons voir que, par d'autres règles, le droit de la consommation s'éloigne du principe de l'autonomie de la volonté.

33. La recherche d'un équilibre des clauses du contrat. La position du droit civil est bien connue. Elle est exprimée par l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Du moment que deux volontés se sont accordées, il n'y a pas à rechercher si le contrat est, ou non, équilibré. De toute façon, il fait la loi des parties. « Qui dit contractuel dit juste »³³. Quelle est, en ce domaine, la position du droit de la consommation ? Pour l'équilibre global du contrat, autrement dit le rapport qualité/prix, le droit de la consommation, du moins en France, reste dans la ligne du droit civil. Les prix sont libres. La lésion n'est pas plus sanctionnée en droit de la consommation qu'en droit civil. Du moment que le consommateur a accepté d'acheter à tel prix, il doit payer ce prix, si élevé soit-il. C'est dans la concurrence que le consommateur trouve son salut : il lui appartient de choisir, parmi les produits concurrents, celui qui présente le meilleur rapport qualité/prix³⁴.

34. La loi n'intervient que pour permettre le jeu de la concurrence, elle n'intervient pas sur l'équilibre global du contrat. S'agissant, non plus de l'équilibre global, mais de l'équilibre ponctuel des clauses du contrat, le droit de la consommation a une position différente de celle du droit civil. Non seulement, pour tous les contrats entre professionnels et consommateurs, il permet l'élimination des clauses abusives. Mais encore, pour certains contrats, notamment les contrats de crédit, il détermine impérativement le contenu de certaines clauses. Dans un cas comme dans l'autre, la DGCCRF et les associations de consommateurs sont dotées de pouvoirs nécessaires pour assurer l'application de la loi. Le législateur considère avec raison que, s'agissant des clauses du contrat, la concurrence n'est d'aucun secours pour les consommateurs, et que la loi doit donc intervenir sur le contrat lui-même³⁵.

35. En ce domaine, le droit de la consommation rompt avec le principe de l'autonomie de la volonté : certaines clauses sont éliminées, d'autres sont ajoutées, sans référence à la volonté des parties. La recherche d'un équilibre peut cependant être rattachée à un autre principe : la

³² Ibidem.

³³ CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit de contrat, RTD com, 1998 p.115

³⁴ CALAIS-AULOY J., art.préc.

³⁵ Ibidem

bonne foi contractuelle. Ce principe n'est pas ignoré du code civil, puisqu'il se trouve dans l'alinéa 3 de l'article 1134, mais il n'a reçu, dans la jurisprudence civile, que de rares applications. Le droit de la consommation met au service de la bonne foi contractuelle des moyens qu'ignorait le droit civil.

36. Les intérêts en jeu dans les contrats de consommation - Acheter une automobile, commander un objet par correspondance, obtenir un prêt d'un établissement de crédit, souscrire une police d'assurance, se faire transporter, prendre un appartement en location, voilà quelques cas, et on pourrait en citer bien d'autres, dans lesquels les consommateurs adhèrent, sans pouvoir les modifier, à des conditions générales établies par avance. Les conditions générales peuvent se définir comme les clauses pré-rédigées des contrats conclus par une personne avec une série d'autres personnes. Elles ne sont pas spécifiques au droit de la consommation. On les rencontre chaque fois qu'une personne est assez puissante pour imposer des clauses identiques à tous ses contractants : ainsi dans les rapports entre un employeur et ses salariés, entre un distributeur et un fournisseur. Les conditions générales sont particulièrement fréquentes dans le domaine de la consommation, un professionnel imposant des clauses identiques à tous ses clients consommateurs. Tenant compte que les conditions générales ne peuvent pas être négociées, elles conduisent donc à des contrats d'adhésion rédigés soit par le professionnel, soit par l'organisation professionnelle à laquelle il appartient. Dans certains cas, ils sont dangereux pour les consommateurs par l'imposition des clauses abusives, parce que ces derniers adhèrent globalement au contrat, sans connaître toutes les clauses. Ils font confiance, or cette confiance risque d'être déçue, car les contrats sont évidemment rédigés en faveur des professionnels qui les proposent : les contrats pré-rédigés sont plus souvent des contrats déséquilibrés. Ils font, en ce domaine, l'objet de règles spécifiques que nous examinerons dans cette thèse.

37. L'avenir du droit de la consommation - Le droit de la consommation a-t-il vocation à perdurer tel qu'il est né, c'est à dire un droit d'exception dérogatoire au droit commun pour une catégorie particulière de justiciables, les consommateurs ; ou bien, au contraire, est-il appelé à se fondre dans un nouveau droit commun plus « solidariste » applicable, par principe, à tous les citoyens ? Le débat existe dans la doctrine contemporaine, notamment en France³⁶. En schématisant, et pour raisonner sur la question essentielle des contrats, l'idée serait d'étendre, en principe à tous, les règles initialement promulguées pour la protection des seuls consommateurs. De telles dispositions, constituant jusqu'alors le cœur du droit de la consommation, seraient donc réintégrées et absorbées dans un code civil devenu plus « solidariste » ou social pour la

³⁶ Par ex. : varii autores, Faut-il recodifier le droit de la consommation ? *Económica*, 2002 ; MAZEAUD D., Droit commun des contrats et droit de la consommation, nouvelles frontières ? in *Liber amicorum CALAIS-AULOY J.*, p. 697s.

protection de tous ceux qui s'engagent dans un rapport déséquilibré à leur détriment. Dans une telle perspective, l'existence même d'un code de la consommation perdrait l'essentiel de sa justification. Un premier pas dans cette direction consisterait à interpréter le plus largement possible la notion de consommateur pour une plus large application des lois le concernant.

38. De notre point de vue, cette solution n'est pas souhaitable; le droit de la consommation doit conserver son caractère dérogatoire au service des consommateurs strictement entendus³⁷. Nous l'avons vu, le droit de la consommation met en œuvre des techniques spécifiques pour protéger les consommateurs : information renforcée, éventuellement, au moyen de mentions obligatoires dans les documents contractuels, délais de rétractation (contrats à distance ou en dehors des établissements commerciaux, ou encore, opérations de crédit), nullité des clauses abusives, etc. Peut-on sérieusement envisager d'étendre de telles mesures à la généralité des rapports contractuels? Qu'il suffise d'imaginer les atteintes à la sécurité du commerce juridique qui résulteraient, par exemple, de l'usage du droit de rétractation dans les contrats conclus à distance entre professionnels! Dans les relations d'affaires, est-il plausible d'imaginer que les listes de clauses abusives doivent être les mêmes que celles actuellement applicables aux seules relations professionnels-consommateurs ?

39. Sans doute fera-t-on valoir que certains pays, tels l'Allemagne et les Pays-Bas, ont intégré les dispositions contractuelles de protection des consommateurs dans leur code civil respectif. Mais cela ne signifie pas que, dans ces ordres juridiques, ont disparu toutes les spécificités inhérentes aux rapports entre professionnels et consommateurs³⁸. Si, par exemple, un certain nombre de clauses sont considérées comme abusives dans tous les rapports contractuels, d'autres ne sont estimées telles que dans les relations de consommation en raison de leur irréductible spécificité. Dans ces conditions, il paraît plus clair et plus logique de maintenir ces règles spéciales dans un code ou ensemble législatif spécial³⁹. Sinon, pourquoi se limiter à introduire, dans un code civil, les dispositions dérogatoires applicables aux seuls rapports de consommation ? Pourquoi ne pas y ajouter, dans un même œcuménisme, les dispositions propres au contrat de travail, par exemple ? Pourquoi les unes et pas les autres ?

40. Proposition de recherche – L'hypothèse alors à tester est que la comparaison entre les solutions juridiques organisées au sein des systèmes français, moldave et communautaire peut contribuer à l'élévation du niveau de protection des consommateurs contre les clauses abusives

³⁷ PAISANT G., Les perspectives de la protection des droits des consommateurs, in « Les aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne », Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius 2011, p. 207 s.

³⁸ Ibidem

³⁹ PAISANT G., L'utilité et le caractère du droit de la consommation, in « Les aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne », Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius 2011, p. 19 s.

dans les deux pays. Pour mener cette recherche, il convient de vérifier le bien-fondé de deux prémices, l'une d'ordre économique, l'autre d'ordre juridique. Tout d'abord, on doit constater l'existence d'un abus de droit dans les contrats de consommation suffisamment important pour fournir à la recherche son substrat d'investigation. La réalité socio-économique qui caractérise chacun de ces pays est, globalement, très distincte. De prime abord, ce constat pourrait frustrer l'intérêt d'une recherche juridique. Pour un pays en voie de développement, la République de Moldova avance pourtant de manière assez surprenante ces dernières années. La législation sur les clauses abusives dans ce pays se rapproche, par un objectif avoué des pouvoirs publics, de celle de l'Union Européenne, grâce à une série de réformes majeures dans le domaine de la protection du consommateur, soutenues et financés par l'Union Européenne. Plus juridiquement, les opérations réalisées dans ces deux pays placent les consommateurs dans une situation de fragilité telle qu'un besoin de protection juridique spécifique se fait sentir.

41. Délimitation du sujet – L'apparition des premiers problèmes et normes concernant les clauses abusives ont été déterminés par la présence de certains facteurs socio-économiques, et notamment la propagation des contrats d'adhésion formulés par une partie, le développement du commerce électronique, le circuit intensif des marchandises et des services, le développement du tourisme international et des moyens de communication et la publicité. Du ce point de vue, l'analyse scientifique comparative de l'institution des clauses abusives par le prisme du droit communautaire et international privé, dans le cadre d'une thèse de doctorat, n'est pas seulement actuelle sur le plan théorique et pratique, mais nécessaire. Ce sujet nous permettra, tenant compte de toutes les lacunes de la réglementation concernant les clauses abusives de créer une direction efficace pour la législation civile et consumériste moldave, qui se trouve en processus de développement. Dans la République de Moldova, les relations socio-économiques pendant la dernière décennie ont formé le climat nécessaire pour l'apparition de nouveaux actes législatifs dans le but de refléter adéquatement la situation et de réglementer celle-ci en conformité avec l'expérience des démocraties consolidées à économie de marché efficiente.

42. En essence, nous avons été animés de l'idée de découvrir les liaisons qui peuvent être établies entre la théorie générale du contrat civil et le contrat de la consommation. On insiste sur la jurisprudence française et communautaire en la matière, compte tenu de la faible pratique judiciaire dans la République de Moldova. Actuellement, un des problèmes des juristes moldaves est d'identifier les clauses abusives dans les contrats de consommation et, pour les consommateurs, est de comprendre la définition de la clause abusive. Ainsi dans cette thèse nous nous proposons de trouver des réponses aux multiples questions, en envisageant le

consommateur à chaque étape de la procédure d'élimination d'une clause abusive du contrat et dans la perspective d'obtention d'un dédommagement.

43. La lutte contre les clauses abusives, un élément fondamental du droit de la consommation ? – Incontestablement on peut affirmer que les clauses abusives sont considérées comme un des plus importants éléments du droit de la consommation, étant directement liées de la protection des intérêts économiques des consommateurs. La nécessité de la protection de la partie qui accepte les conditions contractuelles pré - formulées est plus grande dans la mesure quand le contrat-type présente une liste longue de clauses que le consommateur n'a pas le temps ni de lire, ni de comprendre.

44. Problème des clauses abusives représente un aspect central de la protection du consommateur contractant. La protection de ses intérêts économiques tourne autour de plusieurs considérations:

- le phénomène à portée générale, en se référant à tous les contrats de consommation ;
- le phénomène d'autant plus important que s'est développée la pratique des contrats d'adhésion dans la société, de consommation de masse ;
- par cette pratique le professionnel est en mesure d'imposer ses conditions ;
- les clauses abusives sont une illustration parfaite de l'intervention du droit pour protéger une partie faible. On peut faire comparaison avec le droit de travail ou le droit au bail d'habitation (clauses réputées non écrites y compris dans les rapports entre particuliers).

45. Plan – En analysant et synthétisant la doctrine, les actes normatifs nationaux et des autres Etats, ainsi que celles internationales nous avons approfondi l'idée de clause abusive dans les contrats conclus avec les consommateurs et nous avons abordé les aspects conflictuels qui peuvent apparaître plus fréquents en pratique.

46. Puisque nous sommes en matière contractuelle, se pose la question des rapports entre les dispositions législatives spéciales de protection des consommateurs contre les clauses abusives et le droit commun du Code civil. Doit-on protéger contre les clauses abusives seulement les consommateurs, ou plus généralement, tous les contractants en situation de faiblesse ? Cette question conduit à s'interroger sur les fondements et les nécessités d'une telle protection (**PREMIERE PARTIE**). Si l'on admet cette nécessité, encore convient-il s'entendre sur la notion de clauses abusive (**DEUXIEME PARTIE**) pour envisager, ensuite la manière de les éliminer (**TROISIEME PARTIE**).

PREMIERE PARTIE –

LES FONDEMENTS ET LA NECESSITE DE LA LEGISLATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES

47. L'existence du droit de la consommation en tant que branche de droit postule la présence d'un ensemble, c'est-à-dire d'une pluralité d'éléments qui possède une valeur juridique propre. L'objectif du droit spécial de protection est de former un contrepoids aux manipulations et aux déséquilibres auxquels est soumise la masse des consommateurs. La protection juridique commande de garantir que les sollicitations dont ils font parfois l'objet se déroulent dans un cadre où la loyauté des affaires est assurée. Les fondements du droit des clauses abusives se trouvent, à notre avis, dans une double constatation: le développement de la pratique des contrats d'adhésion et l'impuissance du droit civil à assurer la protection des consommateurs (**Titre I**).

48. Traditionnellement, le droit des contrats reste inspiré par ce que les professionnels du droit nomment «la théorie de l'autonomie de la volonté». Par application de ce dogme - d'inspiration philosophique -, la volonté des parties est la seule source des obligations contractuelles. Ainsi, en acceptant les stipulations d'une convention, le cocontractant s'engage à hauteur de sa volonté et le contrat est réputé équilibré car consenti par chacune des parties. Toutefois cette acceptation empirique est aujourd'hui contredite par la nécessité de rétablir «une justice contractuelle» au sein des contrats et la nécessité de développer une législation protectrice contre les clauses abusives. (**Titre II**).

Titre I - Le fondement du concept de clauses abusives

49. Lors de la conclusion d'un contrat, il n'est pas rare que les parties contractantes ne soient pas sur un pied d'égalité. Il suffit de penser aux contrats entre les entreprises et les consommateurs afin de constater que la possibilité de négocier est bien souvent absente. La Révolution industrielle, l'avènement de la production, de la consommation et des services de masse, la rapidité indispensable de la plupart des transactions et les nécessités économiques d'uniformisation des conditions ont donné naissance aux contrats standardisés, aux conditions générales de contrat, aux contrats de guichet et globalement à ce que la doctrine au début de XXème siècle a qualifié de contrat d'adhésion.

50. Aujourd'hui, le contrat d'adhésion est devenu l'instrument juridique usuel de la société de consommation (**Chapitre I**). Nombreuses, dans le Code de la consommation, sont les dispositions relatives à la protection des intérêts économiques du consommateur. On en connaît la raison d'être : le droit commun du Code civil a paru inadapté à l'époque de la généralisation de la pratique des contrats d'adhésion, pré-rédigés à l'avantage des professionnels, pour assurer, dans les relations avec les consommateurs, un minimum de justice contractuelle (**Chapitre II**).

Chapitre I - Le développement de la pratique des contrats d'adhésion

51. Les clauses abusives sont habituellement engendrées par les contrats d'adhésion. Mais, depuis une vingtaine d'années, il est un secteur dans lequel le problème est ressenti avec une particulière acuité: celui des contrats entre professionnels et consommateurs. Le mouvement consumériste a fait prendre conscience à l'opinion publique du caractère abusif de clauses que l'on rencontre dans les contrats de la vie courante : ventes, assurances, crédit, construction, réparations, voyages, etc. Le professionnel, par exemple, introduit dans le contrat une clause à son avantage qui supprime ou réduit sa responsabilité, qui mentionne que le délai de livraison n'est donné qu'à titre indicatif, ou encore une clause qui attribue compétence au tribunal du domicile du vendeur. On pourrait multiplier les exemples.

52. La complexité accrue des clauses dans un contrat de consommation, la volonté ou le besoin des professionnels de profiter d'abus de leur puissance économique a entraîné une formidable inflation des clauses abusives. Ainsi, le développement de la pratique des contrats d'adhésion apporte des conséquences négatives pour le consommateur, caractérisées par un risque d'abus contractuel et qui ont pour but de favoriser un personnage privilégié. Dans ce contexte il convient de préciser la notion de contrats d'adhésion (**Section 1**), avant d'envisager ses potentielles conséquences juridiques : le déséquilibre contractuel (**Section 2**).

Section 1 – La notion de contrat d'adhésion

53. Dans tous les Etats membres de la Communauté, que leur système juridique soit de type continental ou de *common law*, le droit des contrats pose le principe fondamental que les parties à la convention ont la liberté d'en discuter les modalités. Ces règles établies dans le cadre de codes élaborés durant le XIXe siècle ne correspondent plus aux réalités d'une société fortement marquée par une production, une distribution et une consommation de masse qui se concrétise à travers un large usage de contrats préétablis contenant des clauses types⁴⁰. Ces contrats types se répartissent en deux catégories : il y a, d'une part, les contrats d'adhésion pré-rédigés dans lesquels il suffit de compléter quelques clauses particulières concernant l'identité de l'acheteur ou de donner certaines précisions permettant de mieux définir les biens ou services faisant l'objet de la convention. On y trouve, d'autre part, les contrats écrits soumis aux conditions générales du fournisseur. Le contrat de transport qui donne habituellement lieu à la délivrance d'un ticket en est une bonne illustration. Ces conditions générales étant rédigées en l'absence du consommateur, celui-ci perd toute possibilité de négocier les règles qui constituent le fond de l'accord. Bien plus, souvent celui-ci conclut une convention sans en connaître les termes exacts : ou bien les conditions ne lui ont pas été remises au préalable, ou bien il ne les a pas demandées, ou il n'a pas été les consulter là où elles se trouvaient ; ou bien, si elles lui ont été remises, il n'en a pas compris la formulation juridique. Le principe de l'autonomie de la volonté, fondement du droit des contrats, est ainsi largement remis en cause.

54. Il apparaît donc opportun de faire une étude systématique du contrat d'adhésion. La doctrine avait reproché au contrat d'adhésion d'être une notion trop imprécise et de ne pas être susceptible de recevoir application d'un régime juridique différencié⁴¹. Avant d'étudier ce régime nous verrons que la notion de contrat d'adhésion correspond à une réalité de la vie économique qui en détermine une relation avec les clauses abusives.

55. La détermination de la définition et les variétés du contrat d'adhésion et la protection spéciale dans les contrats d'adhésion accordée à un sujet privilégié (§2nd), exige qu'on connaisse au préalable la genèse du contrat d'adhésion (§1^{er}).

⁴⁰ TROCHU M., Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993), Recueil Dalloz 1993 p. 315

⁴¹ BOULANGER Fr., Enc. Dalloz, Contrat et Convention n°5

§ 1^{er} – La genèse du contrat d'adhésion

56. Le contrat d'adhésion a d'abord été conçu comme le contrat où le faible se soumet au fort qui lui impose toutes ses volontés. Dans ce contexte la question de la liberté contractuelle paraissait essentielle, il s'agissait de développer une théorie juridique qui permette de protéger l'adhérent. Le contrat d'adhésion apparaissait donc comme une dégénérescence du contrat⁴².

57. Certes, dans un contrat, avec négligence ou avec intention, souvent une partie soumet l'autre partie qui pourrait en discuter les conditions. Dans ce cas, il est certain que la loi « ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés »⁴³. Mais parfois la « capitulation du plus faible des contractants devant les exigences du plus fort »⁴⁴ se fait sans possibilité de lutte, on a un « contrat sans combat »⁴⁵. La volonté n'est plus seulement diminuée, il y a dans le domaine de la détermination du contenu contractuel absence de l'une des deux volontés, ainsi comme la différence quantitative se transforme finalement en une différence qualitative qui change la nature du contrat⁴⁶.

58. Il faut reconnaître, qu'à l'origine de la soumission à une volonté unilatérale qui dicte le contenu contractuel c'est principalement la conséquence des transformations de la société qui ont donné à certains la possibilité d'imposer leurs conditions, souvent illégales et abusives. Sans doute qu'actuellement cette soumission est souvent rendue nécessaire pour une nouvelle évolution de la société qui a créé des structures de production et de distribution, des mécanismes juridiques.

59. Les contrats d'adhésion sont alors l'expression d'une manifestation abusive d'un pouvoir économique. En même temps les contrats d'adhésion sont alors souvent la concrétisation d'un phénomène inévitable et la traduction du pouvoir économique. A cette évolution du contrat d'adhésion ont concouru différents facteurs⁴⁷ : économiques (A), juridiques (B) et matériels (C).

A) - Les facteurs économiques

60. Entre le seizième siècle et le dix-neuvième siècle le contrat était devenu l'instrument juridique souple permettant d'assurer la sécurité des échanges de biens et de services dans une

⁴² RIEG A., Contrat type et contrat d'adhésion, in Etudes de Droit Contemporaine, 1970, t.XXXIII, p.116

⁴³ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 1949, n°57

⁴⁴ MARTY G. et RAYNAUD P., Droit civil, t.II, 1^{er} vol., Paris 1962, n°116

⁴⁵ PERROUX, L'économie du XXe siècle, Paris, 1961, n°137

⁴⁶ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, L.G.D.J., 1973, n°11

⁴⁷ BERLIOZ G., op.cit., n°13

économie de marché⁴⁸. C'était « la stabilisation objective de l'intention de contracter un lien juridique, la certitude du rapport de droit, où l'on cherchait à assurer la protection du contractant contre une décision irréfléchie et l'obéissance à une justice très limitée, car difficilement évaluable »⁴⁹. Le contrat nécessitait que les engagements pris soient respectés. Ainsi, dans cette période là, le contrat d'adhésion était relativement faible et restreint, de sorte que le droit commun régissait la majorité partie des engagements.

61. En 1804 les rédacteurs du code civil ont eu une conception « mystique du contrat »⁵⁰. Ainsi l'art.1134 prévoit que « le Code civil abandonne au contrat toute les relations économiques »⁵¹. Cette conception est en harmonie avec les réalités économiques et sociales du début du XIXe siècle. A cette époque, les grands capitaux font défaut car l'industrie et le commerce se pratiquent dans un cadre artisanal ou familial, les clientèles sont ramassées dans un étroit rayon, le producteur connaît personnellement les consommateurs auxquels il s'adresse : « un dialogue direct pouvait s'établir entre le producteur artisanal implanté sur le marché local et le consommateur... une multitude de petits marchés permettaient une adaptation constante de l'offre et de la demande »⁵².

62. Ainsi, c'est le capitalisme industriel qui a donné naissance au contrat d'adhésion en faussant les postulats économiques de la théorie libérale et individualiste qui avait fait du contrat « la source de droit par excellence »⁵³. L'industrialisation suscite la formation des inégalités de puissance très accentuées⁵⁴. L'individu est dépassé par la taille des unités et le mode de production, l'effort individuel est insuffisant pour entreprendre la production à grande échelle⁵⁵. Le développement industriel s'accompagne donc d'un processus de concentration⁵⁶ en même temps que de standardisation⁵⁷. L'individu se trouve alors confronté à des entreprises qui l'écrasent⁵⁸. La perte de son individualité dans les contrats qu'il passe⁵⁹, sa situation soumise, sont les caractères les plus saillants de cette transformation. Les abus de ce capitalisme « sauvage » ont été décrits en termes parfois très vifs. Le développement du capitalisme

⁴⁸ PERROUX F., *Le capitalisme*, Paris, 1962, p.27

⁴⁹ GORLA G., *Il contracto*, Milan, 1964, p.199

⁵⁰ GOUNOT E., *L'autonomie de la volonté*, Dijon, 1912

⁵¹ RIPERT G., *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Mélanges Gény*, t.II, p.347

⁵² LAVERNHE S., *Le rôle économique et la publicité*, *Annales de la Faculté de Droit et de Sciences Economique de Toulouse*, t.XVII, 1969, p.151

⁵³ BATTIFOL H., *La crise du contrat*, in *Sur les notions du contrat*, *Archives de philosophie du Droit*, t. XIII (1969), p.12

⁵⁴ LAJUGIE J., *Les systèmes économiques*, 1969, p.50 et s., SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit prive d'aujourd'hui*, 2^e série, Paris, 1959, n 26, 41 et 58, MORIN G., *La loi et le contrat*, in *La décadence de leur souveraineté*, 1927, p.57 et 58.

⁵⁵ FRIEDMAN W., *Law in a changing society*, Londres, 195

⁵⁶ MARCHAI J., *Cours d'économie politique*, Paris, 1950, p. 104

⁵⁷ LHOMME H., *Pouvoir et société économique*, Paris, 1996, ch.IV

⁵⁸ LAJUGIE J., *op.cit.* p.51

⁵⁹ WALINE M., *L'individualisation et le droit*, 1946

contraint l'individu à accepter des conditions même draconiennes⁶⁰. Des inégalités se révèlent chaque fois qu'il y a, entre l'offre et la demande d'un produit ou d'un service, une disparité telle que l'adaptation ne se fait pas normalement : il y a une situation de pénurie qui permet à l'offrant de dicter ses conditions⁶¹.

63. Ces transformations économiques ont donc pour conséquence un déséquilibre de la force contractuelle⁶², du «pouvoir de négociation»⁶³. Cette inégalité flagrante entre les contractants dénature le rôle du contrat. Au lieu d'être, comme dans la théorie libérale, le moyen de concilier les intérêts divergents des parties⁶⁴ et de libérer les individus des contraintes inutiles⁶⁵, le contrat devient le moyen par lequel une partie dicte ses conditions et fait prévaloir ses intérêts égoïstes.

64. D'après George Berlioz, le contrat doit reposer sur la présomption d'une parité des forces⁶⁶, car « c'est l'indétermination de ce qui est réellement force qui rend acceptable un régime contractuel »⁶⁷. Lorsque cette indétermination, par suite du déséquilibre flagrant des situations, disparaît, « la partie dont la force contractuelle est la plus grande s'assure la plus forte fraction des profits globaux »⁶⁸. La liberté contractuelle sert à asservir l'homme⁶⁹ et à créer un ordre privé économique⁷⁰. En particulier, le contrat d'adhésion sert à fonder ce que certains ont appelé un « nouvel ordre féodal »⁷¹.

L'expansion du capitalisme⁷², le passage du capitalisme individualiste au capitalisme associationniste⁷³, font que le contrat d'adhésion, d'instrument d'oppression, devient le lien entre l'entreprise moderne et son client. L'apparition du capitalisme industriel avait supprimé le débat en désarmant l'adhérent dans la lutte d'intérêts, l'expansion du capitalisme rend cette lutte impossible, on a le « contrat sans combat »⁷⁴. Les raisons sont multiples. Le contrat devient

⁶⁰ MARCHAL J., op.cit.

⁶¹ GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, 1937, p.52

⁶² BARRE B., dans *Economie Politique*, t. I., p.492 distingue dans la force contractuelle les facteurs techniques, financiers et psychologiques.

⁶³ MARCHAL J., *Cours d'économie politique*, loc.cit.

⁶⁴ PERROUX F., *L'économie du XXe Siècle*, Paris, 1961, p.137

⁶⁵ BENTHAM J., *Trust against Ashurst*, 1823, p.8

⁶⁶ BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973

⁶⁷ PANTALEONI M., *Tentativo di analisi des concreto di forte et debole in economica*, *Errotemi di economia*, 1925, p.358, LHOMME H., op.cit. p.38 et s.

⁶⁸ BARRE B., op.cit., t. I, p.492

⁶⁹ DICEY V., *Law and Public Opinion in England*, 2nd ed. 1914, p.152

⁷⁰ FARJAT G., *Droit économique*, 1971, p.44, MARCHAL J., op.cit. p.771

⁷¹ KESSLER F., *Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract*, 1943, 43 *Col.L. Rev.* 629, 640, BEAULIEU L., *L'Economiste Français*, 3 juillet 1881, cite par RIPERT G. dans *Les aspects juridiques du capitalisme*, p.87

⁷² PERROUX F., *Le Capitalisme*, Paris, 1962, p.42 et s.

⁷³ MARCHAL A., *Système et structures économique*, 3^e éd, 1963, p.47 et s., et 470 et s.,

⁷⁴ PERROUX F., *L'économie du XXe Siècle*, Paris, 1961, p.137

«standardisé»⁷⁵ et l'on assiste à « l'éclatement »⁷⁶ du contrat lorsque l'on passe des relations individuelles aux phénomènes de masse et de groupe. La doctrine anglo-américaine utilise souvent le terme de « contrat standardisé » au lieu de « contrat d'adhésion ». Si cette expression semble avoir une valeur descriptive qui est souvent utile, le « contrat standardisé » ne paraît pas plus une notion juridique autonome que le « contrat type ».

65. Avec le développement de l'industrialisation, où la standardisation apparaît comme le moyen de diminuer le gaspillage et d'augmenter l'efficacité dans la production et la distribution⁷⁷, la dépersonnalisation du contrat s'accompagne d'une uniformisation⁷⁸. Comme « la production de masse devient la production pour les masses »⁷⁹, l'uniformité des objets produits, la similitude des besoins, tels qu'ils sont ressentis ou tels qu'ils sont créés par les « mass média », font disparaître la nécessité du contrat comme mode d'individualisation et imposent, au contraire, celle du contrat d'adhésion connue mode d'uniformisation⁸⁰. Ainsi, le contrat autorisait l'adaptation à des situations différenciées, il permet maintenant d'imposer des règles uniformes.

66. Ainsi le marchandage individuel recule devant les prix plus ou moins uniformes résultant d'un équilibre entre l'offre et la demande qui se fait à l'échelle de masse⁸¹. L'offre se fait par la publicité sur les « mass média »⁸², la demande s'exprime par le biais du « mass-marketing » et des sondages représentatifs des couches de la population. L'individualité des parties qui donnait sa coloration à l'ancien contrat disparaît et les clauses deviennent « stéréotypées »⁸³.

67. La prérédaction du contenu contractuel, rendue possible par la standardisation du contrat, est imposée par l'accélération et la multiplication des échanges. La préparation de milliers de contrats individualisés pour des opérations similaires serait économiquement

⁷⁵ ISAACS N., *The standardizing of contracts*, 27 Yale L.J.34, 1917 ; KESSLER F., *Contracts of Adhesion*, loc.cit. Friedman, *Kaw in a Changing Society*, Londres, 1959, p.102.; SALES H-B., *Standard form contracts*, 1953, 16 Mod. L. R. 318.

⁷⁶ SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, 1^{re} siècle, 1964, p.115

⁷⁷ KIRCH S., *Trade Associations in Law and Buisness* 144, 1938

⁷⁸ RIPERT G. et ROBLOT R., *Droit Commercial*, 5^e ed., 1964, p.122, n 2417

⁷⁹ PERROUX F., *L'économie du XXe Siècle*, Paris, 1961, p.86, GALBRAITH J-K, *The New Industrial State*, 1967, p.23-26

⁸⁰ JULIOT de la MORANDIERE L., *Droit civil*, t.II, p.167

⁸¹ PERROUX F., op.cit., p.138 ; LAVERNHE R., *Le rôle économique de la publicité*, *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse*, t.XVII, 1969, p.152 : « la publicité est un rouage essentiel de l'économie en tant qu'accélérateur de la vente et instrument nouveau de dialogue entre producteurs et consommateurs ».

⁸² LAVERNHE R., op.cit., p.150 : « la publicité est un remarquable instrument de la vente de masse, complètement indispensable de la production de masse ».

⁸³ BATIFFOL H., *Archives de Philosophie du Droit*, t. XIII, 1969, *La crise du contrat*, p.15 ; BERLIOZ G., op.cit. p.19

impossible⁸⁴. Les conditions stéréotypées sont rédigées par une équipe spécialisée qui établit un texte destiné à prévoir toutes les éventualités. Ces conditions sont ensuite utilisées dans toutes les relations contractuelles concernant les mêmes produits ou services, quel que soit le co-contractant. Elles peuvent être soit reproduites ou incorporées par référence dans des formules de contrat tirées en de multiples exemplaires, soit affichées dans les lieux de conclusion du contrat⁸⁵. La conclusion des contrats peut alors être confiée à des agents subalternes auxquels on n'accorde aucun pouvoir de décision, qui ne disposent d'aucune marge de négociation des termes contractuels⁸⁶. Comme ceux-ci sont fixés à l'avance, l'argument de l'agent « cherche seulement à obtenir la signature sur le formulaire » et il ne reste plus au client qu'à adhérer en signant sur le pointillé⁸⁷.

68. Les limitations abusives des engagements pris contractuellement qui ont caractérisé la première utilisation des contrats d'adhésion, et qui n'ont pas disparu, ne doivent pas faire oublier qu'un choix et une limitation raisonnable des engagements permettent de faire du contrat d'adhésion un mode de calcul, de prévision et de délimitation des risques indispensable à une gestion rationnelle et à une détermination objective des prix. L'uniformité des clauses des contrats qui reviennent fréquemment dans la vie des entreprises est en effet un élément nécessaire au calcul des coûts⁸⁸.

69. Ainsi les facteurs économiques, après avoir fait des contrats d'adhésion, un instrument de contrainte, ont rendu nécessaire leur utilisation. Le développement du capitalisme industriel donnait à certains le pouvoir de refuser la négociation et d'imposer leurs conditions. L'expansion industrielle, en accélérant et en intensifiant les échanges ainsi qu'en changeant d'échelle les mécanismes d'adaptation, supprime la négociation individuelle : les techniques de conclusion des contrats uniformes et sans débat sont économiquement indispensables sous peine de faire de cette conclusion un processus extrêmement coûteux, lent et complètement inadapté au volume et à la rapidité des opérations commerciales. A notre avis, l'adhésion à un contrat standardisé et prérédigé, proposé par un intermédiaire, sans pouvoir de négociation, est nécessaire dans un Etat, car le contrat d'adhésion en tant que mode de conclusion est imposé par les facteurs économiques.

⁸⁴ COHEN M., *Law and Social Order*, Londres, 1967, p.106 ; FRIEDEMANN G., *Law in Changing Society*, Londres, 1959, p.102.

⁸⁵ BERLIOZ G., *op.cit.* p.19

⁸⁶ WILSON S., *Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract*, *Int et Comp. L. Q.* 14:172, 1965;

PATTERSON W., *The interpretation and Construction of Contracts*, 64 *Col. L. Rev.*, 833, 857, 1964.

⁸⁷ BRENNAN J., in *National Equipment Rental, Ltd. Szhukhent*, 37 *U.S.* 311, 1964, p.334

⁸⁸ Les contrats types sont d'ailleurs réputés comme étant fiscalement avantageux, cf MEISNER G., *L'influence du droit fiscal sur la rédaction des contrats en R.F.A.*, *Gaz. Pal.* 29 déc. 1971, p.2

B) - Les facteurs juridiques

70. Le contrat classique imposait une rigidité d'exécution dont l'industrie naissante, soumise à des aléas divers, ne voulait pas s'accommoder pour elle-même. Il y avait donc une tentation d'exclure toutes les difficultés imprévisibles d'exécution, telles que les grèves, le feu et les difficultés de transport, dont la doctrine classique des contrats ne faisait pas forcément des cas de force majeure. En outre, il était tentant d'exclure toute responsabilité pour exécution tardive⁸⁹.

71. Le déclin du libéralisme, par une évolution souvent décrite, se traduit par l'apparition d'entorses à la liberté contractuelle : interdiction d'une clause donnée, inclusion obligatoire de certaines clauses ou imposition de certains effets aux contrats, agrément administratif auquel est subordonnée l'efficacité du contrat, obligation de contracter⁹⁰. Mais le libéralisme dans le domaine contractuel gardait cependant une grande vitalité auprès de la jurisprudence. Les tribunaux, en cherchant à perpétuer le mythe de l'autonomie de la volonté, donnent la possibilité de combattre les efforts législatifs de protection sociale⁹¹. Rares sont les juges qui réalisent que l'appel à la liberté contractuelle est « la mascarade des privilèges cherchant à se retrancher derrière le slogan d'un principe »⁹².

72. Magdi-Sobhy Khalil écrivait qu' « au contrat dirigé, fruit de l'interventionnisme législatif, répond le contrat d'adhésion, enfant du libéralisme judiciaire »⁹³. Par exemple les garanties dont le législateur proclame qu'elles sont implicites dans la vente sont exclues par des clauses dites de « garantie » qui ne sont que des clauses d'exonération déguisées⁹⁴.

73. Les assurances sont les premières à avoir, dans leurs contrats, choisi et limité les risques qu'elles prenaient⁹⁵. L'exemple fut rapidement suivi. Le contrat, soumis à l'adhésion d'un contractant qui ne peut négocier les termes et qui souvent ne peut se passer du bien ou du service offert ou qui dépend de la partie forte, devient l'instrument de calcul et de limitation des risques⁹⁶. Les entreprises, aussi bien publiques que privées, aperçoivent l'utilité du contrat

⁸⁹ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, L.G.D.J., 1973 p.20

⁹⁰ DURAND P., La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, R.T.D.C., 1944, p.73

⁹¹ MALAURIE Ph., L'ordre public et le contrat. Etudes de droit civil comparé, Paris, 1951, CARBONNIER J., op.cit. p.115

⁹² FRANKFURTER F., citant CARDOZO in Mr. Justice Cardozo and Public Law, 52, Harv. L. Rev. 440 et 462, 1938-1939.

⁹³ KHALIL M. S., Le dirigisme économique dans les contrats, Paris, 1969, p.3

⁹⁴ SALES H.-B., Standard Contracts M.L.R., 1953, p.333

⁹⁵ KESSLER F., Contracts of Adhesion, op.cit., p.629. L'apparition des modèles de police d'assurance date des XVIe et XVIIe siècles. La police d'assurance maritime d'Anvers date de 1853

⁹⁶ LEBRATY, Profit, décision, incertitude, Paris, 1967.

d'adhésion comme moyen efficace d'établir les conditions de leur activité, et de créer un droit autonome de l'économie»⁹⁷.

74. D'autre part, en raison de la spécialisation des rôles économiques⁹⁸ et de la mutation rapide de la société, les usagers jugent parfois que certains articles du Code civil ou du Code de commerce applicables à leurs contrats ne sont pas assez détaillés pour répondre aux besoins de leur commerce ou sont vieilliss. C'est ainsi qu'en matière d'affrètement les dispositions du code, comme celles des lois étrangères, sont souvent écartées par les parties qui leur substituent des stipulations qui correspondent mieux à leurs besoins⁹⁹. René Rodière écrit, dans le « Traité général de droit maritime », que les contractants utilisent des contrats types qui sont connus et utilisés dans tout le monde maritime, ou des chartes types plus spéciales, chartes existant en quelques séries dont le dénombrement est possible et la connaissance indispensable pour traiter de l'affrètement¹⁰⁰. Les droits spécialisés et adaptables se créent ainsi¹⁰¹.

75. On assiste aussi à « l'internationalisation du contrat »¹⁰². A cause « de l'incertitude qui pèse parfois sur les contrats de caractère international en raison des complexités du droit international privé, d'une part, et des difficultés rencontrées pour obtenir des renseignements sûrs au sujet d'un système, juridique étranger, d'autre part »¹⁰³, des normes originales du commerce international se forment. Ces normes se forment par l'adhésion à des règles abstraites et générales¹⁰⁴ incorporées dans des contrats types et interprétées en fonction de règles standardisées d'interprétation¹⁰⁵.

76. Si les insuffisances du droit exigent le recours au contrat d'adhésion devenu une source d'engagements uniformes, de règles spécialisées et adaptables ainsi que dénationalisées, ses transformations concourent également au développement du contrat d'adhésion.

77. Enfin, nous soutenons que la collectivisation et la standardisation de la vie moderne font que le contrat d'adhésion devient le mode de réglementation et d'organisation de cette vie sociale. De même l'individu doit de plus en plus s'adapter au groupement qui lui impose d'adhérer à ses règles, même pour ses loisirs, ses vacances ou ses distractions nocturnes, car toutes ces activités deviennent de plus en plus l'apanage des clubs¹⁰⁶.

⁹⁷ FARJAT G., Droit économique, 1971, p.284

⁹⁸ RIPERT G., Les limites à la liberté contractuelle, op.cit., p.44

⁹⁹ RODIERE R., Traité général de droit maritime, t. I, Affrètements, 1967, p.79

¹⁰⁰ RODIERE R., loc.cit.

¹⁰¹ Cette codification privée présente parfois elle-même des caractères similaires de rigidité, cf. TUNC ; HUNNOLD J., Unification of the Law governing international sales of goods, 1966, 25

¹⁰² RIPERT G., Les limites à la liberté contractuelle, op.cit., p.45

¹⁰³ BENJAMIN P., ECE General Conditions of sales and Standard Forms of Contract, J.B.L., 1961, p.113

¹⁰⁴ KAHN Ph., La vente commerciale internationale, Paris, 1961.

¹⁰⁵ Cf. infra, n°35 s.

¹⁰⁶ BERLIOZ G., op.cit., p.24 et 25

78. avec une machine : le voyageur qui prend son billet en déposant une pièce de monnaie dans un distributeur automatique n'est pas à même de discuter les modalités de son transport avec la machine, pas plus que l'assuré qui obtient sa police d'assurance d'une machine avant de prendre l'avion. L'impossibilité de ramener ces opérations aux contrats classiques a été reconnue depuis longtemps¹⁰⁷.

79. En conclusion on voit que tous les facteurs concouraient à faire du contrat d'adhésion, le contrat de la vie courante et de la vie des affaires. La standardisation de l'objet, la nature du contrat et la forme même du document contractuel, tendent à rendre l'adhésion inévitable. Nous verrons maintenant comment l'on peut définir le contrat d'adhésion et sous quelles formes il se présente.

§ 2nd – La définition et les variétés du contrat d'adhésion

80. Il a été soutenu dans la doctrine que le contrat d'adhésion, ne reposant pas sur la libre volonté des deux parties, relevait en réalité de l'institution et présentait en conséquence une nature réglementaire justifiant l'application de règles spécifiques protectrices de l'adhérent¹⁰⁸. En ce qui concerne le régime juridique du contrat d'adhésion il est important d'exposer sa définition **(A)** et ses variétés **(B)**.

A) - La définition du contrat d'adhésion

81. Cette catégorie de contrats, mise en lumière par la doctrine du début du XXe siècle¹⁰⁹, a fait depuis lors l'objet de nombreuses études¹¹⁰. Son existence n'est plus aujourd'hui contestée, les auteurs s'accordant en général à constater que les contrats d'adhésion constituent une "réalité sociale"¹¹¹ et même que cette catégorie est à l'heure actuelle statistiquement majoritaire¹¹². Doctrine et jurisprudence manifestent en revanche une extrême réserve s'agissant des conséquences qu'il conviendrait de tirer de ces constatations.

¹⁰⁷ DUGUIT L., Les transformations du droit privé, Paris, 1912, p.122 ; STEVEN E., Fidelity and Casualty Co of New York, 58 Cal.2d 862, 377 P. 2d 284, 27 Cal. Rptr, 1962

¹⁰⁸ BOYER L., Rép. civ. Dalloz, V° Contrats et conventions, n° 56. ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique : Armand Colin, coll. U, 10e éd. 2002., n° 179 ; PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P., Traité pratique de droit civil français, t. 6 par ESMEIN P. LGDJ, 2e éd. 1952, n° 123. ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., Obligations, 2. Contrat : Litec, 6e éd. 1998, n° 155).

¹⁰⁹ SALEILLES R., Étude sur la théorie générale de l'obligation, 3e éd., n° 337

¹¹⁰ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion : LGDJ, 2e éd. 1976, RIPERT G., Les limites à la liberté contractuelle, op.cit., p.45 ; BENJAMIN P., ECE General Conditions of sales and Standard Forms of Contract, J.B.L., 1961, p.113 ; SALES H.-B., Standard Contracts M.L.R., 1953, p.333 ; KESSLER F., Contrats of Adhésion, op.cit., p.629.

¹¹¹ MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., Les obligations : Defrénois, 2004, n° 426 ; TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations : Précis Dalloz, 8e éd. 2002

¹¹² GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat : LGDJ, 3e éd. 1993, n° 96 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., op. cit., n° 153)

82. En conclusion on voit que tous les facteurs concouraient à faire du contrat d'adhésion, le contrat de la vie courante et de la vie des affaires. La standardisation de l'objet, la nature du contrat et la forme même du document contractuel, tendent à rendre l'adhésion inévitable. Nous verrons maintenant comment l'on peut définir le contrat d'adhésion et sous quelles formes il se présente.

§ 2nd – La définition et les variétés du contrat d'adhésion

83. Il a été soutenu dans la doctrine que le contrat d'adhésion, ne reposant pas sur la libre volonté des deux parties, relevait en réalité de l'institution et présentait en conséquence une nature réglementaire justifiant l'application de règles spécifiques protectrices de l'adhérent¹¹³. En ce qui concerne le régime juridique du contrat d'adhésion il est important d'exposer sa définition **(A)** et ses variétés **(B)**.

A) - La définition du contrat d'adhésion

84. Cette catégorie de contrats, mise en lumière par la doctrine du début du XXe siècle¹¹⁴, a fait depuis lors l'objet de nombreuses études¹¹⁵. Son existence n'est plus aujourd'hui contestée, les auteurs s'accordant en général pour constater que les contrats d'adhésion constituent une "réalité sociale"¹¹⁶ et même que cette catégorie est à l'heure actuelle statistiquement majoritaire¹¹⁷. Doctrine et jurisprudence manifestent en revanche une extrême réserve s'agissant des conséquences qu'il conviendrait de tirer de ces constatations.

85. Plusieurs définitions ont été données par la doctrine. D'une part, les auteurs soutiennent qu'un contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle¹¹⁸.

¹¹³ BOYER L., Rép. civ. Dalloz, V° Contrats et conventions, n° 56. ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique : Armand Colin, coll. U, 10e éd. 2002, n° 179 ; PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P., Traité pratique de droit civil français, t. 6 par ESMEIN P. LGDJ, 2e éd. 1952, n° 123. ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., Obligations, 2. Contrat : Litec, 6e éd. 1998, n° 155).

¹¹⁴ SALEILLES R., Étude sur la théorie générale de l'obligation, 3e éd., n° 337

¹¹⁵ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion : LGDJ, 2e éd. 1976, RIPERT G., Les limites à la liberté contractuelle, op.cit., p.45 ; BENJAMIN P., ECE General Conditions of sales and Standard Forms of Contract, J.B.L., 1961, p.113 ; SALES H.-B., Standard Contracts M.L.R., 1953, p.333 ; KESSLER F., Contrats of Adhésion, op.cit., p.629.

¹¹⁶ MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., Les obligations : Defrénois, 2004, n° 426 ; TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations : Précis Dalloz, 8e éd. 2002

¹¹⁷ GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat : LGDJ, 3e éd. 1993, n° 96 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., op. cit., n° 153)

¹¹⁸ SALEILLES R., De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, nouveau tirage, Paris, 1929, art. 133, n. 89s., p. 229 s. : «les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudraient accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même».

86. D'autres auteurs exposent que le contrat d'adhésion est celui dont le contenu est préétabli et imposé par la partie la plus puissante économiquement, le cocontractant n'ayant d'autre choix que d'adhérer à ces stipulations ou de renoncer à contracter – ce qui, du reste, lui est souvent impossible, certains contrats étant en fait nécessaires¹¹⁹.

87. En plus, certains¹²⁰ ont proposé de le nommer «contrat par adhésion», car l'expression aurait l'avantage de pouvoir faire opposition à ce que nous appellerions le contrat par négociation. Selon le droit français, on peut définir les contrats d'adhésion comme ceux « rédigés unilatéralement par l'une des parties et auxquels l'autre adhère sans possibilité réelle de les modifier »¹²¹. Conformément à l'art. 1379 du Code civil du Québec « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré »¹²². Dans le système de droit moldave sous la notion de contrat d'adhésion on comprend « un accord de volonté réalisé entre deux ou plusieurs personnes dans lequel on établit, modifie ou on étend le rapport juridique »¹²³.

88. Par opposition, le contrat de gré à gré se définit comme celui qui est librement négocié entre deux parties. Il s'agit de la catégorie de droit commun, celle qu'implique l'autonomie de la volonté et qu'avaient à l'esprit les rédacteurs du Code civil¹²⁴.

CAPITANT H., Vocabulaire Juridique 1931 : « Adhésion : Acte par lequel une personne demeurée jusqu'alors étrangère à une convention consent à se soumettre à ses clauses. Contrat d'adhésion : Expression par laquelle on désigne, en doctrine certains contrats dont les clauses essentielles sont établies d'avance par l'une des parties pour tous ceux qui traitent avec elle ».

DEL MARMOL C., Clauses contractuelles type, Liber Amicorum Baron Fredericq, Gand, 1966, p.307, p.310 rapproché de la définition donnée de l'acte unilatéral, dans le contexte de contrats d'adhésion, comme « une offre de contracter sur des bases juridiques préétablies »

AUBERT J.-L., Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Paris, 1970, p. 277 : «Ceci nous paraît autoriser un critère distinctif du contrat d'adhésion : à sa base se trouve une offre, ou une sollicitation, adressés à la collectivité, d'une convention dont tous les détails sont prévus par le proposant et dont aucun ne saurait être modifié à la suite d'une quelconque contreproposition ».

DE PAGE. H., Traité, élémentaire de droit civil belge, t. II, Bruxelles, 3^e éd., 1964, p. 536. n. 550 : «on désigne sous le nom de contrats d'adhésion certains contrats qui se forment sans discussion préalable, entre parties, de leurs clauses et teneur, et dans lesquels la partie acceptante se contente de donner son assentiment, d'adhérer à un projet déterminé et presque toujours immuable, à un contrat type que lui présente la partie offrante ».

¹¹⁹ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique : Armand Colin, coll. U, 10^e éd. 2002., n° 177 s. ; GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat : LGDJ, 3^e éd. 1993, n° 94 s. ; PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P., Traité pratique de droit civil français, t. 6 par P. Esmein : LGDJ, 2^e éd. 1952, n° 122 s. ; STARCK B, ROLAND H. et BOYER L., Obligations, 2. Contrat : Litec, 6^e éd. 1998, n° 153 s.).

¹²⁰ DEREUX F., De la nature juridique des contrats d'adhésion, Revue trimestrielle de droit civil, 1910, pp. 503-535

¹²¹ GHESTIN J., Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, L.J.D.J 1980, p.74, 846 p.

¹²² Le Code civil de Québec L.Q., 1991, c. 64..

¹²³ Le Code civil de la République de Moldova n° 1107-XV du 06 juin 2002, III^eme partie, MORM n°82-86/661 du 22 juin 2002

¹²⁴ TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations : Précis Dalloz, 8^e éd. 2002, n° 73. ;

MARTY G. et RAYNAUD P., Droit civil, Les obligations : Sirey, 2^e éd. 1988, t. 1, Les sources, n° 63 ; H., L. et

89. Ce qui est donc essentiel dans le contrat d'adhésion, c'est l'absence de débat préalable¹²⁵, la détermination unilatérale du contenu contractuel, qu'elle soit le fait de l'une des parties ou d'un tiers. Cette volonté unilatérale fixe l'économie du contrat où l'un de ses éléments, la volonté de l'adhérent n'intervient que pour donner une efficacité juridique à cette volonté unilatérale¹²⁶.

90. Ainsi, la prédétermination du contenu correspond à une situation où le stipulant détermine lui-même le contenu du contrat, les modalités d'exécution et les risques qu'il assume en vue d'une application multiple. Même si l'adhérent obtient des aménagements à ces modalités il n'en demeure pas moins qu'il est dans une situation particulière de dépendance vis-à-vis du stipulant.

91. L'infériorité de l'adhérent est due tout d'abord à l'infériorité de prévision quant au contrat car, pour l'adhérent il, s'agit d'une opération isolée à laquelle il n'a pas spécialement réfléchi, et par laquelle il recherche une prestation. La prédétermination du contenu contractuel se traduit aussi bien par l'absence de participation à la rédaction que par sa conséquence logique, le rôle passif de l'adhérent dans l'exécution du contrat, l'adhérent se fiant par la force des choses au stipulant.

92. Les critères du contrat d'adhésion. Une hésitation spéciale dans la doctrine est relative au critère et donc au domaine exact du contrat d'adhésion. Cette qualification est parfois subordonnée à la réunion de toute une série de circonstances. Par exemple, Planiol, Ripert et Esmein ont énuméré cinq critères, mais ceux-ci sont le plus souvent regroupées en deux séries de conditions cumulatives¹²⁷.

MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. 2, 1er vol., Obligations, Théorie générale: Montchrestien, 9e éd. 1998, n° 87)

¹²⁵ RIEG A. dans le *Contrat type et contrat d'adhésion*, in *Etudes de Droit Contemporain*, t. XXXIII, p. 105, 108 a dit qu'« il serait certes abusif de parler de contrat d'adhésion chaque fois qu'il y a absence de débat préalable entre les parties, sinon toutes les ventes conclues dans les magasins auraient ce caractère, le prix étant très généralement fixé par le vendeur seul ».

¹²⁶ BERLIOZ G. dans l'ouvrage *Le contrat d'adhésion*, op.cit., écrivait qu' « Il est d'ailleurs typique de constater que les formules de contrat ne sont présentées qu'au moment de la signature du contrat. Il est impossible d'obtenir à l'avance par exemple d'une banque, une formule de contrat, même lorsque l'on est client de cette banque et que l'on indique le désir effectif de contracter. L'adhérent ne dispose donc du texte exact du contrat que lorsqu'il n'a ni le loisir, ni psychologiquement la possibilité d'en faire un examen détaillé. Eu revanche lorsqu'un pouvoir effectif de négociation existe parce que l'opération est individualisée, le cocontractant, par l'intermédiaire de son service juridique ou de son avocat, se fait communiquer un projet de contrat il est alors, grâce à ses conseils, à même de participer à la détermination finale du contenu contractuel ».

¹²⁷ PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P., *Traité pratique de droit civil français*, t. 6 par ESMEIN P.: LGDJ, 2e éd. 1952, n° 122)

93. La première série d'exigences est relative à **l'offre** qui a pour principale caractéristique d'être préétablie¹²⁸, que ce soit d'ailleurs par l'un des contractants – dans ses conditions générales notamment – ou par l'organisme professionnel dont il est membre – et qui propose à ses adhérents l'usage de contrats types¹²⁹ : le contrat d'adhésion repose sur une offre standardisée, identique pour tous les contrats d'un même type susceptibles d'être conclus avec toute personne au cours d'une certaine période. Il n'est pas nécessaire en revanche que l'offre soit tout entière favorable à son auteur : cette circonstance n'est qu'une conséquence de la rédaction unilatérale du contrat, qui est certes fréquente et porteuse de dangers, mais qui n'est pas de l'essence du contrat d'adhésion¹³⁰.

94. Ainsi, selon A. Rieg, l'un des contractants « doit être en état d'offre permanente et générale, c'est-à-dire proposer un contrat à un nombre illimité ou indéterminé de personnes »¹³¹. Si la stipulation est d'application générale, l'invitation à l'adhésion peut être très restreinte : par exemple le règlement intérieur, considéré, par la théorie classique, comme de nature contractuelle est typiquement un contrat d'adhésion et d'application permanente, mais l'offre d'embauche peut durer un temps réduit et viser des personnes déterminées¹³².

95. La seconde série d'exigences est le plus souvent tirée de **l'inégalité de puissance** économique devant, exister entre les parties¹³³, mais on a justement remarqué que cette circonstance n'est quant à elle que la source la plus fréquente de l'impossibilité de discuter l'offre standardisée et que c'est cette impossibilité qui seule importe à cet égard¹³⁴. Il est par suite indifférent que l'auteur de l'offre soit en situation de monopole, de droit ou de fait, ou même qu'il dispose d'une puissance économique particulière, dès lors qu'il est en mesure d'imposer à ses contractants des stipulations préétablies.

96. On a pu dire que le contrat émane d'un contractant jouissant d'un monopole de droit ou de fait¹³⁵, en tout cas au moins d'une grande puissance économique, soit par lui-même, soit par son union avec des entreprises analogues¹³⁶. A notre avis ceci n'est plus exact, car le plus petit commerçant, entrepreneur ou prestataire de service imprime des factures, bons de

¹²⁸ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique : Armand Colin, coll. U, 10e éd. 2002., n° 178 ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., Obligations, 2. Contrat : Litec, 6e éd. 1998., n° 154 ;

¹²⁹ GHESTIN J., op. cit., n° 95

¹³⁰ GHESTIN J., op. et loc. cit.

¹³¹ RIEG A., loc.cit.

¹³² Ibidem

¹³³ FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., op. et loc. cit. ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., op. et loc. cit.

¹³⁴ GHESTIN J., op. et loc. cit..

¹³⁵ Par exemple, le cas des contrats d'abonnement à un service de téléphonie mobile on a le choix entre plusieurs opérateurs, mais tous utilisent des contrats d'adhésion. Les exemples peuvent être multipliés.

¹³⁶ BERLIOZ, op.cit., p.29

commande, bordereaux, reçus, etc., contenant des clauses types. Peut-être l'auteur a-t-il eu en vue les plus grands entrepreneurs ou commerçants. Par exemple, on s'imagine mal un banquier, aussi puissant soit-il, refuser le reçu de la teinturerie parce qu'il contient une clause d'exonération. Il semble aussi difficile de protester à la réception de toutes les lettres d'affaires d'usage généralisé qui comportent des mentions imprimées d'avance concernant les modes de paiement ou la compétence en cas de litige, et qui constituent toutes des contrats d'adhésion¹³⁷.

97. Il faut mentionner aussi que le contrat d'adhésion n'a pas non plus forcément pour objet¹³⁸ une prestation de services ou la satisfaction d'un besoin recherché par tous, ceci en raison de cette extension considérable des contrats que nous venons de signaler. De même le contrat d'adhésion ne se présente pas forcément sous la forme d'un contrat type dont les conditions générales ont été soigneusement étudiées et forment un ensemble présenté en bloc¹³⁹. Il peut n'y avoir que quelques clauses, de compétence par exemple, trop partielles dans leur domaine pour constituer un ensemble et se présentant simplement sous la forme de mentions sur une lettre imprimée, -un ticket, un reçu, etc.

98. L'infériorité de l'adhérent, indépendamment de l'équilibre des forces économiques en présence tel qu'il peut se présenter en dehors de la relation contractuelle, résulte du fait même de l'initiative de la rédaction qui permet au stipulant de définir les limites de sa prestation et de réaliser les implications des clauses qu'il rédige à son avantage : « la qualité de la prévision est l'un des éléments qui, dans le contrat d'adhésion, différencient les « forts » et les « faibles »¹⁴⁰. A cette définition du contrat d'adhésion correspondent les éléments constitutifs suivants: la stipulation **(1)** et l'adhésion **(2)**.

1 - La stipulation

99. Par la stipulation nous entendrons les clauses dont l'une des parties a indiqué qu'elles constituent pour elle une réglementation de l'éventuelle relation juridique qui n'est pas soumise à discussion¹⁴¹. Ce critère n'est pas essentiel. Il suffit qu'elles aient été rédigées de façon à protéger les intérêts de cette partie. C'est le cas par exemple des contrats-types élaborés par les associations professionnelles ou des formules utilisées par les loueurs d'appartement et qui ont été rédigées par des firmes spécialisées que l'on ne saurait par ailleurs considérer comme des préposés du loueur¹⁴².

¹³⁷ SAVATIER J., Droit des affaires, 3^e ed., Paris, 1970, p.408

¹³⁸ PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P., loc.cit

¹³⁹ Ibid

¹⁴⁰ REMOND N. Martine, sous Cass. civ. 1^{er}, 28 avril 1972. J.C.P. 1972. II. 17083.

¹⁴¹ CAPITANT H., Vocabulaire Juridique : Stipulation : clause d'un contrat.

¹⁴² Sur les contrats rédigés par un tiers, cf. S. de la MARNIERE E.S., J.C.P. 1967. 1. 1376 ; BOULANGER J., Volonté réelle et Volonté déclarée, Mélanges Frédéricq, Gand (1966), p. 199.

100. Le propre de la stipulation est d'être rédigée en termes abstraits, d'énoncer des règles de portée générale, applicables de façon impersonnelle. Elle est destinées à régir, de façon plus ou moins complète, mais généralement de manière très détaillée, des opérations envisagées de manière générique. Des différenciations peuvent être faites entre des catégories de personnes ou d'opérations — comme, par exemple, dans les tarifs — mais ces distinctions sont elles-mêmes toujours génériques et impersonnelles. Cette stipulation est destinée à être soumise en bloc à l'adhésion de l'autre partie sans possibilité de discussion. Un contrat séparé peut « substituer » à la convention, incluse dans le contrat d'adhésion, un engagement précis¹⁴³. Ceci n'a pour effet que d'interdire au stipulant d'opposer certaines clauses de la stipulation et non pas d'introduire une possibilité de discussion de ses termes.

2 - L'adhésion

101. L'adhésion est un acte par lequel la partie contractante, qui sait que l'autre partie entend traiter suivant les conditions de la stipulation, indique son intention de se soumettre aux termes et conditions de cette stipulation. Cette adhésion peut être tacite ou expresse, implicite ou explicite. Le critère permettant de la définir est l'absence de possibilité de discussion. Ce facteur a d'ailleurs été retenu par la Cour de Cassation comme ayant une portée juridique, et notamment « l'agence de voyage qui a affrété pour son propre compte un navire avec tout son équipage et a mis sur pied une croisière de sa seule initiative avant toute adhésion des clients, lesquels n'ont pas eu la possibilité de discuter les conditions de la croisière, n'intervient pas en qualité de mandataire entre les passagers et le propriétaire du navire, mais conclut avec ceux-là des contrats de transport »¹⁴⁴.

B) - Les variétés du contrat d'adhésion

102. Nous avons indiqué que, dans les contrats d'adhésion une volonté extérieure à l'une des parties fixe à l'avance et de façon abstraite le contenu contractuel. Cette volonté peut se former et s'exprimer de différentes manières. Ainsi elle peut se former elle-même unilatéralement. C'est le cas des conditions générales, des règlements intérieurs, des clauses contenues sur les documents divers qui forment le document contractuel **(1)**. Elle peut se former par le concours de volontés diverses. C'est le cas des contrats type, dont le contenu contractuel est élaboré, collectivement et ensuite soumis à l'adhésion **(2)**. Elle peut n'être que partielle, se

¹⁴³ Cass. Com. 6 mai 1965, Bull. Cass. 1965. 3. 270.

¹⁴⁴ Cass. Com. 6 mai 1963, Bull. Cass. 1963. 3. 270.

réduire à un code d'interprétation, c'est le cas des termes normalisés **(3)**. Nous étudierons donc successivement ces différentes formes d'expression du contrat d'adhésion.

1- Les conditions générales

103. Les conditions générales se présentent sous la forme d'une liste de clauses qui sont annexées au contrat ou qui y sont incorporées par référence. Ces conditions générales sont établies par l'une des parties (si elles sont établies par un organisme extérieur, par exemple, un organisme professionnel, elles se confondent avec les contrats types). Dans la vente, en raison de la fréquence d'opérations commerciales similaires et de la rapidité de ces transactions, le document contractuel prend généralement la forme d'un bon de commande. Celui-ci est simplement signé par l'acheteur : il indique les caractéristiques générales du contrat de vente, l'objet vendu, les modalités du règlement et le délai de livraison. D'autre part il rappelle les conditions générales de l'opération qui ne sont pas débattues, mais simplement soumises à l'adhésion du client. Leur aspect imprimé et objectif empêche toute discussion, même en l'absence d'une disparité de puissance.

104. Pour le particulier ces conditions générales deviennent omniprésentes. Chaque fois qu'un individu prend le car ou le train, porte ses vêtements chez le teinturier, laisse ses bagages à la consigne, fait une opération bancaire, il se voit imposer ces conditions générales. Chaque opération commerciale s'accompagne maintenant de la remise d'un bulletin, bordereau, ticket, et sur tous ces documents sont inscrites les conditions suivant lesquelles le stipulant entend traiter. L'adhérent n'a matériellement le temps ni de les lire, ni de les discuter.

105. Cette extension de l'usage des conditions générales imposées à l'adhésion du client infirme l'affirmation de ceux qui ont dit « que la volonté du stipulant dans les contrats d'adhésion ne s'imposait pas à l'adhérent parce qu'elle n'avait pas la même force dynamique que la loi »¹⁴⁵.

2- Les contrats types

106. Les contrats types sont une deuxième source de contrats d'adhésion¹⁴⁶. Si le terme de «contrat type» est d'origine, assez récente, c'est en raison non de la nouveauté de l'emploi de formules types, mais de l'évolution de leur utilisation. Depuis l'antiquité les hommes de loi ont coutume de se référer à des formules pour rédiger la plupart des actes de leur ministère. Les

¹⁴⁵ REMY R. de Saint, De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion, Paris, 1928, p. 47.

¹⁴⁶ LEAUTE J., Les contrats types, R.T.D.C. 1953, p. 429 s. Sur les contrats types dans la vente internationale, CAHN J., La vente commerciale internationale, 1961; LOUSSOUARN Y. et BREDIN J.-D., Droit du commerce international, 1969, n. 559 s., 585 s. ; RABEL E., L'unification de la vente internationale, ses rapports avec les formulaires ou contrats types, Mélanges Lambert, t. II p. 658 ; PADIS. La vente commerciale par contrats types et Incoterms, Gaz. Pal. 1970. 2. 91.

traités formulaires sont d'usage courant depuis des siècles, surtout dans les pays de « *common law* » où chaque terme doit être soupesé¹⁴⁷. Cette habitude offre l'avantage d'éviter les aléas d'une improvisation, mettant au service des contractants une expérience acquise par une longue pratique.

107. Mais cet emploi de formules types servait alors à l'élaboration d'un contrat qui restait individualisé. La confection sur mesure n'exclut pas l'utilisation d'un patron, elle exige simplement son adaptation individuelle. Certes parfois leur utilisation automatique conduisait à surcharger le contrat de clauses qui ne répondaient pas aux besoins de ces conventions, c'étaient les clauses dites «de style»¹⁴⁸, ce que les Anglais appellent de façon imagée les « boiler plate clauses»¹⁴⁹. Ces déviations toutefois ne donnaient pas naissance à une catégorie spéciale de contrats. Tant que le « contrat-type » reste une « formule type de contrat » il ne constitue pas un contrat au sens de l'article 1101 du Code civil, mais un modèle pour de futurs contrats¹⁵⁰. L'intérêt du concept est alors assez faible, la formule type de contrat ne constitue pas plus une notion juridique que le traité formulaire, le guide pratique de rédaction des contrats ou le fichier personnel d'actes préalablement rédigés du praticien expérimenté.

108. L'intérêt du contrat type apparaît lorsqu'il est la source de contrats d'adhésion. On a comparé le contrat type au droit écrit, le droit coutumier étant représenté par les usages professionnels : « A un certain moment, on fixe, dans un contrat qui est toujours suivi, le droit qui sera applicable »¹⁵¹. Les analyses des « contrats types facultatifs »¹⁵² montrent que ces contrats sont en effet toujours suivis¹⁵³.

109. Il est évident en effet que, pour que les règles générales et abstraites contenues dans les contrats types puissent servir de normes, elles doivent recevoir l'adhésion des utilisateurs et ne pas subir de dérogation, sous peine de perdre l'effectivité qui caractérise les normes. C'est seulement ainsi que les groupements professionnels acquièrent le pouvoir réglementaire qu'ils ne possèdent pas en théorie¹⁵⁴.

110. La volonté de « normalisation » qui caractérise le contrat-type n'est réalisée que par l'adhésion sans déviation des termes¹⁵⁵. Ces « contrats types » sont d'ailleurs souvent des contrats d'adhésion à un autre titre : ils sont en effet souvent déséquilibrés en faveur de l'une des

¹⁴⁷ SALES H-B., op.cit. V. par exemple The Encyclopedia of Forms and Precedents ou Prideaux's Forms and Precedents in Couveyancing.

¹⁴⁸ LECOMTE A., La clause de style, H.T.D.C. 1935, p. 319, Clos, La clause de style, J.C.P. 44 I éd. N. 389.

¹⁴⁹ L'expression peut être traduite comme «clause de blindage», c'est-à-dire de protection contre toute éventualité. C'est une clause destinée à procurer une sécurité supplémentaire

¹⁵⁰ NICOLAS E., Le modèle type de contrat, source de droit ? Les Petites Affiches, 23 octobre 2012, p.3 s.

¹⁵¹ RIPERT G., Les limites de la liberté contractuelle, op. cit., p. 443.

¹⁵² LEAUTE J., op.cit., p.437

¹⁵³ BERLIOZ G., op.cit., p.34

¹⁵⁴ LEAUTE J., Les contrats-types », Rev. trim. dr. civ. 1953.429, 430.

¹⁵⁵ Ibidem

parties et leur utilisation traduit la position dominante de cette partie¹⁵⁶. D'autre part ceux-ci résultent souvent d'une entente pour fixer des clauses contractuelles communes, le contrat-type est alors valable pour un secteur d'activité. Dans le cas de l'entente industrielle ou commerciale l'uniformisation des conditions générales par l'adoption d'un contrat type constitue une des armes classiques tendant à résorber les effets jugés néfastes de la concurrence¹⁵⁷.

3- Les termes normalisés

111. Les termes normalisés fournissent des règles d'interprétation complétant le cadre juridique offert par les contrats types. Les plus connus sont les Incoterms de la Chambre de Commerce Internationale¹⁵⁸. Les Incoterms 1953 sont une série de règles internationales pour l'interprétation de neuf termes d'utilisation particulièrement fréquente dans les contrats commerciaux. Ces règles deviennent applicables par l'indication dans le contrat type, que l'interprétation se fera en fonction des « Incoterms 1953 »¹⁵⁹. Leur but est « de fournir un ensemble de règles internationales pour l'interprétation des termes principaux utilisés dans les contrats du commerce international, pour l'usage facultatif des hommes d'affaires qui préfèrent la certitude de règles internationales aux incertitudes des interprétations diverses des mêmes termes dans différents pays »¹⁶⁰. Leur utilisation doit, d'après la Chambre de Commerce Internationale, réduire les difficultés qui handicapent le commerce et qui sont dues « à l'incertitude quant à la loi nationale applicable aux contrats, le manque d'information et les difficultés résultant de la diversité d'interprétation ». Ce code d'interprétation constitue donc bien, lorsque les parties décident d'en adopter les dispositions, une prédétermination du contenu contractuel¹⁶¹.

112. Tous les contrats, nommés ou innommés, peuvent se présenter sous la forme de contrat d'adhésion. On peut en dresser la liste¹⁶², d'ailleurs non limitative, suivante :

1. toutes les formes d'assurance sont en général des contrats d'adhésion. L'assuré souscrit à une police préédigée par la compagnie, sans possibilité de discuter les clauses. Le courtier explique les risques couverts, le montant de l'indemnité et des primes, l'adhérent ne reçoit la police contenant la stipulation

¹⁵⁶ HUDSON Building and Engineering Contracts, 9 th éd., 1965, p. 93 ; BOULTON H., The Making of Business Contracts, Londres, 1965, p. 50.

¹⁵⁷ Del MARMOL C., op.cit., p.312

¹⁵⁸ EISEMANN F., Les Incoterms, 1967 : EISEMANN F., Incoterms and the British Export Trade. J.B.L. 1965, 114 s.; SPIESS, Die Incoterms 1953, Essen. 1958 : CCI Documents n. 460-83 et 460-138.

¹⁵⁹ BERLIOZ G., op.cit, p.35

¹⁶⁰ Chambre de Commerce Internationale. Brochure 166.

¹⁶¹ Pour les lexiques similaires formulés par des associations professionnelles v. SCHMITTHOFF C., The Sources of the Law of International Trade, 1967, p. 115

¹⁶² BERLIOZ G., op.cit. 39-40

qu'après s'être engagé. Dans la majorité des cas il ne lit les conditions multiples du contrat qu'en cas de sinistre. Certes il a le choix entre diverses polices, entre différentes options, mais toutes sont standards et sont prédéterminées ;

2. toutes les variétés de contrat de transport, par terre, par eau ou par air. Il n'y a aucune possibilité de discussion des clauses figurant sur le billet qui est délivré ou dans les polices des transports qui sont affichées, contenues dans des imprimés ou consultable sur internet ;

3. les variétés diverses de contrats de services offerts aux consommateurs. Ainsi l'automobiliste qui va garer sa voiture au parking, la ménagère qui confie son linge au blanchisseur se voient délivrer des reçus portant des clauses qui ne sont soumises à aucune discussion ;

4. la plupart des baux peuvent être considérés comme des contrats d'adhésion. Le contrat peut être une formule type préparée par un agent immobilier ou par une simple imprimerie, de toute façon le locataire doit adhérer aux conditions imprimées s'il veut occuper les locaux. Même si le contrat type a été préparé par une imprimerie les conditions sont beaucoup plus onéreuses que le droit commun : ce sont les bailleurs qui achètent ces formules ;

5. les contrats de vente¹⁶³, en particulier ceux qui comportent une forme de crédit quelconque. Les sociétés de financement dictent des formules de plus en plus rigoureuses, non seulement au consommateur, mais aussi au petit commerçant qui doit acheter des biens à crédit ;

6. les contrats bancaires¹⁶⁴ sont établis sur des formules préétablies par la banque, à des conditions que celle-ci, sauf dans le cas d'opérations extrêmement importantes, n'accepte pas de discuter.

113. Citons enfin les contrats de fourniture, d'abonnements, les contrats d'édition ou de production de disques, qui sont régis par des contrats types, les contrats avec les maisons d'éducation, avec les hôtels, agences de voyage, les contrats du public avec les cinémas, les théâtres, la liste couvre rapidement la plupart des contrats de la vie courante.

114. Instrument économique, expression d'un pouvoir de contrainte ou d'un pouvoir normatif, le contrat d'adhésion se caractérise non seulement par la manière dont il se forme, mais aussi par son effet, en droit interne comme en droit international privé. Le plan traditionnel

¹⁶³ Pour une liste des contrats de vente illustrant la tendance au contrat d'adhésion, LIMPENS J., La vente en droit belge, Bruxelles, 1960, p. 536.

¹⁶⁴ LIEBAERT J., A propos du règlement général des opérations de banque, les usages et le contrat d'adhésion, Revue de la Banque, 1968, p. 345.

d'analyse des contrats doit cependant être adapté, car il suppose la fusion de deux volontés. Celles-ci, qui se sont exprimées par l'offre et l'acceptation, et qui se sont mutuellement influencées pendant la négociation, s'intègrent pour former un contrat dont on peut étudier la formation et les effets.

Section 2 - Les conséquences juridiques : le risque d'un déséquilibre contractuel

115. Le contrat, dans sa naissance et sa constitution, représente un échange de consentement des parties, selon les principes de la liberté de négociation et de l'autonomie de la volonté. Comme le souligne la définition du contrat dans l'article 1101 du Code civil, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Cette définition pose un postulat que les parties sont égales et libres et, de ce fait, il apparaît inconcevable qu'une de ces parties s'engage, en connaissance de cause, à signer un contrat déséquilibré qui desserve ses intérêts propres. Pourtant, même s'il est difficilement concevable abstraitement, le déséquilibre contractuel existe *in concreto*, principalement parce que le contrat revêt une force obligatoire qui peut engendrer des situations où l'une des parties contractantes est liée par des engagements excessifs.

116. Le déséquilibre contractuel se situe à la frontière du droit et du fait. Si le déséquilibre peut être instauré d'office, dès la naissance du contrat par les vices du consentement ou la lésion, il peut aussi être une situation arrivant par la suite, dans la phase d'exécution du contrat, cause de facteurs dépendants ou indépendants de la volonté humaine. Pour autant, le législateur a pu constater qu'avec l'évolution suivie par les contrats modernes, et notamment avec la multiplication des contrats d'adhésion, une partie pouvait se trouver dans une position de faiblesse par rapport à son cocontractant, produisant alors un déséquilibre.

117. Dans cette section on va démontrer que le contrat d'adhésion a toutes les chances de conduire à des déséquilibres contractuels. Dans un premier temps, il faut caractériser cette notion de déséquilibre (§ 1^{er}). Dans un deuxième temps on va illustrer ses caractères, spécialement dans des rapports de consommation (§ 2nd).

§ 1^{er} - Le concept d'équilibre ou de déséquilibre contractuel

118. Le concept d'équilibre contractuel constitue une idée assez récente du droit et de la théorie générale des contrats. Ce concept a rencontré quelques obstacles pour apparaître, mais il semble aujourd'hui pouvoir s'intégrer dans un ordre juridique renouvelé. Il convient cependant de préciser comment cette idée d'équilibre peut se traduire dans le droit positif. La démarche qui en découle convient à l'étude de la notion d'équilibre contractuel puisque son existence et sa définition suscitent des interrogations en doctrine. Il s'agit alors de montrer qu'une définition de

l'équilibre contractuel est possible et que cette proposition peut permettre de s'entendre davantage sur cette notion.

119. Le déséquilibre se définit par opposition à l'équilibre: il représente une absence d'équilibre. Finalement c'est la même réalité qui apparaît derrière l'utilisation de ces deux expressions : dans un cas l'équilibre contractuel existe ; dans l'autre, pas.

120. Le droit utilise de différentes façons la notion de déséquilibre contractuel. En effet, cette dernière permet de définir d'autres notions juridiques comme la lésion ou la clause abusive. En outre, elle délimite le champ d'application de certaines règles de droit ou de certaines clauses, en précisant notamment dans quels cas le juge peut intervenir dans le contrat.

121. L'origine de mot « équilibre ». Le mot équilibre possède une origine étymologique latine « *aequilibrium* ». Cette expression se compose de deux mots latins « *libra* », désignant la balance et « *aequus* » signifiant égal. Le mot équilibre désigne donc sur le plan étymologique l'exactitude des balances¹⁶⁵. L'équilibre suppose la comparaison entre deux éléments, entre deux poids posés sur les plateaux de la balance. Comme la balance, le droit se donne pour mission de mesurer les rapports humains et de rétablir la justice¹⁶⁶.

122. Le sens en droit privé. En droit privé du contrat, l'expression d'équilibre contractuel semble récente puisqu'elle date surtout du XX^{ème} siècle et tend à se substituer à une autre expression ancienne : l'équivalence des prestations ou encore la théorie du juste prix¹⁶⁷. En doctrine, elle trouve ses origines dans l'expression du doyen Gény : « le principe d'équilibre des intérêts privés en balance »¹⁶⁸. Comme notion, l'équilibre contractuel est « une abstraction d'une situation de fait produisant des effets juridiques »¹⁶⁹. Notion à deux visages, l'un statique perçu comme une composition harmonieuse du contrat, existant en un temps donné, et l'autre dynamique entendue comme une position de relative stabilité. Ainsi, la notion d'équilibre contractuel intervient pour déterminer le domaine d'application de certaines règles de droit positif. Utilisée pour expliquer certaines notions comme les clauses abusives ou pour déterminer le champ d'application de plusieurs règles juridiques comme le mécanisme de la révision pour imprévision, cette notion produit des effets de droit indiscutables.

123. Un auteur a érigé en thèse l'affirmation suivante : « l'idée d'équilibre contractuel précise celle de justice commutative. Elle traduit la volonté d'avoir un échange juste et une composition harmonieuse du contenu du contrat, entre les prestations ainsi qu'entre les droits et les obligations. Le but de l'équilibre contractuel consiste à réaliser la justice à l'intérieur même

¹⁶⁵ REY A., Dictionnaire historique de la langue française, 1998

¹⁶⁶ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 4^{me} édition, L.G.D.J 1949, Paris, n°6, 421p.

¹⁶⁷ FIN-LANGER L., L'équilibre contractuel, Paris : LGDJ, 2002, p.8, 651 p.

¹⁶⁸ GENY F., Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ, 1954 (réédition), T.II, n°173

¹⁶⁹ FIN-LANGER L., L'équilibre contractuelle, Paris : LGDJ, 2002, p.5, 651 p.

de la réalisation entre deux patrimoines. Il ne traduit pas la recherche d'une égalité entre les parties contractantes. L'équilibre concerne un lien objectif et non le lien subjectif du contrat »¹⁷⁰. Dans sa première branche, on peut admettre la légitimité d'un tel raisonnement, surtout si l'on a en perspective une relation de crédit individuelle¹⁷¹.

124. Outre cette fonction explicative, la notion d'équilibre contractuel intervient pour déterminer le domaine d'application de certaines règles de droit positif. Certaines clauses prévoient notamment la révision du contrat ou son adaptation en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel. Cette notion intervient également dans le cadre des rares cas de révision pour imprévision, prévus par la loi. La révision du contrat se réalise lorsque le bouleversement de l'équilibre initial surgit. Cependant, la notion d'équilibre contractuel apparaît peu souvent en tant que telle. Elle est la plupart du temps sous-jacente. Par ailleurs, la notion d'équilibre contractuel apparaît pour s'ajouter aux critères habituels de certaines règles de droit. Enfin, les parties à un procès tentent dans leurs conclusions d'utiliser le critère de l'équilibre mais sans résultat convaincant pour l'instant.

125. Le critère de l'équilibre contractuel semble être utilisé pour la mise en œuvre des clauses de *hardship* et en matière de révision pour imprévision. Cette notion intervient à des niveaux différents. Le premier concerne les conditions d'admission de l'imprévision ou de la situation de *hardship*¹⁷².

126. Ainsi, la clause de *hardship* est définie comme celle prévoyant la révision du contrat quand un bouleversement des circonstances a profondément modifié l'équilibre initial des obligations des parties¹⁷³. Les formules qu'elles utilisent varient, mais cachent la même idée sous-jacente. Les circonstances doivent avoir pour conséquence de bouleverser l'équilibre contractuel initial¹⁷⁴. Ainsi les expressions suivantes peuvent se rencontrer : « l'économie des rapports contractuels venait à se trouver modifiée au point de rendre préjudiciable pour l'une des parties l'exécution de ses obligations », « pour effet de bouleverser l'économie du contrat »¹⁷⁵. Parfois la notion d'équilibre contractuel apparaît de manière expresse dans la clause imposant la renégociation du contrat. Ainsi « en cas de dévaluation ou de réévaluation du franc français ou du dollars, les parties se rapprocheront pour examiner les conséquences de la situation actuelle

¹⁷⁰ FIN-LANGER L., L'équilibre contractuel, Paris : LGDJ, 2002, p.97. Plus loin l'auteur affirme encore que « l'équilibre contractuel s'entend, aujourd'hui, non de la personne des contractants, mais du contrat lui-même, du contenu des droits et des obligations des parties au sein de celui-ci ». (p.156).

¹⁷¹ MIRANDA PEREIRA W., La protection des consommateurs dans les opérations de crédit. Etude de droit compare franco-brésilien, Université de Savoie, 27.11.2010 – sous la direction du prof. PAISANT G., n° 527 p.284

¹⁷² FIN-LANGER L., L'équilibre contractuelle, Paris : LGDJ, 2002, p.145

¹⁷³ FONTAINE M., Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, DPCI mars 1976, p. 7 ; OPPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « *hardship* », JDI 1974, p. 797, n°3.

¹⁷⁴ FONTAINE, M op. cit., p. 26 et s.

¹⁷⁵ Pour ces exemples : FONTAINE M., op. cit. : p. 26 et 27.

et convenir de mesures à prendre pour rétablir l'équilibre contractuel dans les intentions et selon l'esprit initial du contrat »¹⁷⁶. L'équilibre contractuel intervient dans la mise en œuvre de la clause en servant de cadre de référence pour mesurer l'impact du changement de circonstances¹⁷⁷.

§ 2nd – Les caractéristiques du déséquilibre contractuel dans les rapports de consommation

127. Nous avons vu que, la plupart du temps, le consommateur conclut un contrat sans pouvoir discuter le contenu de ce dernier. Dans ces conditions on est tenté d'affirmer que la liberté contractuelle est quelque peu atteinte même si le consommateur reste libre de contracter ou non. Le risque est que le consommateur se voit imposer une convention porteuse de clauses rédigées par le professionnel et ces clauses peuvent être à l'origine d'un déséquilibre contractuel.

128. Les clauses peuvent être relatives à la responsabilité du professionnel qui va indiquer qu'il limite sa responsabilité ou qu'il s'exonère de sa responsabilité. Il y a des clauses qui vont déterminer la juridiction compétente en cas de litige. On peut trouver également des clauses pénales (le professionnel précise des sanctions pécuniaires auquel s'expose le consommateur). De façon générale un déséquilibre contractuel peut apparaître avec ces clauses.

129. A ce stade, il est légitime de s'interroger sur les raisons de ce déséquilibre. Il semble que ces raisons soient d'abord des raisons pratiques qui, sous couvert de maîtrise des risques de contrepartie, aboutissent à un avantage positionnel. Dans la théorie classique du contrat l'équilibre contractuel était le résultat de la négociation qui aboutissait à une convergence entre les désirs opposés des parties qui se traduisait par le consentement. En ce qui concerne plus particulièrement le prix c'était le marchandage qui permettait l'équilibre sur ce prix.

130. Avec en particulier la révolution industrielle, le déséquilibre économique entre les parties se traduit par une disproportion qui interdit la négociation. La jurisprudence a cherché à éviter un déséquilibre trop marqué dans les contrats d'adhésion en particulier par l'inopposabilité de clauses onéreuses, contraires aux obligations fondamentales, et en particulier des clauses de limitation ou d'exclusion de responsabilité. Le législateur a, dans le cadre du dirigisme, imposé des exigences de forme et de fond pour protéger l'équilibre dans ces contrats d'adhésion. Il a

¹⁷⁶ Sentence arbitrale n°2478 en 1974, JDI 1975, p. 925 et 926. La sentence reprend la formulation de la clause du contrat

¹⁷⁷ OPPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship », JDI 1974, p. 802, n°9.

ainsi réglementé de nombreux contrats, tels que le contrat d'assurance ou de transport. En ce qui concerne les prix une réglementation des prix s'est souvent traduite par des prix imposés.

131. Avec le retour à la liberté des prix et de la concurrence, les prix ne sont plus imposés, mais subsiste une réglementation des prix, avec des exigences d'affichage, de mise à la disposition des tarifs destinée à éviter les conditions discriminatoires. Inversement ceci ne fait pas renaître une totale possibilité de négociation, puisque celle-ci est limitée par les exigences tendant à l'égalité des conditions tarifaires. Le développement du droit de la consommation a cherché à substituer à la protection jurisprudentielle dans les contrats d'adhésion une protection du consommateur et du non professionnel contre le déséquilibre contractuel par les dispositions concernant les clauses abusives.

132. Il est possible de voir dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, une volonté inavouée d'introduire la lésion qualifiée en droit positif. Au moment de la formation du contrat, la jurisprudence veille à ce que l'une des parties n'abuse pas de sa puissance économique pour imposer un déséquilibre contractuel important (*laesio enormis*). Le souci réside alors dans un rééquilibrage du contrat ou bien par l'éradication de certaines clauses¹⁷⁸, ou bien par l'annulation d'un contrat économiquement non viable¹⁷⁹. L'idée de lésion s'applique également lors de l'exécution ou de la rupture de contrats mettant en relation des parties de puissances économiques manifestement disproportionnées, si le juge constatait des déséquilibres excessifs entre les prestations réciproques. Par exemple, en matière d'indétermination du prix, les arrêts de l'assemblée plénière envisagent explicitement la possibilité d'octroyer une indemnisation à la partie victime de prix excessifs, ce qui revient, sous une autre forme, à opérer une révision partielle du contrat pour cause de lésion. Le même raisonnement explique l'obligation de renégocier un contrat devenu déséquilibré ; l'imprévision n'est que la lésion appliquée au moment de l'exécution du contrat¹⁸⁰.

133. La protection des contractants en situation d'infériorité économique, passe par l'utilisation d'un fondement objectif permettant de sanctionner les abus de puissance économique. En effet, tout déséquilibre de puissance économique entre les parties n'est pas nécessairement condamnable ou fautif. De même, l'existence d'un déséquilibre contractuel n'est pas en soi le signe d'un abus de puissance économique. Ce n'est que si l'on est en présence d'un double déséquilibre économique, déséquilibre entre la puissance économique des contractants d'une part, et déséquilibre entre les droits et obligations contractuels d'autre part, qu'il y a un

¹⁷⁸ Cass. com., 22 oct. 1996 : D. 1997, p. 121, note SERIAUX A.; JCP G 1997, II, 22881, note COHEN R.

¹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996 : D. 1997, p. 500, note Reigné Ph.

¹⁸⁰ CHAZAL J-P., Conditions de la rupture abusive d'un contrat de concession exclusive, JCP G n° 21, 20 Mai 1998, II 10085

abus de puissance économique susceptible d'être sanctionné sur le fondement de l'article 1135 du Code civil¹⁸¹.

134. S'agissant de la rupture d'un contrat à durée indéterminée, ou du refus de renouveler un contrat à durée déterminée, le juge devra s'attacher à la durée du contrat et à l'importance des investissements consentis. La fixation d'une durée contractuelle insuffisante, ou excessive, doit être prise en compte dans l'appréciation du déséquilibre manifeste des droits et obligations réciproques sanctionnés au moment de la formation du contrat. Au moment de l'exécution et de la rupture, de deux choses l'une : ou bien le contrat a été exécuté depuis suffisamment longtemps pour que les investissements aient été amortis en totalité par le distributeur, et dans ce cas la résiliation est libre ; ou bien ces investissements ne sont pas encore amortis au jour de la résiliation par le concédant, et dans ce cas, celui-ci contrevient à son obligation de préserver l'équilibre contractuel¹⁸².

135. Selon Demogue, « il existe entre la théorie moderne de l'abus de droit et celle plus ancienne de la lésion un certain lien »¹⁸³. Mais force est de reconnaître la supériorité de la lésion, notion principalement objective, sur l'abus de droit, notion subjective, pour protéger les parties économiquement faibles¹⁸⁴. En effet, il est plus efficace d'apprécier les déséquilibres économiques que de sonder la volonté des personnes pour tenter de savoir si leur comportement a été dicté par une intention de nuire. Plus fondamentalement, la lésion se rattache à une conception sociale du droit, loin du subjectivisme moderne. L'abus de droit est, au contraire, le produit nécessaire de l'idéologie des droits subjectifs¹⁸⁵. Or, cette idéologie est destructrice du raisonnement juridique, car elle nie le processus dialectique de la création du droit. L'essentiel n'est pas de savoir si un contractant a le droit de résilier ou bien s'il abuse de ce droit ; « Le droit n'est pas affaire de titre mais de mesure entre deux ou plusieurs personnes »¹⁸⁶. L'essentiel est d'arbitrer le conflit entre des intérêts divergents et d'obtenir la solution équitable, juste. Dans cette conception, la lésion qualifiée puise sa source au fondement du droit, dont la finalité est la justice : la recherche d'une juste proportion dans les relations d'altérité. *Sit ergo in jure civili finis hic : legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*¹⁸⁷.

¹⁸¹ Cet article, que l'on doit à la plume de Domat (Lois civiles..., I, I, III, 1) inspirée par Gaius (D. 44, 7, 2, 5 : dans les contrats consensuels les parties sont obligées l'une envers l'autre à tout ce qu'exigent d'elles l'équité et le bien), et qui renvoie à l'équité (aequum : juste proportion), est d'une profondeur que n'atteint pas le superficiel et maladroît article 36.5, Ord. 31 déc. 1986.

¹⁸² V. par ex. CA Aix, 17 avr. 1987 : RTD civ. 1988, p. 115, obs. MESTRE J.

¹⁸³ DEMOGUE R., Traité des obligations en général, note (3), n° 438.

¹⁸⁴ CHAZAL J-P., Conditions de la rupture abusive d'un contrat de concession exclusive, JCP G n° 21, 20 Mai 1998, II 10085

¹⁸⁵ ATIAS C., Le droit de nuire : D. 1997, chron. p. 385, spéc. n° 8.

¹⁸⁶ SERIAUX A., Le droit naturel, coll. Que sais-je ?, p. 121.

¹⁸⁷ CICERON, De oratore, I, 188.

136. L'aspect moldave de l'équilibre. Conformément à l'art.725-726 du Code civil moldave, le contrat doit être interprété sur les principes de bonne foi et il s'interprète selon l'intention commune des parties, sans se limiter au sens littéraire des termes utilisés, en tenant compte de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation qui est donnée à celui-ci par les parties ou qui peut être déduit de leur comportement avant et après la conclusion du contrat, aussi même et des usages. Une de règles protectrices des consommateurs sur l'interprétation des clauses contractuelles est stipulée à l'art. 732 du Code civil moldave qui prévoit que les malentendus des conditions contractuelles standards s'interprètent dans la faveur de la partie qui les a formulé et en cas de doute, le contrat s'interprète dans la faveur de celui qui a contracté l'obligation et en défaveur de celui qui l'a stipulé, ainsi que dans tous les cas, le contrat s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur. Il faut mentionner que la loi de protection des consommateurs régleme aussi cette interprétation dans l'art. 4 consacré à l'institution de la clause abusive.

137. Ainsi, la quête d'équilibre est une exigence du droit de la consommation dans la mesure où ce dernier met en présence des parties en situation fondamentalement inégalitaire¹⁸⁸. Alors que le droit commun des contrats repose sur un postulat d'équilibre découlant d'une égalité entre les parties – abstraitement envisagée, le droit de la consommation a une approche pragmatique : il sait que le consommateur n'est pas en position de négocier le contenu contractuel, à la différence du professionnel qui dispose de tous les moyens pour l'établir à sa convenance.

138. Ainsi, le régime protecteur de l'équilibre contractuel est parfois déclenché lorsque cet équilibre n'existe pas, c'est-à-dire en l'absence d'une composition harmonieuse du contenu du contrat ou quand il a disparu, c'est-à-dire en cas de disparition de la position de relative stabilité de ce même contenu. Cette référence à l'existence du déséquilibre contractuel s'avère nécessaire. Une condition supplémentaire apparaît alors : le régime n'est mis en œuvre que si ce déséquilibre dépasse un certain seuil. Le moindre déséquilibre ne doit pas entraîner un effet, une sanction. L'importance du déséquilibre contractuel constitue alors une condition cumulative à l'existence du déséquilibre.

139. Conclusion. On le voit, l'équilibre contractuel est à la fois une notion cardinale du droit des contrats, et une notion dont les contours ne se laissent pas facilement dessiner. Il faut en effet distinguer entre l'équilibre subjectivement défini par les parties et l'équilibre qui apparaît objectivement utile et socialement juste. En outre, si l'intervention du législateur et du juge est désormais bien ancrée dans notre droit lorsqu'il s'agit de déséquilibres manifestés,

¹⁸⁸ PICOD Y. et DAVO H., Droit de la consommation, ed.Armand Colin, Toulouse 2005, p.137, 371p.

d'abus caractérisés, il faut tenir compte des limites inhérentes aux pouvoirs du juge, à la qualité des parties, et au légitime respect des prévisions contractuelles.

Chapitre II – Les limites du droit commun pour assurer l'équilibre contractuel

140. Le droit commun ayant ses propres règles pour rééquilibrer le contrat, l'intérêt de ce chapitre est de montrer si les règles de droit commun sont utilisables et dans quelle mesure elles le sont pour lutter contre les clauses abusives contractuelles des contrats de consommation. Après avoir examiné les techniques principales relatives à la formation du contrat (**Section 1**) les autres mécanismes contractuels seront pris en considération (**Section 2**). A cet effet, il importe d'examiner successivement, chacun de ces instruments pour lutter contre les déséquilibres contractuels manifestes, notamment à travers la présentation de la jurisprudence française en la matière.

Section 1 – Les techniques relatives à la formation du contrat

141. Le Code civil place le consentement au cœur même de la théorie du contrat, affirme avec justesse Gounot et Carbonnier¹⁸⁹. Souvent la qualification de clauses abusive est conçue dans le fil de cette idée et s'inscrit alors dans la continuité des principes classiques posés en 1804, cherchant seulement à les restaurer devant les atteintes que leur ont fait subir les mutations des modes de distribution. Dans cette optique, il s'agit de restaurer la qualité d'un consentement amoindri par la technique du contrat d'adhésion. En ce sens, J. Calais-Auloy écrit que « les lois tendant à éliminer les clauses abusives [...] sont généralement présentées comme portant atteinte aux principes du Code civil. Nous ne sommes pas sûr que ce jugement soit exact [...]. C'est au contraire la doctrine classique qui bafoue le principe de l'autonomie de la volonté, quand elle admet la force obligatoire des clauses que l'un des contractants ne lit et ne comprend presque jamais »¹⁹⁰.

142. En ce qui suit, nous proposons de rechercher si les principales techniques relatives aux vices de consentement (§ 1^{er}) ainsi que les théories de la lésion et de la cause du droit commun peuvent servir de remèdes contre les clauses abusives (§ 2nd).

§ 1^{er} – Éventuelle application des vices du consentement

143. Défini comme la volonté de chaque partie de conclure le contrat, le consentement est érigé à l'article 1108 du Code civil en condition essentielle à son existence. Seul le défaut de consentement empêche la formation du contrat, il est en effet une condition de son existence même. Cependant, le consentement n'oblige que si la volonté des contractants est saine, c'est à dire exempte de vices ; lorsque le consentement est vicié, le contrat n'est pas valable. La loi a ainsi entendu protéger celui dont le consentement a été altéré, en lui permettant de demander la nullité du contrat qu'il a conclu sous l'empire d'un vice du consentement. La volonté n'engageant que si elle est éclairée et libre, le Code civil en tire pour conséquence trois vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence.

144. Pour que le consommateur puisse donner un consentement éclairé, il est nécessaire qu'il soit convenablement informé sur le contrat qu'il se propose de conclure. Dans le contrat par négociation l'analyse classique distingue les problèmes d'existence du consentement, de ceux de son intégrité. Cette distinction est particulièrement ténue dans les contrats d'adhésion. Il est

¹⁸⁹ GOUNOT E., Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, thèse, Dijon, 1912, p.132 et s., CARBONNIER J., Sociologie de la vente, in « Flexible droit », 7eme éd., LGDJ, 1992, p.295 et s., : « La doctrine classique, nourrie d'une philosophie libérale, individualiste, spiritualiste, avait placé le centre de gravité des contrats dans le consentement », p.307.

¹⁹⁰ CALAIS-AULOY J., et TEMPLE H., Droit de la consommation 8e éd., Dalloz, 2010, coll. Précis, n°166

artificiel d'opposer l'absence de connaissance, empêchant le consentement de se former, et l'absence de connaissance de cause, viciant le consentement. La pression qui mène à l'adhésion a-t-elle pour conséquence l'inexistence ou le vice du consentement? En effet il s'agit toujours du même problème, celui de l'opposabilité de la stipulation en fonction de la conciliation entre la protection de l'adhérent – du consommateur et l'efficacité des affaires – le contrat de consommation.

145. Alors que, dans le contrat par négociation, l'analyse du consentement affecte généralement de façon globale le contrat, dans le contrat d'adhésion, comme la source de la clause abusive, l'analyse de la qualité de l'adhésion concernera souvent une clause particulière. Cette qualité peut être remise en question pour l'une de ces deux raisons : l'adhésion a été obtenue par tromperie ou elle a été forcée. Ainsi, l'adhésion contient toujours une part importante de confiance, confiance sinon ressentie du moins résignée. Celle-ci peut être trompée par le stipulant, innocemment ou intentionnellement. Afin de ne pas saper les fondements de l'adhésion en tant qu'instrument économique il est nécessaire de sanctionner cette tromperie¹⁹¹.

146. La théorie des vices du consentement est le moyen traditionnel de la protection du Code civil dont l'efficacité parfois incertaine a donné naissance à de nouveaux modes de défense. Ainsi, se pose la question de savoir dans quelles mesure la théorie de vices de consentements peut servir à remédier à des déséquilibres contractuels étant entendu que la sanction sera la nullité du contrat, ce qui peut n'être pas toujours la meilleure solution pour la victime du déséquilibre contractuel.

147. Le consommateur qui reçoit de son contractant un bien ou un service ne répondant pas à son attente légitime peut, à certaines conditions, demander la nullité du contrat pour vices du consentement. Trois vices, très proches l'un de l'autre, peuvent être invoqués en pareil cas : l'erreur (A), le dol (B) et la violence (C).

A) - L'erreur

148. Article 1110 du Code Civil énonce : « L'erreur n'est une cause de la nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a

¹⁹¹ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, n° 188, p.99, « Les tribunaux, dans le but de protéger le contractant qui a subi le contrat, interprètent très largement la notion de dol ou d'erreur, pour permettre d'annuler en matière commerciale, les contrats ainsi formés », 82^e Congrès des Notaires, La formation des contrats, L'Avant-Contrat, p. 68.

l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention».

149. L'erreur est une cause de nullité, d'après l'article 1110 du code civil, si elle porte sur la substance même de la chose. Pothier prenait pour exemple des chandeliers vendus comme chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne fussent que de cuivre argenté¹⁹². Ainsi, l'acheteur d'un véhicule d'occasion a pu faire annuler la vente parce qu'il avait cru que le véhicule pourrait être mis en circulation, ce qui n'était pas le cas, la préfecture ayant refusé de délivrer la carte grise¹⁹³. Un autre a obtenu le même résultat parce qu'il s'était trompé sur l'année de fabrication du véhicule¹⁹⁴. Il n'en demeure pas moins que la réussite de l'action est aléatoire, car le demandeur doit prouver qu'il s'est trompé sur une qualité de la chose et que cette qualité était déterminante¹⁹⁵.

150. Par extension, la jurisprudence a admis qu'elle pouvait porter sur la qualité de la chose qui ferait alors la qualité du contrat. L'erreur sur la qualité de la chose sera prise en considération à condition qu'elle ait été déterminante du consentement de la victime, c'est à dire que sans cette qualité, elle n'aurait pas contracté. On parle alors d'erreur sur les qualités substantielles¹⁹⁶. Ex : la valeur artistique : on souhaite qu'il s'agisse d'une œuvre authentique, la situation d'un appartement: si l'on souhaite qu'il soit au centre ville ou en banlieue. C'est l'aptitude à remplir l'usage auquel on l'avait destiné.

151. L'appréciation de l'erreur peut se faire de deux manières:

- *In abstracto* : les juges ne vont retenir que les qualités déterminantes aux yeux de l'opinion commune (aux yeux de tous) ;
- *In concreto* : les juges retiennent la qualité déterminante aux yeux de celui qui se prétend victime d'une erreur. Il y aura une détermination au cas par cas pour savoir si la qualité manquante a été déterminante pour le consentement.

152. L'absence de qualité de la chose pourra entraîner la nullité du contrat sur la chose alors même qu'elle serait sans effet sur la convention. Les juges ont adopté la solution de la détermination *in concreto* : un contractant peut se prévaloir d'une erreur sur une qualité substantielle de la chose dès lors qu'elle a été déterminante dans son consentement alors même qu'elle ne le serait pas aux yeux de tous.

¹⁹² POTHIER R.-S., Traité des obligations, I, n° 18.

¹⁹³ Civ., 28 juin 1988, D. 1989.S.229, obs. AUBERT J.-L.; D. 1989.J.450, note LAPOYADE- DESCHAMPS C.; RTD civ., 1990.100, obs. REMY C..

¹⁹⁴ Paris, 26 nov. 1993, D. 1994, somm. 208, obs. FORTIS F.

¹⁹⁵ Ainsi, l'acquéreur d'un poste de télévision n'a pas réussi à faire annuler la vente en invoquant une erreur sur l'origine de l'appareil (Civ. 1^{re}, 22 nov. 1977, RTD com., 1979.310, obs. HEMARD J.) ; ni l'acquéreur d'une voiture automobile en invoquant une erreur sur la puissance de la cylindrée (Civ. 1^{re}, 3 oct. 1979, D. 1980.J.28).

¹⁹⁶ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., op. cit., n° 223.

153. Lorsque la tromperie n'est pas intentionnelle ou qu'il est difficile d'apporter la preuve de ce caractère volontaire, la jurisprudence aura recours à l'erreur. L'erreur sur l'existence ou la signification des clauses est un problème qui relève de la détermination du domaine contractuel. Il s'agit ici d'une part de l'erreur *in negotio*, de l'erreur sur la nature du contrat. Comme on a montré les contrats d'adhésion sont généralement des documents complexes, de lecture difficile et de compréhension ardue¹⁹⁷. Le stipulant cherche plus à se protéger contre toute éventualité qu'à se faire comprendre. Parfois même il cherche à être aussi inintelligible que possible sans compromettre l'efficacité des clauses. Il n'est donc pas surprenant que l'adhérent puisse se tromper sur ses engagements ou ses droits. L'erreur de l'adhérent sera donc plus facilement considérée comme excusable¹⁹⁸ et l'on peut même se demander si cette théorie en fait n'est pas propre aux contrats d'adhésion. On s'aperçoit en effet que la jurisprudence citée à l'appui de cette théorie de l'erreur excusable concerne des contrats d'adhésion, répondant à la description que nous venons de donner des dangers qu'ils comportent¹⁹⁹.

154. Dans un arrêt du 15 juillet 1952²⁰⁰ la Cour de Lyon observe que « s'il n'apparaît pas que Coget été amené par des manœuvres ou des promesses fallacieuses à contracter avec la Société Française Mutuelle de Crédit, il n'en est pas moins certain qu'il n'a pas été exactement renseigné sur les conditions et la portée des engagements réciproques, et n'a pas été mis en mesure de le faire. La Cour fait ensuite état du texte remis à Coget et elle insiste sur sa rédaction en termes sibyllins qui rendent la compréhension impossible à première lecture, même pour un esprit averti. Elle ajoute que le prêteur savait manifestement qu'il se trouverait dans l'impossibilité de faire l'attribution promise « avant plusieurs années en dépit du paiement préalable par l'intéressé lui-même d'une importante fraction de la somme promise dont une partie sera, en toute hypothèse, retenue sous prétexte de frais de gestion ». Finalement la Cour annule le contrat pour cause d'erreur. Il est intéressant de noter l'introduction d'un devoir de renseignement dans le contrat d'adhésion lorsque ses termes sont trop complexes²⁰¹. On a même dit que l'obligation de renseignement deviendrait «le droit commun des contrats d'adhésion»²⁰².

¹⁹⁷ BERLIOZ G., op.cit., n° 189, p.99

¹⁹⁸ GHESTIN J., La notion d'erreur dans les contrats. thèse, Paris, 1963.

¹⁹⁹ BERLIOZ G., op.cit. n° 190

²⁰⁰ Lyon, 15 juillet 1952, D. 1952. J. 753.

²⁰¹ Cf. Aix, 15 février 1950, J.C.P. 1950, I, 548 ; Rennes, 26 oct. 1950, J.C.P. II, 5876. Pour un autre exemple d'erreur *in negotio* concernant un contrat d'adhésion également complexe, l'adhérent n'ayant pas réalisé le caractère mutualiste de la société d'assurance v. Req. 6 mars 1878, D. 1880. I. 525, LOUSSOUARN Y., L'erreur dans les contrats, Cours de Doctorat, 1968-69.

²⁰² FARJAT G., Droit économique (1971), p. 44. Cf. PEROT MOREL M.A., De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, 1961, p. 201 : « les tribunaux font notamment de fréquentes applications (de l'obligation de renseignement) dans les contrats d'adhésion où le risque de lésion est plus grand en fonction de la force inégale des parties ».

155. Parfois il y a une véritable tromperie mais le dol étant difficile à prouver la jurisprudence a recours à l'erreur. Ainsi dans un arrêt du 18 juillet 1956²⁰³ la Cour constate que « Giard, séduit par une publicité trompeuse, dissimulant aux emprunteurs éventuels la clause selon laquelle les prêts consentis étaient des prêts à terme différé, a contracté avec la société appelante un prêt de cette nature pour une somme de 1 500 000 F, alors qu'il croyait réaliser un emprunt de versement immédiat ». Elle ajoute, donnant un témoignage des pratiques courantes dans les contrats d'adhésion, que « le contrat type lui-même, imprimé sur six colonnes et rédigé en termes volontairement vagues et imprécis, démontre la volonté de la Compagnie Parisienne de dissimuler la véritable nature du contrat, que non seulement il y est pris soin de ne laisser à aucun moment apparaître la mention « terme différé », mais encore qu'il y est porté en tête les termes volontairement inexacts « ouverture de crédit à long terme », que l'article 13, qui est supposé déterminer la nature de la convention souscrite, met les souscripteurs peu avertis, auxquels s'adresse ordinairement ce genre de contrat, dans l'impossibilité d'apercevoir que pendant un délai qui pourra atteindre 100 mois, ils ne toucheront aucun capital ». La Cour de Cassation, au vu de ces observations, maintient l'arrêt de Caen qui avait annulé le contrat pour erreur²⁰⁴.

156. La jurisprudence impose donc bien au stipulant une obligation de bonne foi. Lorsque le contrat d'adhésion est complexe et difficile à lire l'adhérent, qui n'a en général, ni le temps ni les connaissances nécessaires pour les lire, doit pouvoir se fier à la bonne foi du stipulant et à ses affirmations. Non seulement celui-ci doit ne pas induire l'adhérent en erreur mais il doit même lui fournir des explications suffisantes. C'est ce que décide aussi la Cour de Rennes. Le Tribunal de Vitré, dans un jugement du 23 décembre 1949²⁰⁵, avait tenu pour inexcusable l'erreur du souscripteur d'un contrat de crédit différé en observant que celui « qui n'a pas lu les clauses du contrat ou qui n'a pas compris le mécanisme du prêt est mal venu à exciper de l'erreur due à son ignorance ou à sa négligence ». La Cour de Rennes a réformé cette décision²⁰⁶. Notant le caractère sibyllin de la convention, elle a tenu compte de ce que le souscripteur, simple cultivateur, était contraint, en raison de la complexité du contrat proposé, de se fier entièrement à la bonne foi de son cocontractant²⁰⁷.

²⁰³ Civ. Com. 18 juillet 1958, Bull. Civ. 1956, III, n. 220, p. 189.

²⁰⁴ Cass. Com. 18 juillet 1956, Bull. Civ. I, 1956, n. 220, p. 189, sur les contrats de crédit différé, cf. Encycl. Dalloz, Sociétés, V° Sociétés Capitalisation, par C. Gavalda. Sur les attaques multiples menées contre les abus dans ces contrats v. notamment Trib. Comm. Seine, 13 mai 1953, Gaz. Pal. 1953. 2. 99 ; Paris, 22 déc. 1953, Gaz. Pal. 1953. 1. 316 avec les notes et les références, et les décisions citées, Gaz. Pal. T. Q. 1946-1950, V° Prêt, n. 5 à 14.

²⁰⁵ Trib. Civ. Vitré, 23 déc. 1949, Gaz. Pal. 1951. 1. 27. Cf. pour une attitude similaire mais concernant le problème de la connaissance dans le cas des illettrés. Civ. 25 juill. 1898, S. 99. 1. 74.

²⁰⁶ Rennes, 26 oct. 1950, Gaz. Pal. 1951. 1. 27.

²⁰⁷ BERLIOZ G., op.cit.

157. D'autre part le juge cherche à faire respecter cette confiance par le biais de l'erreur sur la substance, grâce à laquelle il exerce un contrôle sur la valeur économique des prestations²⁰⁸. Il sanctionne la non-exécution des prestations annoncées. Le non-respect des indications techniques fournies par le vendeur sera considéré comme une tromperie. Ainsi pour la description des qualités techniques d'un véhicule automobile l'adhérent est bien obligé de se fier à celle qui est contenue dans les fiches techniques utilisées comme document publicitaire et qu'il ne peut vérifier a priori²⁰⁹.

158. L'excès de consommation en essence par rapport à celle annoncée, lorsqu'elle dépasse la tolérance admise en la matière, constitue une erreur sur la substance si la consommation véritable a été minorée dans le but de trouver plus aisément des acquéreurs dont le consentement s'est trouvé ainsi vicié. L'acquéreur peut demander des dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause la tromperie²¹⁰. Il y a d'ailleurs une affinité que l'on retrouve souvent entre l'erreur sur la substance et la garantie des vices dans la vente, le vendeur étant, en raison de sa qualité professionnelle, parfaitement édifié sur les qualités de la marchandise qu'il vend²¹¹.

159. Cette jurisprudence, en assurant le respect des engagements pris si leur technicité fait que le consommateur est obligé de se fier aux affirmations du stipulant, est un élément essentiel dans l'instauration d'un climat de confiance. Inversement il ne s'agit pas d'encourager l'adhérent à une passivité totale. Lorsqu'il est à même de vérifier l'étendue des obligations assumées par le stipulant. L'adhérent ne saurait tirer partie du caractère d'adhésion du contrat pour excuser son apathie et sa négligence dans la gestion de ses intérêts²¹². Lorsque le contrat n'est pas complexe ou technique le contrat d'adhésion apparaît sous un jour d'instrument économique légitime et les clauses raisonnables sont toutes opposables à l'adhérent. Il est alors l'instrument de délimitation par le stipulant d'une décision récente de la Cour de Cassation : « les juges d'appel, en retenant que si le contrat intervenu entre les parties résultait de l'adhésion du père de la victime à l'offre contenue dans le prospectus de l'association, la seule mention d'une assurance figurait dans ce dernier sous la forme « assurance contre les accidents », considèrent souverainement et par une interprétation rendue nécessaire par l'imprécision de cette expression que celle-ci ne permettait pas de se plaindre de l'insuffisance de l'assurance contractée par l'association, ajoutant que si les

²⁰⁸ OPPETIT B., Le rôle du juge civil en présence des problèmes économiques, Rapport aux « Journées » de 1970 de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.

²⁰⁹ BERLIOZ G., op.cit. , n° 191

²¹⁰ Paris, 11 juin 1970, Gaz. Pal., 13 mars 1971, p. 7

²¹¹ Cass. Civ. 1^{re}, 27 avril 1953, D. 1953. 440 ; Lyon, 5 mai 1952, D. 1952. 478 : Rép. Civ. V» Erreur, par BOULANGER J., n°13 et s., 18,

²¹² BERLIOZ G., op.cit., n° 192

parties souhaitent bénéficier d'une assurance illimitée, il leur appartenait de se renseigner sur la nature et la portée de celle promise au prospectus»²¹³.

B) - Le dol

160. Sans remonter à l'Antiquité et notamment à Cicéron, les auteurs dès le XIX^e avaient dégagé la notion de dol négatif, donc de réticence dolosive²¹⁴. Lorsque la tromperie sera évidente l'adhérent pourra invoquer non seulement l'erreur mais le dol. La jurisprudence ancienne admettait assez largement le *dolus bonus* et considérait que « les recommandations ou vanteries habituelles au moyen desquelles le vendeur cherche à vendre sa marchandise en exaltant le mérite et la valeur, ne constituent pas des manœuvres dolosives de nature à faire annuler le contrat de vente»²¹⁵. Elle appliquait un certain « *caveat emptor* » : « l'acheteur sait qu'il doit se tenir en garde contre les prospectus, les annonces et les exagérations de valeur émanées du vendeur, et qu'il doit chercher ailleurs et dans un examen personnel de l'objet vendu les motifs déterminants de son achat»²¹⁶.

161. Le dol permet d'annuler le contrat, en vertu de l'article 1116 du Code civil, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Cette cause de nullité recoupe en grande partie la précédente : le dol est une erreur provoquée²¹⁷. Les preuves à faire sont, dès lors, aussi difficiles. Il est vrai que la jurisprudence admet que le dol peut résulter d'une simple réticence, spécialement dans le cas où un professionnel omet volontairement de renseigner un non-professionnel sur des éléments déterminants²¹⁸. Mais cela ne dispense pas le consommateur de prouver que la tromperie a été intentionnelle et qu'elle a déterminé son consentement²¹⁹.

162. Une évolution s'est fait jour. La jurisprudence considère que le dol est plus facilement présumé dans les contrats d'adhésion²²⁰. Elle impose au stipulant un devoir de renseignement afin d'assurer la confiance nécessaire aux transactions. Ainsi, lorsqu'un garagiste

²¹³ Cass. Civ. 19 nov. 1963, Bull. Cass. 1963. 1. 422

²¹⁴ Par exemple TOULLIER M., Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, t. 6, 3^e éd., 1821, p. 90 ; M.-D. et A. Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de droit et de jurisprudence, t. 33, 1860, n° 203.

²¹⁵ BERLIOZ G., op.cit., Riom, 12 mai 1888, S. 85. 2. 13.

²¹⁶ BERLIOZ G., op.cit., Paris, 29 janv. 1861, précité.

²¹⁷ Le dol permet cependant d'annuler le contrat dans des cas où l'erreur, faute de porter sur une qualité substantielle, ne le permettrait pas.

²¹⁸ Com., 20 avr. 1982, CP, 1982, éd. E., 1.10780; Civ., 19 juin 1985 JCP, 1985, éd. E., 1.14834. V. MESTRE J., obs. à la RTD civ. 1988.336. Cette jurisprudence peut être analysée comme mettant à la charge des professionnels une obligation précontractuelle de renseignement (v. supra, n° 52)

²¹⁹ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., op. cit., n° 223.

²²⁰ BERLIOZ G., op.cit., Req. 30 avril 1902, D. P. 1902, I. 258. S. 1906. I. 307 ; 20 nov. 1905, S. 1906. I. 124 ; cf. BEUDANT C., Droit Civil, t. VIII, p. 39. Pour une clause attributive de juridiction stipulée abusivement dans un contrat d'assurance, v. Cass. Reg. 30 avril 1902, précité.

avait sur le récépissé de déclaration omis d'indiquer la date de sortie du véhicule, il a été considéré qu'il y avait dol par réticence²²¹.

163. Il faut noter que cette décision est d'autant plus rigoureuse que le numéro de sortie du véhicule était indiqué, et qu'il aurait donc été possible à l'acheteur de reconstituer la date de sortie. La Cour n'a donc pas voulu lui imposer un devoir de vérification de la concordance des informations données. Si l'adhérent doit pouvoir avoir confiance en ce sens qu'il doit pouvoir penser que le stipulant n'extorque pas son consentement par la tromperie, il doit aussi pouvoir se sentir à l'abri, relatif, des pressions qui ont d'abord caractérisé le contrat d'adhésion.

164. C'est l'erreur que va provoquer le dol qui vicie le consentement. Au sens strict, le dol est la faute commise par un contractant qui provoque l'erreur de l'autre. Le dol est un délit civil. Comme tout délit, le dol suppose la réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel. Cette double exigence est facilement remplie s'agissant des manœuvres de l'article 1116 du Code Civil. Dans le mot manœuvre on retrouve l'élément matériel : un agissement positif ; un élément intentionnel : les manœuvres ont pour but de tromper le cocontractant. Cependant, la notion de manœuvre est trop restrictive, de ce fait le juge l'a étendue au mensonge.

165. Dans les deux cas, il s'agit d'une faute. Question : Dans le dol peut-on entendre une faute par omission, c'est à dire un silence en vue de tromper l'autre : une réticence ? Le juge l'a admis : le dol peut résulter du silence de l'une des parties quand celle-ci avait l'obligation de renseigner son cocontractant et qu'elle ne l'a pas fait, encore faut-il qu'il y ait eu (conformément aux éléments constitutifs du dol) volonté de tromper le cocontractant.

166. L'élément matériel de la réticence dolosive c'est l'inexécution d'une obligation d'information. Dans certains cas, l'obligation d'information résulte de la loi : l'article L 111-1 et L 111-2 du Code de la Consommation impose au vendeur de bien et de service une obligation générale d'information²²². Mais en dehors de toute obligation légale, la jurisprudence impose une obligation d'information à toute partie qui connaît un fait qu'elle sait déterminant de l'autre partie alors que cette dernière éprouve des difficultés à en prendre connaissance. Le domaine de l'obligation de renseignement. En pratique dans tous les contrats qui opposent des professionnels à des consommateurs.

167. Dans un rapport de droit, chaque contractant peut posséder cette connaissance. Les qualités de débiteur et de créancier de l'obligation d'information sont interchangeables et peuvent varier selon les circonstances. Sur ce point, un arrêt de la Cour de Cassation a semé le doute en affirmant « aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur ». Exemple : arrêt

²²¹ Paris, 13 nov. 1962, D. 1963. 1. 247.

²²² Réforme du 23 juillet 2010

de la 1ère Chambre Civile du 3 mai 2000²²³. Une personne avait acheté des photos de Baldus à un prix dérisoire alors même qu'elle en connaissait la valeur réelle et qu'elle n'en a rien dit au vendeur. Le vendeur a demandé l'annulation du contrat pour réticence dolosive. Cet arrêt n'a pas eu la portée qu'on pourrait lui donner. Certains auteurs ont estimé que la dispense d'information ne vaut que pour l'obligation d'information sur la valeur réelle du bien mais qu'elle ne vaut pas s'agissant des qualités substantielles du bien. En ce sens, la décision ultérieure de la Cour de Cassation où le dol de l'acquéreur d'un terrain destiné à être exploité comme carrière a été admis dès lors que l'acquéreur avait connaissance de la richesse du terrain et qu'il avait maintenu le vendeur dans la méconnaissance de cette qualité²²⁴.

168. La dispense dont bénéficie tout acheteur suppose que l'acheteur se soit contenté de profiter de l'ignorance du vendeur sur ce point alors même que l'information sur la valeur réelle de la chose paraît facilement accessible. *A contrario*, l'obligation d'information reste due s'il s'avère que l'acquéreur a exploité une information qu'il est le seul à connaître pour provoquer l'erreur d'une autre partie.

169. La preuve de l'obligation de renseignement. Question : Est-ce au créancier ou au débiteur de prouver que l'information n'a pas été donnée ou a été donnée ? En principe, c'est au créancier de l'information de prouver que son cocontractant ne lui a pas fourni les renseignements. Arrêt du 15 mai 2002 de la 1ère Chambre Civile de la Cour de Cassation : revirement de jurisprudence : c'est au vendeur professionnel tenu d'une obligation de renseignement de prouver qu'il a exécuté son obligation²²⁵. La Cour de Cassation est sortie du domaine médical. On peut penser toutefois que cette décision sera limitée. Dès qu'on sort de l'opposition vendeur / acheteur, la preuve reste à la charge de la victime.

170. L'élément intentionnel de la réticence. Pour prouver que le silence a été intentionnel, la victime doit prouver que son cocontractant connaissait la qualité déterminante de son consentement et qu'elle savait qu'elle était manquante.- En pratique, c'est une preuve difficile à supporter. La jurisprudence fait jouer des présomptions en faveur de la victime quand le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur. Les juges présument que les professionnels sont de mauvaise foi et avaient connaissance de la qualité déterminante aux yeux de l'acheteur et qu'elle était manquante.

171. Selon l'arrêt du 19 janvier 1977 la Cour de cassation a admis la réticence dolosive d'un garagiste en insistant sur le fait (que le kilométrage était une qualité substantielle de l'acheteur) que le garagiste ne pouvait ignorer que le compteur était très inférieur à la distance

²²³ JCP 2001 deuxième partie page 2010

²²⁴ Arrêt du 15 novembre 2000 de la 3ème Chambre Civile de la Cour de Cassation.

²²⁵ JCP édition générale 2002 Première partie n°184

parcouru par la voiture. La Cour de Cassation fait jouer une présomption à l'encontre du professionnel.

172. Ce n'est pas le dol qui doit être déterminant, mais on exige qu'il ait provoqué une erreur qui ait été déterminante du consentement²²⁶. Cette condition s'impose dans la mesure où ce n'est pas le dol qui vicie le consentement mais l'erreur. Si on restait là, le dol ne présenterait aucun intérêt par rapport à l'erreur. C'est pourquoi sur le fondement du dol, les juges prennent en considération des erreurs non prises en compte par l'article 1110 du Code Civil, parce qu'elle est jugée insuffisante. L'erreur pourra très bien être une erreur sur la valeur.

173. De même, la jurisprudence considère qu'une « réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée ». Arrêt de principe du 21 février 2002 de la 3ème Chambre Civile de la Cour de Cassation. La victime avait l'obligation de se renseigner, mais elle ne l'a pas fait. L'erreur est inexcusable mais la réticence dolosive du vendeur est plus grave. C'est l'aspect délictuel du dol qui prime ici. Si le contrat a été annulé, ce n'est pas tant que le consentement était vicié mais parce que l'autre partie avait commis une faute. Critiques d'auteurs²²⁷: la notion de réticence dolosive et d'erreur inexcusable sont antinomiques, elles ne peuvent pas exister ensemble.

174. Quoi qu'il en soit, le dol doit avoir provoqué une erreur déterminante du consentement. A côté du dol dit principal parce qu'il vicie le consentement, il existe des hypothèses de dol que l'on dit incident en ce sens que la victime de ce dol aurait tout de même contracté mais à des conditions différentes, le plus souvent elle aurait contracté à un prix moindre. En cas de dol incident, la jurisprudence majoritaire estime que la victime ne peut demander que des dommages et intérêts.

C) - La violence

175. En droit civil, la violence est une hypothèse de vice du consentement. Elle est admise dans certaines limites par les tribunaux. Elle est maintenant considérée par certains juristes comme une nouvelle forme du « vice traditionnel de la violence »²²⁸. En France, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 avril 2002, et sur le fondement de l'article 1112 du Code civil, a ainsi jugé que « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ».

²²⁶ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., op. cit., n° 223.

²²⁷ Dalloz 2003 Chronique 2023

²²⁸ HUIGENS A. ; La violence économique; Mémoire de DEA, sous la direction du P^r Christophe Jamin, école doctorale de l'Université de Lille II

176. Ainsi, la violence est visée par les articles 1111 et suivants du Code Civil. Il s'agit d'une faute qui provoque une crainte chez le cocontractant. C'est cette crainte qui vicie le consentement. La violence, c'est quand une personne contracte sous la menace d'un mal, menace qui fait naître chez elle un élément de crainte.

177. Les conditions de la nullité relative aux menaces sont :

1. L'objet des menaces. Elles peuvent être d'ordre physique, moral ou pécuniaire. Elles peuvent viser aussi bien le cocontractant que ses proches : article 1113 du Code Civil : « La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, ses descendants ou ascendants. » Cet article vise les conjoints, les descendants et ascendants, mais la jurisprudence admet l'annulation quand la menace pèse sur toute personne liée au contractant.

2. L'origine des menaces. Contrairement à la règle de l'article 1116 du Code Civil, les menaces peuvent provenir du contractant et d'un tiers. Cette différence avec le dol se justifie d'un point de vue social car le trouble causé par une violence est plus grave. La victime d'une menace ne dispose que de l'article 1111 du Code Civil : « La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite » pour obtenir l'annulation. La victime ne peut pas, contrairement à celle d'un dol, se retourner sur une autre action.

178. Dans les deux cas, les menaces émanent en principe d'un individu. Que va-t-il se passer ? Quand la menace découle uniquement de l'état de nécessité dans lequel se trouve l'un des contractants : que se passe-t-il quand un individu plutôt que de menacer directement le cocontractant se contente de profiter de la situation de ce dernier pour le forcer à contracter ? Jusqu'à peu, la position de la Cour de Cassation était variable : elle avait parfois accordé l'annulation quand le cocontractant avait profité de la situation pour conclure le contrat mais surtout pour stipuler des conditions abusives. Selon l'arrêt de la Chambre sociale de 1965, la nullité d'un contrat de travail était très avantageuse pour l'employeur en raison du fait qu'il avait profité du fait que le salarié avait un besoin urgent d'argent pour soigner de son enfant malade. La Cour de Cassation a refusé d'annuler un contrat contenant des clauses réduisant les droits d'un concessionnaire automobile alors même que la domination économique avait été avérée, au motif que la violence n'était pas illégitime (la réduction des droits n'était pas abusive)²²⁹. Des décisions en la matière étaient rares. En matière maritime, une loi de 1916 remplacée par une loi 1967, a prévu que le contrat d'assistance maritime peut être annulé si les conditions n'étaient pas équitables. Par la décision du 30 mai 2000 1ère Chambre Civile dans

²²⁹ Chambre Commerciale du 20 mai 1980 qui casse un arrêt de 1977, Dalloz 1978 page 686

un contrat de transaction, la Cour de Cassation a admis que la violence « peut comprendre des contraintes économiques ». Elle semble consacrer l'idée selon laquelle la violence peut résider dans le fait de profiter de circonstances favorables.

179. Toutefois, la violence, assimilée à la contrainte économique, ne va entraîner l'annulation qu'à deux conditions : Il faut que la victime ait été contrainte de conclure le contrat pour échapper à un mal considérable, il faut que la contrainte soit grave. Il faut que la contrainte économique ait été illégitime : le cocontractant a profité de certaines circonstances pour conclure un contrat profondément déséquilibré²³⁰.

3. L'illégitimité des menaces. Il faut que les menaces présentent un caractère injuste. Les violences physiques sont toujours illégitimes. En revanche les violences morales peuvent être licites dans deux cas :

a. La légitimité des menaces qui résultent de l'exercice de l'autorité parentale : crainte révérencielle. Article 1114 du Code Civil : « La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat. ». Quand un enfant contracte sous la contrainte révérencielle de ses parents, le contrat ne peut pas être annulé car la crainte trouve son origine dans une autorité morale légitime.

b. La légitimité de la menace d'exercer une voie de droit. Selon la jurisprudence, la menace d'exercer une action en justice pour obliger quelqu'un à contracter est tout à fait licite. Encore faut-il qu'il ne soit pas fait un usage abusif de cette menace. Cette menace est abusive dans deux cas :

- Quand elle est sans relation directe avec le contrat: une femme a pu demander l'annulation d'une reconnaissance de dette conclue avec son mari qui l'avait menacé de poursuite judiciaire après l'avoir surpris commettant un adultère. Au contraire, on peut considérer qu'il y a un rapport direct entre l'engagement pris par contrat de vendre ses biens et menacer son créancier d'intenter une action en justice contre lui.

- Quand la menace vise à obtenir un avantage excessif.

180. Les conditions de la nullité relative à la crainte.

1. La crainte doit exister au moment de la conclusion du contrat. Article 1112 du Code Civil : « Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Cet article est mal rédigé : il exige que le mal dont est menacé le cocontractant soit

²³⁰Arrêt du 3 avril 2002 de la 1ère Chambre Civile de la Cour de Cassation, Dalloz 2002 page 1860

présent or le mal dont le cocontractant est menacé est nécessairement futur puisqu'il ne se réalisera seulement si on refuse de contracter. C'est la crainte qui doit être présente.

2. La crainte doit être grave. Article 1112 du Code Civil : « Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». La crainte sous l'empire de laquelle on a conclu le contrat doit être assez grave : si elle a été déterminante. Cette gravité peut être appréciée de deux façons :

- *In abstracto* : par rapport à n'importe quel contractant.

- *In concreto* : par rapport à la personne concernée.

181. Les problèmes spécifiques posés par l'application de la notion de violence sont les possibilités qui ont été suggérées d'étendre cette catégorie de vice du consentement aux types de pressions subies par les adhérents dans les cas de contrat d'adhésion. « Les moyens comminatoires que la partie dominante met en réserve entrent dans l'économie du contrat d'adhésion, au même titre que le couteau sous la table fait partie du jeu»²³¹. Dans le cas du mécénat artistique la violence est considérée comme viciant le consentement. Aussi peut-on affirmer que « dans les contrats où l'une des parties dispose d'une force morale économique à laquelle l'autre ne peut se soumettre par son adhésion, l'atteinte portée à la liberté de la partie faible peut, si elle est grave, compromettre la validité du contrat »²³².

182. On a toutefois reproché à ce contrôle de la qualité de l'adhésion, qui s'exprimait dans les termes classiques de l'analyse contractuelle, de «manipuler les règles de formation»²³³. La protection de l'adhérent contre les clauses abusives imposées par « l'inégalité grossière de négociation à propos de cette clause »²³⁴ peut être aussi assurée par un contrôle de la stipulation. En effet, en raison de la simple convergence des intérêts qui ne résulte pas en une fusion des volontés, il est possible de rechercher les solutions aux problèmes posés par le contrat d'adhésion soit au niveau de l'adhésion, ce qui vient d'être l'objet de cette première partie, soit au niveau de la stipulation, ce qui sera l'objet de cette deuxième partie²³⁵.

183. Conclusion sur les trois vices de consentement dans la lutte contre les clauses abusives. Un contrat est nul quand l'un des contractants n'a pas consenti ou a donné un consentement vicié. Ce principe trouve parfois à s'appliquer aux contrats comportant des

²³¹ Obs. Cornu, à propos des clauses pénales dans les contrats de leasing, R.T.D.C. 1971. 168.

²³² Civ. 3 décembre 1968, D. 1969. 73. concl. LINDON, J.C.P. 1969, II, 15 956, n. SAVATIER R.

²³³ Henningsen, Bloomfield Motors Inc., 32 N. J. 358, 404, 16 A. 2 d 69, 95, 1960.

²³⁴ American Law Institute, Uniform Commercial Code, 1962, Official Text with Comment, p. 69.

²³⁵ BERLIOZ G., op.cit., n° 205

conditions générales. Il n'est pas écarté par l'existence d'un dispositif spécial de protection²³⁶. Mais il est d'application peu fréquente.

184. Le consentement fait totalement défaut lorsque les conditions générales sont si obscures ou si complexes que le consommateur n'a pas compris la nature du contrat qu'il a conclu. Ce n'est pas tout à fait une hypothèse d'école : un contrat de crédit différé, par exemple, a été annulé parce que le signataire l'avait confondu avec un prêt à long terme²³⁷. Le consentement du consommateur peut être vicié par une erreur, un dol ou une violence. L'erreur est une cause de nullité si elle tombe sur une qualité substantielle de la chose (art. 1110 Code civil). Il peut arriver que l'erreur sur une qualité substantielle soit provoquée par une rédaction obscure ou ambiguë des conditions générales²³⁸.

185. Le dol permet d'annuler le contrat dès lors que les manœuvres pratiquées par l'une des parties ont déterminé le consentement de l'autre (art. 1116 Code civil). Le dol permet d'annuler le contrat non seulement si un contractant a trompé l'autre sur les qualités de la chose, mais encore sur l'équilibre des prestations, sur les motifs de contracter ou sur tout autre élément déterminant. Il n'est pas impossible que le dol résulte de la rédaction trompeuse des conditions générales ou du fait que celles-ci n'ont pas été communiquées au consommateur. Conformément à l'art. 1304 du Code civil, la personne qui a été victime d'une erreur ou d'un dol a cinq ans pour agir en justice, à compter du jour où elle les a découverts.

186. La violence exercée contre l'une des parties pour la contraindre à s'engager est, elle aussi, une cause de nullité du contrat (art. 1111 et s. Code civil). La violence suppose, d'après le code civil, que le contrat ait été conclu sous la menace d'un mal considérable et présent. Ce n'est évidemment pas cette violence brutale que subissent les consommateurs. Ils peuvent cependant être victimes d'une violence plus subtile : d'un abus de puissance économique, se manifestant par la rédaction déséquilibrée des conditions générales. Malgré quelques décisions de juges novateurs²³⁹, ces abus ne sont généralement pas considérés comme un vice du consentement.

187. Bien rares, cependant, sont les contractants qui invoquent l'erreur, le dol²⁴⁰ ou la violence pour un déséquilibre contractuel. Ainsi nous soutenons que la théorie des vices du

²³⁶ Ainsi, les règles spéciales concernant le démarchage n'interdisent pas d'invoquer un vice du consentement (Versailles, 8 juill. 1994, RTD civ. 1995.97, obs. MESTRE J.; Versailles, 15 sept. 1995, RTD civ. 1996.147, obs. MESTRE J.)

²³⁷ Corn., 18 juill. 1956 (Bull. civ. III, n° 220).

²³⁸ Par exemple, erreur sur la durée de la garantie (Civ. 1^{re}, 17 mars 1987, D. 1987.IR.80)

²³⁹ Civ., 30 mai 2000 (D. 2001.somm.1140, obs. MAZEAUD D.; RTD civ. 2000.827, obs. MESTRE J. et FAGES B.; 863, obs. GAUTIER P.-Y.). NOURRISSAT C. « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien? », D. aff. 2000.chron.369

²⁴⁰ Parmi les meubles corporels, ce sont surtout les objets d'art et les antiquités qui donnent lieu à des actions en nullité pour erreur ou dol (ex. : Civ., 27 févr. 1980, JCP, 1980, éd. CI. 1.8700). V. obs. MESTRE J. à la RTD civ. 1997.113.

consentement dans le droit de la consommation n'est pas un remède adapté aux déséquilibres contractuels, et ce, pour plusieurs raisons :

- premier obstacle, les difficultés de preuve qui viennent d'être signalées;
- deuxième obstacle, la nécessité d'agir en justice; le coût et la lenteur du procès sont, pour les affaires de consommation courante, hors de proportion avec l'intérêt en jeu ;
- troisième obstacle, l'inadaptation de la sanction aux besoins des consommateurs; la nullité du contrat ne le satisfait pas, car ce qu'il désire premièrement, c'est obtenir une chose ou un service qui réponde à son attente et à ses besoins²⁴¹. Il faut noter qu'enfin le consommateur désire généralement la suppression d'une clause ou quelques clauses abusives seulement et non l'anéantissement du contrat tout entier.

188. Par la théorie de vices de consentement, le Code civil ne se préoccupe pas du consommateur. Du moment que les contractants ont donné leur consentement, ils sont engagés, quel que soit le déséquilibre engendré par le contrat. « Qui dit contractuel, dit juste ». La conception du code civil, parfaitement adaptée aux situations dans lesquelles les contractants sont d'égale puissance économique, entraîne de graves injustices dès lors qu'un contractant est en position de force.

189. Alors que le droit commun ne s'intéresse aux vices de consentement qu'après la formation du contrat, le droit de la consommation entend lui prévenir ces vices en donnant au consommateur, grâce aux techniques de l'ordre public de protection, les moyens de s'informer et de réfléchir avant et au moment de la conclusion du contrat²⁴². A cette fin, le législateur consumériste français a créé des mesures spécifiques de protection du consentement, telles que l'obligation d'informer, le délai de réflexion et le droit de repentir ou encore les mentions informatives obligatoires dans les contrats qui logiquement devraient se suffire à elles-mêmes pour garantir l'intégrité du consentement²⁴³. Pourtant, la jurisprudence admet que cet ordre public de protection du consentement du consommateur²⁴⁴ ne s'oppose pas en principe à la démonstration d'un vice de consentement et à une demande d'annulation du contrat au motif que le droit commun a vocation à s'appliquer chaque fois que la nullité du contrat n'apparaît pas incompatible avec les dispositions spécifiques du code de la consommation.

190. En revanche, la nullité du contrat pour vice de consentement semble plus difficilement conciliable avec les règles imposant un formalisme de protection se traduisant par

²⁴¹ Il est vrai que le consommateur, au lieu de demander la nullité du contrat, peut réclamer les dommages et intérêts à l'auteur du dol (GHESTIN J., La formation du contrat, LGDJ 1993, n^o 574 et s.). Mais cette possibilité, mal connue, est peu utilisée.

²⁴² TERRE PH., SIMLER P. et LEQUETTE Y., Droit civil. Les obligations, op. cit., n^o 196 et s. ; GHESTIN J., Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Formation, op. cit., n^o 355 et s.).

²⁴³ TERRE PH., SIMLER P. et LEQUETTE Y., Droit civil. Les obligations, op. cit., n^o 137 et 254

²⁴⁴ GHESTIN J., Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat Formation, op. cit., n^o 125 et s. et n^o 356 et s.

l'exigence d'un écrit²⁴⁵ ou de mentions informatives obligatoires dans les contrats. En cas de non respect de ce formalisme informatif, le code de la consommation prévoit cette fois des sanctions particulières²⁴⁶. Ainsi, en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier, l'absence de mentions informatives obligatoires dans le contrat de crédit expose le prêteur à la déchéance du droit aux intérêts²⁴⁷.

191. Malgré l'opinion de la doctrine pour qui cette sanction particulière a pour conséquence d'écarter la nullité du contrat²⁴⁸, la Cour de cassation a jugé qu'une offre de crédit immobilier ne satisfaisant pas aux exigences légales quant aux mentions relatives à l'échéancier d'amortissement²⁴⁹ devait être sanctionnée, non seulement par la déchéance du droit aux intérêts, mais aussi par la nullité du contrat de prêt, non pour vice du consentement mais pour inobservation des règles de protection d'ordre public²⁵⁰.

192. Selon cette jurisprudence, le consommateur peut cumuler les moyens de défense de droit commun avec les sanctions spécifiques du code de la consommation²⁵¹. Cette même jurisprudence, qui a d'ailleurs ses limites²⁵², a provoqué la réaction du législateur qui a validé rétroactivement les contrats de crédit antérieurs dont le tableau d'amortissement ne comportait pas les mentions exigées par la Cour de cassation et a imposé ces mêmes mentions aux contrats futurs²⁵³.

²⁴⁵ Sur le caractère solennel ou non de cet écrit, MALAURIE Ph. et AYNES L., *Droit civil. Les obligations*, 7^e éd., 1997, Cujas, n° 444 ; TERRE PH., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 137 ; GHESTIN J., *Traité de droit civil. Les obligations*, Le Contrat Formation, op. cit., n° 125

²⁴⁶ Sur ces sanctions, TERRE PH., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 137 ; MALAURIE Ph. et AYNES L., *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 387 ; CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, op. cit., n° 55

²⁴⁷ art. L. 311-33 du Code de la consommation pour le crédit mobilier, art. L. 312-33 du Code de la consommation pour le crédit immobilier

²⁴⁸ AYNES L., *Formalisme et prévention*, in *Le droit du crédit à la consommation*, Litec, 1981, p. 63 et s., n° 48 ; MALAURIE Ph. et AYNES L., *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 1992, Cujas, n° 97

²⁴⁹ art. L. 312-8 du Code de la consommation

²⁵⁰ Cass. civ., 1^{re}, 20 juill. 1994, Bangui, 1995, p. 91, n° 555, note QUILLOT ; D. 1995. Somm. 314, obs. PIZZIO J.-P., Defrénois, 1995, p. 350, art. 36024, note MAZEAUD D.

²⁵¹ A noter cependant que la Cour de cassation n'a pas admis en matière de surendettement que les dispositions relatives aux mesures de report ou de rééchelonnement des dettes soient cumulables avec le délai de grâce de l'art. 1244-1 du Code civil, Cass. civ., 1^{re}, 16 déc. 1992, RTD com. 1993. 174, note PAISANT G.

²⁵² PIZZIO J.-P., *Droit du marché et droit commun des obligations La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, RTD Com. 1998 p. 53

²⁵³ art. 87 de la loi n° 96-314 du 12 avr. 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier modifiant les art. L. 115-7 et L. 312-8 du Code de la consommation

§ 2nd – L’inadaptation des théories de la lésion et de la cause

193. Les théories de la lésion et de la cause ont été dégagées et développées par les législateurs français et moldave pour effectuer un contrôle sur la manière dont s’est formé le contrat et non sur la substance du contrat en lui-même. Cependant, la réalité de la protection du consentement du consommateur participe du recentrage sur les valeurs essentielles du droit des contrats en luttant contre toutes les formes déloyales qui trompent les consommateurs. Ainsi, nous testerons l’efficacité du régime relatif aux théories de la lésion (A) et de la cause (B) contre les clauses abusives dans la formation du contrat de consommation.

A) - La lésion

194. La théorie de la lésion a pour but de lutter contre les déséquilibres contractuels. Dans certains droits étrangers, tout contrat peut être annulé ou révisé si la prestation de l’une des parties est disproportionnée par rapport à la prestation de l’autre. En France, la lésion joue un rôle beaucoup plus réduit puisqu’elle ne vicie les conventions que dans certains cas particuliers²⁵⁴.

195. Le problème le plus grave que soulèvent les rapports du droit et de la morale dans le contrat est assurément celui de la lésion²⁵⁵. La loi ne définit pas la lésion. Pendant, très longtemps, la lésion a été définie par la jurisprudence comme étant un vice de consentement. Ainsi, on peut citer plusieurs attendus de principe adoptant cette conception : « la lésion constitue un vice de consentement »²⁵⁶, « la lésion doit être assimilée à un vice du consentement découlant d’une erreur sur la valeur de l’immeuble ou d’une contrainte morale sous la pression d’une impérieuse nécessité de vendre »²⁵⁷. La jurisprudence fondait cette institution sur un vice de consentement de manière souvent implicite²⁵⁸.

196. Puis dans un deuxième temps, cette jurisprudence refuse de prendre en compte les circonstances qui ont pu donner naissance au déséquilibre²⁵⁹. Seule une condition est désormais requise pour obtenir la rescision ou la révision du contrat : « le *demonstrandum* d’un déséquilibre économique entre les prestations constitue une condition nécessaire au succès de

²⁵⁴ Code. civil, art. 1118

²⁵⁵ RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition, LGDJ, 1949, p.105

²⁵⁶ Cour d’Appel de Caen du 5 avril 1916, *Daloz* 1917, II, 136

²⁵⁷ Cour d’Appel de Paris du 28 mars 1945, *Gaz. Pal.* 1945, I, 176

²⁵⁸ LALOU H., note sur l’arrêt de la Cour d’Appel de Riom du 20 décembre 1927, *Daloz* 1929, II, 159

²⁵⁹ Tribunal civil Seine du 12 mars 1929, *D.H.* 1929, 306 : « il est inutile d’apporter la preuve d’une contrainte pour demander la rescision pour lésion »

l'action ; il s'agit d'une condition suffisante »²⁶⁰. Depuis les années 1930, la lésion se détache du consentement. La seule constatation d'une composition non harmonieuse du contenu du contrat suffit. Plusieurs définitions semblent donc se dégager de la jurisprudence.

197. Ainsi, la lésion peut se définir comme étant une disproportion effective et objective entre les prestations réciproques des parties²⁶¹. Elle peut également représenter un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties. Ainsi, certaines décisions utilisent le critère de déséquilibre. La cour d'appel de Paris indique ainsi « le déséquilibre objectif entre la valeur de l'immeuble et le prix étant le seul fondement de la rescision pour cause de lésion »²⁶². De même la Cour d'appel de Nîmes indique que la lésion « vicie le contrat en faisant disparaître le nécessaire équilibre devant exister entre les obligations réciproques des parties »²⁶³. La lésion représente donc un défaut d'équilibre contractuel.

198. La doctrine présente la lésion comme « le préjudice causé à un cocontractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles »²⁶⁴, « préjudice résultant, pour l'une des parties à un contrat, d'un défaut d'équivalence entre l'avantage qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle consent »²⁶⁵. La jurisprudence reprend cette définition, notamment dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1960²⁶⁶. Ces définitions démontrent clairement que la lésion représente un instrument de protection directe de l'équilibre contractuel, puisqu'elle s'applique en cas d'absence d'équilibre contractuel et c'est le mécanisme principal de la lutte contre les déséquilibres contractuels.

199. La lésion est un déséquilibre économique qui frappe dès l'origine les prestations respectives des parties. À l'origine, en 1804²⁶⁷, pour le système de droit français, la lésion ne pouvait annuler un acte du fait de la volonté réciproque. De nos jours, elle est devenue source de nullité dans certains cas tel que le prévoit l'article 1118 du Code civil :

- pour protéger certaines personnes telles que les mineurs non émancipés (article 1305 du Code civil) et les majeurs incapables (article 491-2 du Code civil).

²⁶⁰ MAZEAUD D., La lésion, Répertoire civil, Dalloz, 1994, n°55 ; GHESTIN J., Traite de droit civil, La formation du contrat, 3eme édition, n°791.

²⁶¹ FIN-LANGER L., L'équilibre contractuelle, Paris : LGDJ, 2002, p.139.

²⁶² Cour d'appel de Paris du 8 juin 1963, Dalloz 1964, Somm.19

²⁶³ RAYMOND G., note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 28 juin 1976, gaz. Pal. 1978, I, 38

²⁶⁴ MAZEAUD D., Lésion, Répertoire civil, 1994, n°2 ; CARBONNIER J., droit civil, Les obligations, T.4, 22eme édition, p.104 ; GHESTIN J., Traite de droit civil, la formation du contrat, 3eme édition, n°760

²⁶⁵ FLOUR J. et AUBERT J.L., Droit civil, les obligations, L'acte juridique, 8eme édition, n°248 ; MAURY J., Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, Thèse Toulouse, 1920, p.158 : il a une définition semblable : « en considérant comme prix normal, la valeur d'échange courante, il peut y avoir différence entre le prix et celui qui a été établi dans un contrat déterminé (...) Cette différence constitue la lésion ».

²⁶⁶ Arrêt de la Cour de cassation fr, 1ere chambre civile du 28 juin 1960, Bull. I, n°350

²⁶⁷ Code civil de la République Française du 21 mars 1804, créée par la loi française n° 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

- pour certains types de contrats tels que le contrat de vente d'engrais, le contrat de vente d'immeuble (article 1675 du Code civil) et le partage (article 1075-3 du Code civil).

200. La lésion doit avoir un caractère exceptionnel. L'article 1118 du c.civ.fr rappelle en effet qu'en principe la lésion n'est pas admise dans notre droit sauf les cas expressément prévus par la loi. De plus la lésion a un caractère objectif, c'est-à-dire qu'étant donné qu'elle n'est pas un vice du consentement, il n'est pas nécessaire de prouver qu'elle a eu un impact sur le consentement des parties. C'est à celui qui invoque la lésion de la prouver par tous moyens.

201. Il faut mentionner que, sur le plan matériel, l'appréciation de l'équilibre ne s'effectue que de manière fragmentée et non de manière globale²⁶⁸. Le problème peut apparaître quand le contrat protégé fait partie d'un ensemble contractuel ou quand la clause analysée est imbriquée dans un ensemble de clauses. Ainsi en matière de lésion, seul l'équilibre du contrat de vente d'immeuble bénéficie de la protection. Si ce contrat fait partie d'un ensemble contractuel, le juge doit opérer une ventilation. L'ensemble contractuel pouvant être globalement équilibré va être amputé du contrat de vente d'immeuble lésionnaire.

202. Un arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 1992 a rendu une telle solution dans un groupe de contrats permettant une restructuration d'entreprise comprenant une vente d'immeubles, de fonds de commerce et de l'engagement corrélatif de l'acheteur de conserver une partie du personnel²⁶⁹. Les parties ne peuvent donc prévoir un prix plus faible pour la vente de l'immeuble compensé par un autre avantage. Le risque en cas de mauvaise foi du vendeur ou de changement d'intérêt pour l'opération réside dans une action toujours possible en rescision pour lésion. L'insécurité d'une telle solution présente un caractère non négligeable²⁷⁰.

203. Pour certains auteurs, une certaine parenté existe entre la notion de lésion et celle de clauses abusives. Carbonnier considère « l'abus de puissance économique a l'effet d'obtenir un avantage excessif » comme une forme secondaire de la lésion²⁷¹. Le propos de J. Ghestin va dans ce sens : « En tant qu'instrument d'une meilleure justice contractuelle, l'interdiction des clauses abusives peut être rapprochée de la lésion »²⁷². G. Berlioz souhaitait « la généralisation de la lésion... particulièrement dans les contrats d'adhésion »²⁷³. Un autre auteur, commentant un arrêt du 25 mai 1992 de la Cour de cassation rendu sur la notion de consommateur, estime que : « En statuant comme elle le fait, la cour pourrait bien réveiller la vieille querelle

²⁶⁸ FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuelle*, Paris : LGDJ, 2002, p.322, 651 p.

²⁶⁹ PAISANT G., note sur la décision de la Cour de cassation 3eme chambre du 8 janvier 1992, D.1993, Somme 236

²⁷⁰ FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuelle*, Paris : LGDJ, 2002, p.322, 651 p.

²⁷¹ CARBONNIER V.J., *Droit civil t.4, Les obligations*, 15^e éd. Presse Universitaire de France, Paris 1991, p.79, 664 p.

²⁷² GHESTIN J., *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, L.J.D.J 1980, p.590, 846 p.

²⁷³ BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, L.J.D.J, Paris 1973, p.189, 204 p.

concernant la lésion dans les contrats en ajoutant aux mineurs et aux incapables majeurs un nouveau personnage dont les intérêts ne doivent pas être lésés, le consommateur »²⁷⁴.

204. Les limites entre la notion de lésion et celle de clause abusive sont bien dessinées après la loi française de 1995. En effet, cette loi, à l'instar de la directive européenne de 1993, précise que l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas « sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ». Toutefois, il faut mentionner l'arrêt de la CJUE de 2010, *Caja de Ahorros de Madrid*²⁷⁵ qui autorisait des annulations des prix trop déséquilibrés, donc lésionnaires.

205. En conclusion, nous pouvons affirmer que la lésion ne peut être définie que par rapport à la situation idéale d'un contrat équilibré. En dépit de l'incertitude qui règne autour de la notion du contrat, il reste possible de lui assigner certaines finalités, communes à l'ensemble des instruments juridiques²⁷⁶. Support de l'échange de valeurs, le contrat est soumis à l'exigence de justice corrective. Ainsi, la lésion est un déséquilibre contractuel, une rupture de l'équivalence entre les prestations réciproques des contractants.

206. Sur ce point, la lésion se distingue de l'absence de cause, qui attente à l'intérêt économique de l'opération et le contrôle respectif de la cause nécessite un examen séparé. La lésion est un remède peu performant ici pour lutter contre les clauses abusives. Cela ne pourrait concerner que les clauses relatives à la fixation du prix. Ce n'est pas possible dans la très grande majorité des contrats et notamment pas possible dans les contrats de consommation. Ce n'est pas un remède non plus, par exemple, contre une clause d'exonération de responsabilité ou de garantie.

B) - La cause

207. L'article 1131 du code civil énonce que l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet. Un contrat à titre onéreux est donc nul si l'obligation d'un contractant n'a aucune contrepartie. Entendue en ce sens, l'absence de cause est presque une hypothèse d'école. Mais une jurisprudence qui s'est formée dans les années 1990 se fonde sur l'article 1131 pour annuler les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, notamment celles visant à écarter ou limiter la responsabilité de l'un des contractants²⁷⁷. Ce genre de clause se trouve souvent dans les conditions générales.

²⁷⁴ NICOLAU G., note sous Cassation français 1^{er} Chambre civile du 25 mai 1992 : Dalloz 1993, p.87, n°10

²⁷⁵ CJUE 3 juin 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros*, RTD eur. 2010. 695, chron. AUBERT de VINCELLES C.

²⁷⁶ CHANTEPIE G., *La lésion*, LGDJ, 2006, p.65, n°94

²⁷⁷ Arrêt Chronopost : Com., 22 oct. 1996 (D. 1997.J.121, note SERIAUX A., et Som. 175, obs. DELEBECQUE Ph.; Contrats, conc. consom. 1997, n° 24, note LEVENEUR L.; RTD civ. 1997.418, obs. MESTRE J.). Voir

208. L'article 1131 du Code civil français²⁷⁸ sanctionne le défaut de cause. Pour sa part, l'article 207 du Code civil moldave²⁷⁹ prévoit que : « l'acte juridique civil conclu sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Par cette comparaison, on observe que les deux législations se ressemblent, ce qui démontre que le législateur moldave s'inspirait parfaitement de la législation française.

209. La notion de déséquilibre ne fait pas seulement songer à la lésion et aux vices de consentement, elle renvoie encore au concept de cause, plus précisément à celui de cause contrepartie²⁸⁰. Si une clause déséquilibre gravement le contrat au profit du professionnel, on pourrait considérer que l'obligation du consommateur n'a plus de contrepartie véritable et donc qu'elle est nulle pour absence de cause.

210. La cause peut, en effet, se définir comme étant l'intérêt des parties à conclure le contrat : elle mesure ainsi l'utilité. Pour mieux comprendre ce changement, il faut rappeler la distinction habituellement opérée entre la cause de l'obligation, objective et la cause du contrat, subjective²⁸¹. La première consiste dans la contrepartie à l'obligation du débiteur, ce qui se caractérise par l'obligation de l'autre partie dans un contrat synallagmatique. La seconde acceptation de la cause représente les motifs déterminants entrés dans le champ contractuel et permet d'annuler le contrat pour cause illicite. L'article 1133 du Code civil français prévoit : « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Cette définition de la cause, vue comme l'intérêt, a des racines historiques lointaines et était présente dans l'esprit des rédacteurs du Code civil²⁸².

211. La jurisprudence participe de ce mouvement, en intégrant dans la cause de l'obligation, les motifs, les raisons qui expliquent la conclusion du contrat²⁸³. Il s'agit tout d'abord des décisions de la Cour de cassation du 19 décembre 1990, relatives aux clauses *claims - made*²⁸⁴. Ces clauses prévoient que, en cas de résiliation du contrat d'assurances, la garantie doit être demandée avant cette rupture du contrat, c'est-à-dire pendant la période de

LARROUMET Ch., « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D. 1997.chron.145 ;

GUEGUEN J.M., « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999.chron.352.

²⁷⁸ Article 1131 du Code civil de la République Française du 21 mars 1804, créée par la loi française n° 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

²⁷⁹ Le Code civil de la République de Moldova n° 1107-XV du 06 juin 2002, MORM n°82-86/661 du 22 juin 2002

²⁸⁰ RZEPECKI N., Droit de la consommation et théorie générale du contrat, thèse de doctorat, Université Robert Schuman Strasbourg III 1998, p.143, 614 p.

²⁸¹ CARBONNIER J., Droit civil, Les obligations, T.4, 22^{ème} édition, n°58 ; GHESTIN J., Traite de droit civil, La formation du contrat, 3^{ème} édition, n°834 et n°840 ; ROCHFELD J., Cause et type de contrat, Thèse Paris I, 1997, n°4

²⁸² CARBONNIER J., Droit civil, Les obligations, T.4, 22^{ème} édition, n°58 ; ROCHFELD J., Cause et type de contrat, Thèse Paris I, 1997, n°114 ;

²⁸³ ROCHFELD J., Cause et type de contrat, Thèse Paris I, 1997, n°100-101

²⁸⁴ BIGOT J., note sur la décision de la Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 19 décembre 1990, JCP 1991, édition Générale, II, 21656 ; MESTRE J., sur la décision de la Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, RTDciv 1991, p.325

versement des primes. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait appliqué la clause et avait donc, en l'espèce, refusé la garantie. La Cour de cassation casse l'arrêt. Elle considère que la clause est dépourvue de cause, car elle crée un avantage illicite au profit de l'assureur qui a perçu des primes sans contrepartie. Cette jurisprudence a été critiquée car, dans un contrat d'assurance, contrat aléatoire, la contrepartie du versement des primes, c'est-à-dire leur cause, réside dans l'aléa.

212. La Cour de cassation a réaffirmé ce principe et a réputé non écrite, pour défaut de cause, la clause qui exclut de la garantie les dommages survenus après la résiliation du contrat²⁸⁵ et la clause qui réduit la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré²⁸⁶.

213. L'équilibre contractuel concerne davantage la notion de cause de l'obligation, puisque l'équilibre contractuel suppose une analyse des contreparties. La jurisprudence et la doctrine ont parfois utilisé cette notion pour remédier à des déséquilibres, en procédant notamment à une analyse plus globale du contenu du contrat. En premier lieu, on peut observer un phénomène de mobilité²⁸⁷ de la cause de l'obligation, qui apparaît dans une série d'arrêts qui ont annulé des contrats pour défaut de cause, alors que l'application traditionnelle de la cause de l'obligation aurait du aboutir, au contraire, à leur validité.

214. En second lieu, on peut observer un phénomène de globalisation de la cause. En principe, pour déterminer la cause de l'obligation, les juges envisagent séparément chaque obligation née du contrat, indépendamment de l'ensemble de l'opération contractuelle²⁸⁸. Pourtant, de plus en plus fréquemment, les juges prennent en compte l'ensemble de l'économie du contrat voulue par les parties. Plusieurs décisions illustrent cette nouvelle tendance jurisprudentielle. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation, du 22 février 1983, rejette le pourvoi forme à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui avait refusé d'annuler un contrat portant sur la cession d'une société, connaissant de graves difficultés financiers. Outre l'absence de vices du consentement, les juges du fond avaient considéré que l'acte avait effectivement une cause, malgré l'existence d'une dette d'un montant supérieur au prix de cession. Cette cause résidait dans l'ensemble des avantages personnels apportés par ces accords, et notamment celui

²⁸⁵ LEVENEUR L., note sur la décision de la Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile du 30 mars 1994, *Cont. Conc. Cons.* juin 1994, n°111 ; GUESMI J.A., *Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles*, Th. Toulon, 1997, n°258

²⁸⁶ LAMBERT-FAIVRE Y., note sur la décision de la Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile du 16 décembre 1997, *Dalloz* 1998, 287 ;

²⁸⁷ ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, Thèse Paris I, 1997, n°100-101

²⁸⁸ ROCHFELD J., précité, n°504

d'éviter la procédure collective et la liquidation des biens de la société. C'est l'ensemble du contenu du contrat qui sert de référence, pour apprécier l'existence ou l'absence de la cause²⁸⁹.

215. L'affaire Chronopost. Il est intéressant d'examiner ici les rebondissements de l'affaire Chronopost : de la célèbre décision de la première Chambre civile du 22 octobre 1996, qui, au visa de l'art.1131, jugeait que, « spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer dans un délai déterminé et que, en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite », à l'arrêt de la Chambre commerciale du 9 juillet 2002.

216. Au visa de l'art.1150 du Code civil, l'arrêt de la Chambre commerciale du 9 juillet 2002, considérait que la clause limitative de responsabilité étant réputée non écrite, il y avait lieu d'appliquer le contrat type messagerie établi par décret du 4 mars 1988, d'où résultait la mise en œuvre d'un plafond légal d'indemnisation « que seule une faute lourde du transporteur pouvait tenir un échec »²⁹⁰.

217. Cette solution a été confirmée par la Chambre mixte le 22 avril 2005. La Cour de cassation admettait que « la clause limitant le montant de la réparation était réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat », mais jugeant aussi que « seule une faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat type établi annexe au décret » du 4 mars 1988²⁹¹ et prolongée par une décision de la Chambre commerciale du 21 février 2006 considérant que la faute lourde ne peut résulter de seul manquement à une obligation contractuelle, fut-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur²⁹².

218. L'arrêt du 22 octobre 1996 que voici mérite l'examen pour deux raisons majeures, l'une de fait, l'autre de droit. En fait, la Cour de cassation condamne sans ambages Chronopost à devenir ce que ce service prétendument rapide de messagerie s'était lui-même d'emblée condamné à être : un service rapide. Chose promise et payée, chose due. Certes, de telles promesses sont de tous les temps et de tous les lieux, mais de nos jours, en l'absence presque totale d'aléas dans l'acheminement du courrier, l'utilisateur paraît dans le droit le plus strict de

²⁸⁹ Cass.com, 2 février 1983, Bull. IV, n°72

²⁹⁰ LOISEAU G., BILLIAU M., note JCP G 2002, II, 10176 ; MAZEAUD D., observation dans D.2003, somm. P.457 ;

²⁹¹ LEVENEUR L., observation dans Contrat, conc. consom. 2005, n°150; LOISEAU G., note JCP G 2005, II, 10066

²⁹² FENOUILLET D., L'affaire Chronopost, un énième épisode douloureux...en attendant l'heureux épilogue ? RDC 2006/2 p.375-378

compter sur l'obtention d'un résultat hautement garanti à grand renfort de publicité²⁹³. Si même les trains de banlieue (et a fortiori les TGV) doivent être à l'heure²⁹⁴, on ne voit pas au nom de quoi faire grâce de cette si précieuse ponctualité à ceux qui, cette fois, ne puisent qu'en elle leur raison d'être.

219. Or, Chronopost promet, mais Chronopost stipule en même temps une clause limitative de responsabilité qui, en cas de retard, ne porte la réparation due qu'à la hauteur du prix facturé à l'utilisateur. « En cas de non-respect des délais de livraison de son fait, Chronopost s'engage à rembourser exclusivement le prix du transport, sur demande écrite de l'expéditeur », dispose en caractères bien lisibles l'art. 6, al. 3, des conditions générales de transport indiquées au verso du récépissé d'expédition remis à la clientèle. « Satisfait ou remboursé », telle est la devise clairement soulignée de la société. C'est cette devise que la Cour de cassation, contrairement aux juges du second degré, refuse d'appliquer : en cas de retard, Chronopost devra toujours indemniser le préjudice réel subi par l'expéditeur trop confiant.

220. C'est ici que l'arrêt acquiert son altitude juridique. Longtemps, pour parvenir à ce même résultat dans des situations comparables, la jurisprudence a raisonné en termes de responsabilité. A priori, chacun des cocontractants prend ses propres risques : l'un paie un tarif (relativement) modéré un acheminement rapide, l'autre fait de son mieux pour fournir la prestation promise. Par suite, en cas d'échec, il échet normalement de s'en tenir à l'équilibre contractuel initialement convenu. Toutefois, si le prestataire de service n'a pas un comportement correspondant au minimum de ce que l'on est en droit d'attendre de lui, sa faute, alors qualifiée de lourde, voire de dolosive sera sanctionnée par l'obligation de réparer l'entier dommage, direct et certain, subi par un cocontractant que l'on peut bien alors à juste titre qualifier de « victime »²⁹⁵.

221. De ce minimum d'espérances légitimes, la jurisprudence a d'ailleurs volontiers fait une appréciation assez libre. Elle a pu, un temps, admettre que la seule violation par un professionnel, des transports notamment, d'une obligation jugée essentielle est de nature à établir une faute lourde à sa charge²⁹⁶.

²⁹³ SERIAUX A., L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle Recueil Dalloz 1997, p.121

²⁹⁴ CA Paris, 4 oct. 1996, D. 1996, IR p. 243

²⁹⁵ SERIAUX A., Droit des obligations, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, n° 64 ; SOULEAU I., La prévisibilité du dommage contractuel. Défense et illustration de l'article 1150 du Code civil, thèse, Paris II, 1979, n° 516 s.)

²⁹⁶ DELEBECQUE P., Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse, Aix-Marseille, 1981, n° 151.

Adde, pour les transporteurs : SERIAUX A., La faute du transporteur, *Economica*, 1984, n° 362 s. ; Cass. 1re civ., 18 janv. 1984, JCP 1985, II, n° 20372, note MOULY J. ; RTD civ. 1984, p. 727, obs. HUET J. ; pour un contrat de coffre-fort : Cass. 1re civ., 15 nov. 1988, D. 1989, Jur. p. 349, note DELEBECQUE P. ; comp. pour une critique de cette jurisprudence : TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, 6e éd., 1996, n° 590-1.

222. Face à une cour d'appel qui, en conformité avec de classiques réflexes prétoriens, avait jugé valable la clause limitative comme n'excluant pas toute responsabilité et satisfaisant aux usages en matière de transport, l'auteur du pourvoi soutenait « qu'en enfermant le client dans une insuffisante indemnisation forfaitaire, la clause n'avait pour but que de décharger Chronopost de son obligation de rapidité et de fiabilité, essentielle pour son cocontractant », que, dès lors, « privée de cause, la clause 6, opposée (à l'expéditeur) ne pouvait avoir aucun effet et que l'arrêt attaqué n'a décidé le contraire qu'en violation de l'art. 1131 Code civil»²⁹⁷.

223. La Chambre commerciale a suivi : « Vu l'art. 1131 Code civil; (...) Attendu que (...) spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis (...) dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite ». Ainsi, le concept d'obligation essentielle²⁹⁸ se trouve réexploité afin, d'abord, de permettre aux juges de procéder à une qualification de l'opération contractuelle, ensuite de justifier une éradication partielle de ce qui fut pourtant accepté sans hiatus par les contractants²⁹⁹.

224. Le seul espoir qui demeure réside désormais dans la nature du contrat. Pour échapper à l'application des limitations de responsabilité du contrat type, il n'est pas de moyen plus sûr que d'échapper au contrat type. Malgré quelques tentatives jurisprudentielles, la cause ne permet pas de faire une appréciation qualitative de l'équilibre. Elle représente un simple instrument pour lutter contre les déséquilibres quantitatifs. La clause de l'obligation en effet, permet de savoir s'il existe une contrepartie réelle à une obligation, mais non de mesurer son équivalence. La jurisprudence, soutenue par une partie de la doctrine³⁰⁰, tente pourtant d'utiliser ce mécanisme pour lutter contre des déséquilibres partiels. En résumé on peut mentionner que l'ensemble de l'opération contractuelle doit être licite, c'est à dire respecter la loi, être conforme à l'ordre public.

225. **L'affaire « Faurecia ».** Au titre des arrêts qui marquent l'année 2010 il faut évoquer celui rendu le 29 juin relatif à la responsabilité contractuelle et qui vient mettre un terme à

²⁹⁷ SERIAUX A., L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle Recueil Dalloz 1997, p.121

²⁹⁸ DELEBECQUE P., op. cit., n° 135 s. Adde, ultérieurement : JESTAZ P., L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale, Mélanges Raynaud, 1985, p. 27 s. ; MALAURIE P. et AYNES L., Les obligations, 9e éd., Cujas, 1997, n° 857)

²⁹⁹ PANCRAZI-TIAN M.-E., La protection judiciaire du lien contractuel, PUAM, 1996, préf. MESTRE J.

³⁰⁰ CAPITANT H., De la cause des obligations, 1923, n°91-92 ; MARTY R., De l'absence partielle de cause de l'obligation et son rôle dans les contrat a titre onéreux, Thèse Paris II, 1995, n°33-34 ; MAURRY J., Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, Thèse Toulouse, 1920, p.194-199

l'affaire « Faurecia »³⁰¹ et peut-être « à la saga » des clauses limitatives de réparation, pour reprendre l'expression d'un auteur³⁰². Les nombreux commentaires de qualité déjà écrits nous autorisent à passer rapidement sur cette décision. Mais il importe néanmoins d'exposer ses principaux apports car, comme en atteste sa publication au rapport annuel de la Cour de cassation, elle est destinée à fixer la jurisprudence de la haute juridiction judiciaire. Un différend est né entre un équipementier automobile et une société informatique à l'occasion d'un contrat de licence. La mauvaise exécution de ce contrat a conduit l'équipementier à solliciter une indemnisation mais il s'est vu opposer une clause limitative de réparation. La résolution de ce litige passait ainsi par la réponse à deux questions posées à la chambre commerciale³⁰³.

226. Dans quelle mesure une clause limitative de réparation portant sur une obligation essentielle du contrat peut-elle prospérer ? La réponse était incertaine, notamment parce qu'aux lendemains de la célèbre jurisprudence Chronopost³⁰⁴ certains arrêts avaient pu laisser penser que ce type de clause devait purement et simplement être éradiqué du contrat. Au visa des articles 1131, 1134 et 1147 du Code civil, la Cour de cassation affirme que « ... seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». Il résulte de cet attendu qu'une clause ne doit pas être réputée non écrite au seul motif qu'elle aménage les conséquences d'une obligation essentielle mais par le fait qu'elle vide de sa substance une telle obligation. Pour être concret, autant il est possible de limiter la charge pécuniaire de l'inexécution d'une obligation essentielle, autant il serait vain de fixer une indemnisation dérisoire ou inexistante ou pire d'éluder purement et simplement le jeu de sa responsabilité en cas d'inexécution de ce type d'obligation. L'arrêt annoté apprend par ailleurs que pour jauger de la licéité de la situation, l'étude objective de la seule clause litigieuse ne suffit pas toujours. En effet, ce travail préalable doit être complété par une analyse plus subjective de l'économie du contrat discuté pour rechercher si, par extraordinaire, ladite clause n'est pas dotée d'une contrepartie négociée par les parties, ce qui était le cas dans l'arrêt du 29 juin puisque le créancier de l'obligation inexécutée avait bénéficié de conditions contractuelles particulièrement avantageuses.

³⁰¹ Cass. Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, D. 2010. 1707, obs. DELPECH X., 1832, note MAZEAU D., et 1697, édito. F. Rome ; RTD civ. 2010. 555, obs. FAGES B.; JCP 2010. 787, note HOUTCIEFF D., et STOFFEL-MUNCK P., Chron. resp. civ., 1015, spec. n° 11, p. 1917 ; JCP E 2010. 1790, note STOFFEL-MUNCK P. ; LPA 16 août 2010, note DUPONT-LE BAIL N.).

³⁰² MAZEAU D., préc.

³⁰³ BRUN Ph., GOUT O., Responsabilité civile, janvier 2010 - octobre 2010, Recueil Dalloz 2011 p. 35

³⁰⁴ Cass.Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997. 121, note SERIAUX A., 145, chron. C. LARROUMET, et 175, obs. DELEBECQUE P.)

227. La faute lourde peut-elle résulter du simple manquement à une obligation essentielle?³⁰⁵ Telle était la deuxième question que devait trancher la chambre commerciale pour répondre aux moyens du pourvoi. On sait que l'article 1150 du code civil neutralise les clauses relatives à la réparation lorsque l'inexécution du contrat tient à une faute dolosive ou une faute lourde du débiteur de l'exécution. La faute dolosive est celle qui est faite avec l'intention de nuire. Quant à la faute lourde, il est de jurisprudence constante qu'elle est caractérisée par un comportement d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée³⁰⁶. Il avait été admis par le passé que la faute lourde pouvait tout simplement résider dans l'inexécution d'une obligation contractuelle essentielle ou substantielle³⁰⁷. Cette analyse avait été critiquée par une partie de la doctrine relevant que le critère de la faute lourde ne se trouvait pas dans l'importance de l'obligation inexécutée, mais dans le comportement du débiteur. Après une période de doute, la Cour de cassation lève finalement toutes les incertitudes en affirmant que « ... la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ». Ainsi en va-t-il désormais du régime des clauses de responsabilité.

228. La théorie de la cause permet aussi de lutter contre les clauses de prix excessif. Par exemple, l'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 2011 : cette jurisprudence est prise au visa de l'art.1134 du Code civil, mais l'art.1131 serait en réalité plus approprié puisque, précisément, l'art. 1134 justifierait plutôt la non révision du contrat. En toute hypothèse, on voit la restriction avec la théorie des clauses abusives : avec la jurisprudence mentionnée la clause est révisée. Et, avec le droit des clauses abusives (l'art. L. 132-1 du Code de la consommation) elle serait annulée.

229. Pour conclure sur la théorie de la cause, il faut quand même bien admettre que, sur la base de l'art. 1131 du Code civil tel qu'interprété par la jurisprudence actuelle, on peut lutter contre les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité abusives. Cela ne vise pas toutes les catégories de clause, mais c'est déjà cela.

230. Conclusion de la section. L'échec, au moins partiel, des théories précédentes, montre que les techniques relatives à la formation du droit ont un caractère limité du droit commun pour assurer l'équilibre contractuel. Personne, dit-on, n'oserait contracter si le contrat pouvait toujours être remis en question par l'une des parties³⁰⁸. Cette idée n'est pas fausse, mais

³⁰⁵ BRUN Ph., GOUT O., précité

³⁰⁶ Cass.Com. 3 avril 1990, n° 88-14.871, Bull. civ. IV, n° 108

³⁰⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, n° 95-21.907, D. 1998. 200, obs. MAZEAUD D. ; RTD civ. 1998. 673, obs. MESTRE J.; JCP 1998. I. 144, obs. VINEY G.)

³⁰⁸ L'idée était déjà exprimée dans l'ancien droit (POTHIER, Traité des obligations). Partie I, Chap. I, § 34.

elle risque, si elle est poussée trop loin, de mettre les contractants les plus faibles « à la merci » des plus puissants. C'est pourquoi, à défaut de principe général, trop dangereux par son imprécision, nous soutenons que, dans ces conditions, le droit commun, par la théorie de la lésion et de la cause, ne peut pas assurer une régulation du contrat de consommation, étant inadapté de sanctionner les besoins immédiats des consommateurs.

Section 2 - Les autres techniques contractuelles

231. Il n'existe, dans le Code civil français, aucun principe général assurant directement l'équilibre du contrat. Du moment qu'elle résulte d'un accord de volontés, la convention fait la loi des parties, quelque avantage ou désavantage qu'elle présente pour les contractants. Diverses théories auraient pourtant permis, si elles avaient été poussées plus loin, de lutter contre les déséquilibres contractuels. Après avoir développé l'assurance de l'équilibre des prestations sur le terrain de la formation du contrat par le droit commun parmi les vices du consentement, il faut à présent rechercher les autres techniques de la théorie générale des contrats et notamment: l'abus de droit (§ 1^{er}) et l'enrichissement sans cause (§ 2nd).

§ 1^{er} – L'abus de droit

232. Dès le début du vingtième siècle, la doctrine a été amenée à constater le développement rapide de la théorie de l'abus de droit. Des auteurs, comme Mme Marson, ont alors justifié ce développement par le besoin d'équité et l'exigence de morale. Cette dernière serait à l'origine des premières applications de la théorie de l'abus de droit dans les contrats³⁰⁹. Mais cette même morale serait aussi à l'origine des transformations subies, plus récemment, par la notion de bonne foi³¹⁰. Ainsi, les auteurs constatant le développement rapide de la théorie de l'abus de droit³¹¹ ont alors justifié cette ascension par le développement de l'équité et de la morale contractuelle. Mais, c'est le retour en force de cette même morale qui serait à l'origine des transformations subies par la notion de bonne foi³¹². De fait, les magistrats n'ont pas hésité à se fonder sur l'article 1134 du Code civil, et se référer tant à un abus de droit qu'à un manquement à la bonne foi³¹³.

³⁰⁹ SEYSSEL M.-A., L'abus de droit dans les contrats, thèse, Chambéry, 2004, p.218

³¹⁰ ANSELME-MARTIN O., Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, Petites affiches, 22 janvier 1997, n° 10, Doctr., p.17 et s..

³¹¹ « L'étude du droit positif français nous montre enfin l'accueil très favorable que notre jurisprudence et notre législation ont réservé à la doctrine de l'abus de droit en matière contractuelle » ; MARSON J., L'abus de droit en matière contractuelle, thèse dact. Paris, 1935, p.122, RADULESCO D.-G. , qui constate « le grand nombre d'études que réunit l'abus des droits, la place qu'il commence à avoir dans les traités généraux et dans les répertoires (...) », L'abus de droit en matière contractuelle, contribution à l'étude synthétique de l'abus, thèse dact. Paris, 1935., p. 8.

³¹² JOURDAIN P., La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français, in La bonne foi, Travaux de l'Association H. Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 121 et s.. L'auteur affirme que si la notion n'est pas uniforme, elle est une notion purement morale, une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et honnêteté exclusive de toute intention malveillante

³¹³ Com., 29 novembre 1994, «...portant sur des modifications futures de l'installation, la convention litigieuse faisait référence à un tarif de sorte que le prix en était déterminable, et qu'il n'était pas allégué que la société GST-Alcatel eût abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, ... », Bull. civ., I, n° 348 ; D. 1995, Jurisp., p. 122 et s., note L. Aynès ; J.C.P. 1995, II, n° 22371, note J. Ghestin ; Gaz. pal., Rec. 1995, panor. p. 53 ; Petites affiches, 5 juillet 1996, Jurisp., p. 27 et s., note M. Asselain et C. Lachieze ; Rép. Defrénois, 1995, p. 335, note Ph. Delebecque.

233. La théorie de l'abus de droit permet de sanctionner tout usage d'un droit dépassant les limites de son usage raisonnable. Cette théorie existe dans les droits français et moldave comme dans la plupart des systèmes juridiques dits de droit civil.

234. Un courant doctrinal français affirme que la théorie de l'abus de droit se trouve être à la racine de l'adoption des lois spéciales sur les clauses abusives. En effet, pour la doctrine il est évident que le législateur de l'année 1978 s'était inspiré de cette théorie. D'abord le choix de la terminologie « clauses abusives » ou « abus de la puissance économique » dans la loi de l'année 1978 montre cette inspiration³¹⁴. Nous retrouvons d'ailleurs cette influence dans les débats parlementaires comme le précise Monsieur Ghestin : « *Ce n'est pas cependant aux vices de consentement que se réfèrent les débats parlementaires mais plutôt à la notion d'abus de droit* »³¹⁵.

235. Cette théorie constitue donc un moyen spécifique pour lutter contre les clauses abusives et les déséquilibres contractuels flagrants. Le professionnel a le droit de proposer à ses contractants de conclure des contrats sur la base de conditions pré-rédigées. En revanche, ce droit est limité et il ne peut abuser de celui-ci pour imposer aux consommateurs des obligations contraignantes excessives.

236. À l'opposé d'un courant doctrinal français majoritaire³¹⁶, les théories générales des droits communs français et moldave (la théorie de la cause, la théorie de bonne foi et la théorie de l'abus de droit) constituent des moyens théoriquement efficaces pour lutter contre les clauses abusives. Cependant, l'application de ces trois théories reste peu usitée. Les jurisprudences de ces deux pays, sujets de nos comparaisons, hésitent encore à généraliser cette référence. La non utilisation de ces théories en matière de clauses abusives peut néanmoins être expliquée. Mais cette interprétation varie d'un pays à l'autre.

237. En droits français et moldave, les clauses abusives ont suivi, après la loi française du 10 janvier 1978 modifiée par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 et la loi moldave n°256 du 9 décembre 2011, une trajectoire distincte de celle des droits communs. Depuis lors, il n'est plus question pour la doctrine de rechercher des solutions aux clauses abusives dans les Codes civils français et moldave. « *C'est principalement dans la loi de l'année 1978, modifiée par la loi de l'année 1995, que les juristes cherchent des solutions, sans vraiment s'occuper de la véritable place de ces clauses en droit des contrats. C'est comme si l'on avait oublié que, en mettant en*

³¹⁴ KARIMI A., « Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit », précité, n° 577, p. 196 ; V. GODE P., note sous décret n° 78-464 du 24 mars 1978, R.T.D. civ., 1978, p. 744 et s ; VINEY G., « Traité de droit civil : La responsabilité : Effets », LGDJ, 1988, n° 192.

³¹⁵ GHESTIN J., « Les obligations ; Le contrat : formation », précité, n° 601, cité par KARIMI A., « Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit », précité, n° 577, p. 196.

³¹⁶ CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, précité, n° 173, p. 202 ; PICOD Y. et DAVO H., « Droit de la consommation », précité, n° 237 et s., p. 138 et s.

cause certaines clauses contractuelles, c'est la notion même de contrat en général qui est remise en question »³¹⁷.

238. En effet, les articles 1134, alinéa 3 du Code civil français étudient le principe de l'exécution de bonne foi des conventions. Cet article n'envisage pas expressément la bonne foi au niveau de la formation³¹⁸. Selon l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil français, les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Il est néanmoins admis par les doctrines françaises, malgré l'opposition de certains auteurs³¹⁹, que l'obligation générale de bonne foi s'impose dans tous les rapports contractuels, depuis leur préparation, leur formation jusqu'à leur exécution³²⁰. L'inobservation de la bonne foi au stade de la formation du contrat dans l'article 1134 du Code civil français revient à des raisons strictement contingentes. En effet, le projet dudit article prévoyait l'exigence de la bonne foi aux stades de la formation et de l'exécution du contrat. Cependant, le législateur français a supprimé la référence à la formation du contrat, cet article étant placé dans le chapitre de l'effet des obligations³²¹.

239. De plus, l'article 1135 du Code civil français précise que « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». L'équité est proche de la bonne foi³²². « *On peut donc, y rattacher toute règle destinée à sanctionner un comportement répréhensible, voir anormal. Ainsi la réglementation des clauses abusives peut être considérée comme relevant de l'idée de bonne foi car celui qui les impose n'agit pas de bonne foi* »³²³. Se dessine d'ailleurs

³¹⁷ KARIMI A., « Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit », précité, n° 9, p. 5.

³¹⁸ Il en est de même dans le Code des Obligation et des Contrats libanais (l'article 221), qui est bien inspiré par le Code civil français.

³¹⁹ KARIMI A., « Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit », précité, n° 509, p. 209.

³²⁰ MALAURIE Ph. et AYNES L., « Contrats et quasi-contrats », volume II, 11^{ème} édition, 11 juillet 2002, n° 79, p. 72 ; DESGORCES G., « La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives », thèse, Paris II Panthéon-Assas, 1992, p. 18 ; MESTRE J., « La période précontractuelle et la formation du contrat », Petites Affiches, 5 mai 2000, p. 8 ; GHESTIN J., « Les obligations ; Le contrat : formation », LGDJ, 3^e édition, Paris 1993, n° 225 et s. ; MAGNIN F., « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques ; L'abus de situation », J.C.P., 1976, I, 2780, n° 18 ; F.-X. Testu. « Le juge et le contrat d'adhésion », précité, n° 39 ; « Le fondement juridique de contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », Petites Affiches, 9 mars 1994, n° 29, p. 20 et s. ; JALUZOT V., « La bonne foi dans les contrats, étude comparative du droit français, allemand et japonais », D. Bibliothèque des thèses, 2001, cité par CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, précité, p. 202 bas de page.

³²¹ FENET V., « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », tome XIII, p. 8 et 54 cité par KARIMI A., « Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit », précité, n° 507, p. 208 bas de page ; D. TALLON, « Le concept de la bonne foi en droit français du contrat », Saggi, Conférence seminari, Roma 1994, p. 5.

³²² « Il y a déjà la proximité des deux textes de base : 1134 al. 3 qui prescrit que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire que le contrat doit être exécuté loyalement ; 1135 qui prescrit, grâce notamment à l'équité de donner au contrat son sens complet conformément à la loyauté contractuelle », TALLON D., « Le concept de la bonne foi en droit français du contrat », précité, infra III, p. 11.

³²³ TALLON D., « Le concept de la bonne foi en droit français du contrat », Saggi, Conférence seminari, Roma 1994, p. 7 et s.

une tendance des jurisprudences française et moldave à utiliser la notion de bonne foi comme instrument régulateur du droit des obligations, et plus spécifiquement du droit des contrats³²⁴.

240. Pourtant, l'application de la théorie de bonne foi en matière de clauses abusives, n'est pas systématisée dans les droits positifs français et moldave. En l'état actuel, la théorie de la bonne foi ne fournit en pratique, tout au plus qu'un guide à la magistrature qui ne l'utilise, tout comme la doctrine³²⁵, que fort peu et d'une façon rhétorique.

241. Ainsi, la réglementation des clauses abusives peut-elle être considérée comme relevant de l'idée de bonne foi car celui qui les impose n'agit pas de bonne foi. M. Delebecque écrit : « *la bonne foi est une limite à l'efficacité des clauses contractuelles. Lorsqu'une clause est invoquée dans des circonstances qui recèlent un abus, elle est inefficace* »³²⁶.

242. Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1989 « une jeune fille s'inscrit dans une école privée. Celle-ci doit payer un « forfait acquis intégralement » de 15915 francs, payables mensuellement. Mais sa mère demande la résiliation de son inscription, après n'avoir payé que deux mensualités. L'école assigne donc cette dernière en paiement de la somme originellement convenue. ». Le bulletin d'inscription dans un établissement d'enseignement privé stipulait que « le prix de l'inscription », payable en neuf mensualités, constitué un « forfait acquis intégralement à l'école ». L'élève n'ayant pas poursuivi sa scolarité alors qu'elle n'avait réglé que deux mensualités, l'école l'a assignée en paiement du solde du prix convenu. Mais le tribunal d'instance n'a pas fait droit à l'intégralité de cette demande, ayant estimé que, l'usage étant de faire payer la scolarité par trimestre, est abusive une clause qui oblige à payer en son entier une année scolaire à peine commencée.

243. La Cour de cassation a cassé ce jugement au motif « qu'en refusant à faire application d'une clause contractuelle claire et précise qui dérogeait à l'usage invoqué, sans caractériser en quoi elle serait constitutive d'un abus de nature à la privé d'effet » le tribunal a violé l'article 1134 du code civil. Cet arrêt peut être considéré comme consacrant a contrario la

³²⁴ Cass. civ. française, 1^{ère}, 10 mai 1989, Bull. civ., I, n° 187, p. 479, D 1990, som 385, obs. AYNES L.; Cass. com. française, 7 avril 1998, D. 1999. J. 514, note: CHAUVEL P.;

³²⁵ Selon un courant doctrinal majoritaire, la notion de bonne foi, vague et floue, ne permet, au moins en droits français et égyptien, de régler qu'indirectement les problèmes de déséquilibre entre les parties lors de la formation du contrat PICOD Y. et DAVO H., « Droit de la consommation », précité, n° 241, p. 142, CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., « Droit de la consommation », précité, n° 173, p. 201 ; PICOD Y., « Effet obligatoire des conventions, exécution de la bonne foi des conventions », Jurissclass. civ. (articles 1134 et 1135) n° 6 cité par PICOD Y. et DAVO H., « Droit de la consommation », précité, p. 142 bas de page n° 4.

³²⁶ DELEBECQUE Ph, note sous Cass. civ., 1^{ère}, 6 décembre 1989, J.C.P., 1990, éd. G., II, 21534, n° 4 ; Madame Lefebvre prévoit que : « La relation entre la bonne foi et les clauses abusive est de deux ordres. Premièrement, on peut considérer qu'il s'agit de d'une manifestation de la fonction adaptative de la bonne foi lorsque les tribunaux tiennent compte d'éléments postérieurs à la formation du contrat pour réduire ou invalider une clause au contrat. Deuxièmement, ce contrôle peut constituer une illustration de la fonction limitative de la bonne foi, car la clause abusive peut être la conséquence d'avoir abusé de son droit de contracter en imposant un contenu obligationnel visant uniquement à protéger ses propres intérêts », LEFEBVRE B., « La bonne foi dans la formation du contrat en droit québécois », précité, p. 235.

possibilité pour le juge de faire une « application directe » de l'article 35 de la loi n° 78/23 du 10 janvier 1978, il met en évidence qu'il est question pour la Cour de cassation de juger si le principe de la force obligatoire des conventions s'oppose à l'interprétation par les juges du fond des clauses précises et clairement exprimées du contrat.

244. Abus de droit et bonne foi, même combat³²⁷! Ainsi pourrait-on résumer l'opinion qui semble dominer la doctrine contemporaine. Pour M. Le Tourneau, « tout abus en matière contractuelle ... est une violation délibérée ou non à la bonne foi »³²⁸. Plus précisément, selon M. Aynès, l'abus de droit ne correspondrait qu'à une partie de la bonne foi³²⁹. A cela plusieurs raisons. D'une part, les deux mécanismes ont la même justification. C'est à n'en pas douter, le besoin de moraliser les relations contractuelles qui a poussé les magistrats à développer les deux mécanismes³³⁰; d'autre part, il est possible d'attribuer aux deux notions le même fondement textuel, à savoir l'article 1134, alinéa 3 du Code civil³³¹. Enfin, ces propos sont étayés par une jurisprudence qui parfois n'hésite pas à mentionner les deux termes au sein d'une même décision de justice. Ainsi en est-il d'un arrêt en date du 5 octobre 1993 dans lequel la Chambre commerciale a approuvé les juges du fond d'avoir qualifié la rupture d'un contrat de concession d « abusive et de mauvaise foi »³³².

245. D'autres auteurs ayant tenté de découvrir les différences pouvant exister entre l'abus de droit et la bonne foi sont parvenus à la même conclusion. Ainsi en est-il de M. le Doyen Ancel³³³. Selon ce dernier, l'analyse de leur fonction respective, leur domaine d'action ainsi que leur contenu, témoigneraient de leur gémellité. Les magistrats, lorsqu'ils emploient le terme « abus », pourraient tout aussi bien se référer à la bonne foi contractuelle, qu'il s'agisse d'un manquement relatif à la formation, l'exécution ou encore la rupture d'un contrat³³⁴. Enfin, leur contenu serait identique dès lors que les deux notions sont délimitées, aujourd'hui encore, par

³²⁷ SEYSSEL M.-A., L'abus de droit dans les contrats, thèse, Chambéry, 2004, p.230

³²⁸ LE TOURNEAU Ph., Bonne foi, Rep. civ., Dalloz, 1995, n°53.

³²⁹ AYNES L., article précité, p. 195.

³³⁰ Pour une opinion contraire voir O. Anselme-Martin pour qui l'utilisation de l'alinéa 3 de l'article 1134 nous « incite à croire, faussement, à une présence de la morale là où ne se manifestent que les conséquences logiques de la volonté des contractants », Petites affiches, 22 janvier 1997, Doctr., spéc. n°18.

³³¹ La jurisprudence belge n'a pas hésité à fonder la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle sur l'article 1134, alinéa 3 « Le principe de l'exécution de bonne foi consacré par l'article 1134 du Code civil interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci », Cour de cassation, 19 septembre 1983, cité par P. Van Omme-slaghe, La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, in Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 881, spéc. n° 19.

³³² Com., 5 octobre 1993, pourvoi n° 91-10408, Bull, civ., IV, n° 326 ; J.C.P. 1994, éd. E., II, n° 557, note Ch. Jamin ; J.C.P., 1994, II, n° 22224, note Ch. Jamin ; D. 1995, Somm., p. 70, obs. D. Ferrier. Sauf à admettre que mauvaise foi et défaut de bonne foi ne sont pas synonymes.

³³³ ANCEL P., Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, in L'abus de droit dans les contrats, colloque Lyon II, octobre 1998, J.C.P. 1999, éd. E., Cah. dr. ent. n° 6, p. 30 et s.

³³⁴ ANCEL M. illustre cette affirmation en évoquant la jurisprudence relative aux clauses résolutoires expresses, article précité, p. 35.

des contours flous. La conclusion de l'auteur est alors sans appel : il n'y a aucune différence entre les deux concepts³³⁵.

246. Il en va de même pour M. Darmaisain qui, dans sa thèse consacrée au contrat moral³³⁶, propose de « redéfinir » l'abus de droit³³⁷. A travers le concept de contrat moral³³⁸, l'auteur considère que l'abus de droit « n'est pas autre chose que la violation des obligations morales contractuelles qui coexistent avec les obligations structurelles »³³⁹. L'auteur poursuit sa démonstration en affirmant que de nombreuses décisions jurisprudentielles fondées sur la bonne foi pourraient alors être rattachées à la théorie de l'abus de droit³⁴⁰. L'auteur en conclut alors que l'abus ne provient pas d'un droit mal utilisé, mais d' « *une obligation non exécutée* »³⁴¹.

247. Il convient de noter que la doctrine belge s'est, elle aussi, interrogée sur le point de savoir s'il existait des différences entre le principe de bonne foi et l'abus de droit. Ce principe d'exécution de bonne foi des conventions se trouve au même alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil belge.

248. Si la doctrine reste divisée, il semble que la jurisprudence ait tranché la question³⁴². La Cour de cassation belge a, en effet, affirmé dans un arrêt de principe que « Attendu que le principe de l'article 1134 du Code civil, selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, interdit à une partie d'abuser des droits que la conventions lui a conférés (...) »³⁴³. Pour la doctrine, semble-t-il majoritaire, le débat est clos dès lors que la jurisprudence assimile les deux mécanismes³⁴⁴. M. Van Ommeslaghe appuie cette position jurisprudentielle en considérant que la bonne foi est une notion trop floue et incertaine, et ne peut être mise en pratique qu'à travers l'abus de droit³⁴⁵.

249. Nous ferons simplement remarquer que s'il est vrai que la notion de bonne foi est, aujourd'hui encore, une notion floue, il n'en reste pas moins que ces qualificatifs peuvent

³³⁵ L'auteur poursuit sa démonstration en affirmant qu'il n'existe aucune différence quant aux sanctions applicables, article précité, p. 36 et s..

³³⁶ DARMAISAIN S., *Le contrat moral*, L.G.D.J., coll. biblio. dr. privé, 1999, tome 343, 2000.

³³⁷ DARMAISAIN S., thèse précitée, p. 176, n° 277 et s..

³³⁸ Le contrat moral qui ne serait selon les termes employés par l'auteur pas un contrat au sens de l'article 1101 du Code civil peut être défini comme « la somme des obligations morales juridiquement reconnues liant expressément ou implicitement des sujets de droit et la somme des engagements moraux ayant fait l'objet d'une déclaration de volonté afférentes toutes deux à une relation contractuelle précisément déterminée », p. 173, n° 270.

³³⁹ DARMAISAIN S., thèse précitée, p. 180, n° 286.

³⁴⁰ DARMAISAIN M. fait alors référence à la question de la révision des contrats pour imprévision, thèse précitée note 641, p. 181, n° 287.

³⁴¹ DARMAISAIN M., thèse précitée, p. 181, n° 286.

³⁴² VAN OMMESLAGHE P., *La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique*, in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 881, spéc. n° 19 et s.

³⁴³ Cour de cassation, 19 septembre 1983, P. Van Ommeslaghe, *La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique*, in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 881, spéc. n° 19 et s..

³⁴⁴ La jurisprudence citée par P. Van Ommeslaghe, article précité, n° 22.

³⁴⁵ VAN OMMESLAGHE P., article précité, n° 22.

s'appliquer avec la même force à l'abus de droit. Voilà alors une démarche qui s'avère peu éclairante concernant notre droit positif français.

250. MM. Mazeaud avaient proposé d'envisager l'abus de droit comme un simple cas d'application de la responsabilité délictuelle et, en conséquence, de le soumettre à l'article 1382 du Code civil³⁴⁶. Cette proposition a été reprise par divers auteurs, et notamment par M. Stoffel-Munck³⁴⁷.

251. En envisageant une théorie plurielle de l'abus dans le contrat, M. Ph. Stoffel-Munck a proposé d'admettre que l'abus puisse être caractérisé par un comportement déloyal au sens de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil. M. Stoffel-Munck indique que le contrat « apparaît comme une construction d'obligations ». Il envisage alors l'obligation comme « un élément de la structure du contrat »³⁴⁸. Considérant que la bonne foi n'est pas une obligation, il en tire la conséquence que la bonne foi ne peut trouver sa source dans le contrat; elle lui est extérieure³⁴⁹.

252. Sans entrer dans le débat plus général qui consiste à permettre l'application de la responsabilité délictuelle au sein du contrat, débat qui dépasse l'objet de notre étude, l'affirmation selon laquelle seule la responsabilité délictuelle a vocation à régir les actions fondées sur la réparation d'un dommage subi lors de l'exécution d'un contrat nous paraît être une affirmation erronée, sauf à considérer que le contrat ne se caractérise que par les obligations qu'il peut faire naître et, en conséquence nier le contrat en tant que véritable norme³⁵⁰. Concernant l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans la sphère contractuelle, M. Bénabent s'est étonné du développement de l'abus de droit, selon lui fondé directement sur l'article 1382 du Code civil, alors que le droit des contrats possède l'article 1134, alinéa 3 du même code. Sauf à regretter le lien qui est fait entre l'abus de droit et la responsabilité délictuelle, ces propos démontrent que l'invasion de la responsabilité délictuelle dans le contrat n'est pas « chose naturelle » et, de plus, qu'il est délicat de relier les articles précités.

³⁴⁶ « Même en matière de contrat, l'abus du droit constitue une faute délictuelle ou quasi-délictuelle. Le fait que l'agent est un contractant ne modifie pas la nature du manquement qui ne peut être considéré comme une faute contractuelle. En effet, il ne s'agit pas, dans ce cas, de la violation d'une obligation contractuelle : l'acte incriminé est conforme à la lettre du contrat; il a été accompli en respectant la lettre de la convention. Il s'agit, en réalité, d'un manquement à un principe général, à une règle non écrite, assimilable à une obligation légale, et tendant à limiter les droits subjectifs en interdisant l'exercice antisocial du droit (...) », H., L. et J. Mazeaud, ouvrage précité, n° 551.

³⁴⁷ Selon cet auteur « La faute dans l'exercice d'un droit « que la doctrine et la jurisprudence envisagent dans le contrat par la qualification d'abus n'est qu'une simple forme de faute délictuelle entre contractants ». Il ajoute « (...) l'abus reproché au contractant doit ressortir de la responsabilité délictuelle, car le devoir de loyauté auquel manque le contractant n'est pas par lui-même une obligation contractuelle. Il dérive de cette grande exigence de civilité dont l'article 1134 al. 3 se borne à imposer le reflet dans la sphère contractuelle (...) », thèse précitée, p. 287, n° 343.

³⁴⁸ STOFFEL-MUNCK Ph., thèse précitée, p. 141, n° 149 et s..

³⁴⁹ « Forcée par des préoccupations de civilité, d'une portée indiscutablement générale, la bonne foi ne serait mentionnée dans l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qu'à titre indicatif, dans le but de souligner que le monde clos que créent les contractants ne peut exclure cet impératif élémentaire de la vie en société, et non dans celui de proclamer une obligation spécifiquement contractuelle », STOFFEL-MUNCK Ph., thèse précitée, p. 139, n° 154.

³⁵⁰ STOFFEL-MUNCK Ph., thèse précitée, p. 141, n° 155 et s..

253. La notion de bonne foi nous apparaît constituer un bon correcteur des graves déséquilibres affectant le contrat. Ne se limitant pas à une sorte déterminée de clauses abusives, son utilisation pourrait, à profit, être généralisée à tout le droit de la consommation. Les jurisprudences française et moldave doivent être encouragées à appliquer cette technique juridique afin de contrôler la cohérence interne du contrat et d'écartier les clauses abusives risquant d'affecter la formation correcte du contrat de consommation.

254. Conclusion. Aujourd'hui, quelle que soit le mécanisme utilisé, la bonne foi ou abus de droit, les droits contractuels ne peuvent se réaliser que conformément à l'équité. Toute personne a le droit de proposer au public de conclure des contrats sur la base de conditions préédigées. Mais n'est-ce pas abuser de ce droit que de proposer des contrats gravement déséquilibrés, en jouant sur l'ignorance ou l'inexpérience des contractants éventuels ? La question, semble-t-il, éprouve d'ailleurs la plus grande répugnance à admettre l'abus de droit en matière contractuelle³⁵¹.

255. L'abus de droit dans les contrats sanctionne l'abus par l'un des cocontractants d'un droit subjectif. Il s'agit dans une relation bilatérale de sanctionner l'abus de la liberté de contracter et de l'autonomie de la volonté. Selon la décision de la Cour de cassation du 21 février 2006 « si la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre »³⁵². Par exemple l'abus dans la fixation du prix, les clauses résolutoires de plein droit mises en œuvre par un contractant qui n'est pas de bonne foi.

256. L'abus de droit a pu être discuté en droit des contrats en raison de l'absence de droits subjectifs à proprement parler, ce droit comportant surtout des libertés, comme la liberté contractuelle³⁵³. Très souvent d'ailleurs, la doctrine, malgré cette discussion, retient la possibilité d'utiliser cette théorie dans ce domaine³⁵⁴. Ainsi on retrouve ce fondement dans la jurisprudence contrôlant la détermination du prix. Depuis un arrêt de l'Assemblée Plénière du 1er décembre 1995, la fixation unilatérale du prix est autorisée³⁵⁵. Quelle que soit la portée réelle de cette jurisprudence³⁵⁶, il semble désormais qu'elle considère que unilatéral n'est plus

³⁵¹ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., op. cit., n° 173.

³⁵² Cass. civ. 1, 21 février 2006

³⁵³ ANCEL P., Critères et sanctions de l'abus en matière contractuelle, in L'abus de droit dans les contrats, Cah. dr. ent. 1998/6, p. 31 ; MAINGUY D., Premier regard sur l'abus de droit dans les contrats, idem, p. 1 à 3.

³⁵⁴ BON-GARCIN I, L'abus de droit dans les contrats de crédit, in L'abus de droit dans les contrats, Cah. dr. ent. 1998/6, p. 4.

³⁵⁵ Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, RJDA 1/1996, p. 3, note FRISON-ROCHE M.A. et ccl. M. Jéol, D. 1996, 13, note AYNES L., RTDciv. 1996, p. 153, note MESTRE J., JCP 1996, éd. G, II, 22565, note GHESTIN J.

³⁵⁶ MOLFESSIS N., Les exigences relatives au prix en droit des contrats, in Le contrat : Questions d'actualité, Les Petites Affiches, 5 mai 2000, p. 42 et s. : la réserve des dispositions spéciales fait que certains contrats, comme

systématiquement synonyme d'arbitraire³⁵⁷. En admettant cette nouvelle conception, la jurisprudence remet en cause la présomption d'équilibre contractuel comme résultat de l'accord des parties. Cet équilibre peut résulter d'une fixation unilatérale du prix, voire des autres éléments du contrat. N'est-ce pas prendre acte du développement de la pratique des contrats d'adhésion ? Cependant la jurisprudence instaure un contrôle de cette fixation, en sanctionnant l'abus. Ce revirement permet de « déplacer l'analyse de celle du consentement de l'acheteur à celle du comportement du vendeur »³⁵⁸. Le droit ne prend plus en compte comme cause de déséquilibre, l'absence de consentement mais le comportement de l'une des parties.

257. La jurisprudence du 1^{er} décembre 1995 affirme désormais : « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation »³⁵⁹. Cette jurisprudence avait été annoncée par les arrêts Alcatel du 29 novembre 1994³⁶⁰. Dans cette décision, le fondement relève plutôt de l'exécution de bonne foi du contrat³⁶¹. Cette utilisation avait déjà été préconisée au milieu du siècle pour corriger un certain nombre de déséquilibres. Ainsi, le principe de bonne foi joue un rôle non négligeable dans l'interprétation des contrats³⁶². L'inconvénient majeur de cette notion concerne le pouvoir souverain des juges du fond et donc l'absence de contrôle de la Cour de cassation. La solution rendue en 1995 tient compte de cet élément et ne vise donc plus que la notion d'abus³⁶³. Mme Pérot-Morel avait déjà proposé ce mécanisme mais elle émettait la réserve suivante : « l'abus de droit pourrait évidemment fournir

l'assurance et la vente, doivent avoir un prix déterminé et d'autres non, comme le contrat de franchise. Dans le cas d'une exigence d'un prix déterminé, la bilatéralité s'impose : n°13, p. 45 ; BENABENT A., Droit civil, Les obligations, 7^{ème} édition, n°148 : « C'est le principe qui est depuis lors régulièrement réaffirmé en toutes matières : contrats de distribution ou de fournitures, contrats de crédit et même les contrats d'entreprise » ; n° 149 : il cite cependant les cas où il existe un texte particulier exigeant un tel accord des parties, comme la vente, le bail, le prêt à intérêt, la rente viagère ou le contrat d'assurance.

³⁵⁷ Avant ce revirement, une partie de la doctrine avait déjà cette analyse: MAINGUY D., Bref retour sur l'indétermination du prix, Cah. dr. ent. 1998/2, p. 24, n°4 : « Certains observaient que la détermination unilatérale du prix n'était pas équivalente à une détermination arbitraire parce que les règles de la concurrence avaient pour fonction de rejeter cet arbitraire ».

³⁵⁸ FOSSEREAU J., L'indétermination du prix dans les contrats, in Rapport de la Cour de cassation, 1995, p. 116 ; BEHAR-TOUCHAIS M. et VIRASSAMY G., Traité des contrats, Les contrats de la distribution, LGDJ 1999, n°248 et s. spéc. n°260 ; FAGES B. et MESTRE J., L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, RTDcom. 1998, p. 76.

³⁵⁹ FIN-LANGER L., L'équilibre contractuelle, Paris : LGDJ, 2002, n° 403, p.139

³⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, D. 1995, 122, note L. Aynès

³⁶¹ FAGES B., L'abus dans les contrats de distribution, in L'abus de droit dans les contrats, Cah. dr. ent. 1998/6, p. 12, n°7 : il compare l'abus de droit avec la bonne foi et notamment, l'abus sanctionne un comportement négatif alors que la bonne foi exige un comportement positif; ANCEL P., Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, idem, p. 34 à 36 : il existe, selon cet auteur, une attraction vers la bonne foi, mais les deux se distinguent par la différence de fonction, de domaine et de contenu.

³⁶² PEROT-MOREL M.-A., De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, Th. Grenoble, 1956, p. 158 à 160.

³⁶³ PECH-LE GAC S, La proportionnalité en droit privé des contrats, Th. Paris XI, 1997, n°1421.

une technique valable, mais l'arbitraire y serait plus que partout ailleurs dangereux puisque la lésion serait ainsi prise en considération sans aucune organisation pratique, sans frein ni directives pour le juge»³⁶⁴. Cette remarque semble ne plus constituer un obstacle en raison précisément de ce contrôle de la Cour de cassation. Il faut d'ailleurs préciser qu'une partie de la doctrine avait préconisé cette solution pour contrôler le prix, même si certaines incertitudes planaient sur ce fondement³⁶⁵.

258. Ce contrôle de l'abus relève de l'analyse du comportement de l'une des parties, voire d'une faute de l'une des parties³⁶⁶. En réalité ce critère dépend de la conception retenue de la notion d'abus. La doctrine est partagée entre une vision objective³⁶⁷ et une vision subjective³⁶⁸. Enfin, certains considèrent que les deux approches sont cumulables: il faut non seulement regarder le comportement de l'une des parties mais aussi le résultat, indice de ce comportement critiquable de l'une des parties³⁶⁹. Vu l'attendu de principe, il semble que l'approche subjective soit nécessaire car la Cour de cassation parle de l'abus dans la fixation du prix. Elle vise donc la cause du prix excessif : une fixation abusive. De plus, le visa utilisé se réfère aux articles 1134 et 1135 du Code civil, c'est-à-dire aux obligations du contrat. La sanction relève également de la responsabilité contractuelle : la résiliation ou l'indemnisation. Elle correspond d'ailleurs à la sanction habituelle de l'abus de droit en matière contractuelle³⁷⁰. La faute contractuelle peut s'inspirer d'un critère plus ou moins subjectif, mais une faute, un manquement aux obligations contractuelles semble nécessaire. En reconnaissant cette possibilité d'une fixation unilatérale du prix, la Cour de cassation exige finalement une certaine loyauté contractuelle de la part du

³⁶⁴ PEROT-MOREL M.-A., op. cit., p. 162.

³⁶⁵ M.A. FRISON-ROCHE, Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences, Les Petites Affiches, 8 décembre 1993, p.18, n°26 a 30 ; AYNES L., Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?, D. 1993, chr.27

³⁶⁶ M.-A. PEROT-MOREL, op. cit., p. 162.

³⁶⁷ J. MESTRE, note sous Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, RTDciv. 1996, p. 155 : critère retenu est le profit légitime ou illégitime ; M.-A. FRISON-ROCHE, De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix, RJDA 1996/1, p. 9, n° 39 : « il y a abus dans la fixation du prix lorsque l'équilibre entre les contreparties est totalement méconnu ».

³⁶⁸ AYNES L., note sous Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, D. 1996, 20 : « En général, lorsque le juge contrôle l'exercice d'un droit de fixation unilatérale du prix, ce n'est pas la valeur objective du bien qu'il s'attache à découvrir, mais la loyauté de la pratique contractuelle » ; GHESTIN J., note sous Ass. Plen. 1^{er} décembre 1995, JCP 1996, éd. G, I, 22565, n°42 : « A partir de l'appréciation de cette analyse, l'appréciation de l'abus de droit passe par un jugement porté sur le comportement de celle des parties qui avait le pouvoir de fixer unilatéralement le prix » ; MAINGUY D., Bref retour sur l'indétermination du prix, Cah. dr. ent. 1998/2, p. 25, n°6.

Cette vision subjective correspond en réalité à la notion d'abus de droit en général qui est plutôt une norme de comportement, un jugement de valeur porté sur ce comportement : ANCEL P., Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, in L'abus de droit dans les contrats, Cah. dr. ent. 1998/6, p. 33.

³⁶⁹ BANDRAC M., Liberté et responsabilité nouvelles après les arrêts de l'Assemblée Plénière du 1^{er} décembre 1995, Cah. dr. ent., suppl. n°5/1996, p. 42, n°17 : « l'abus apparaît bien (...) comme un détournement de pouvoir égoïste. L'écart avec le prix du marché peut être un indice de ce détournement, mais il ne devrait jamais être retenu en lui-même » ; JAMIN C., Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives, JCP 1996, éd. G, I, 3959, n°26 ; LAUDE A., La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap, D. Aft. 1996, n°1, p. 5 et 6.

³⁷⁰ ANCEL P., Critères et sanctions de l'abus de droit, in L'abus de droit dans les contrats, Cah. Dr.ent.1998/6, p.33

titulaire de cette faculté unilatérale³⁷¹. L'indemnisation représente une technique précieuse permettant au juge de rééquilibrer les contrats : « au travers de l'appréciation que le juge aura de l'étendue des obligations que l'équité imposait et de l'évaluation qu'il fera du dommage, il disposera d'un pouvoir particulièrement étendu, pouvant aller jusqu'à assurer l'équilibre pécuniaire de l'ensemble des relations contractuelles des parties»³⁷². Le montant des dommages-intérêts permet de réduire concrètement le prix demandé et donc de restaurer d'une certaine manière l'équilibre financier du contrat³⁷³. Ce fondement semble donc plus propice au rééquilibrage par rapport à la jurisprudence fondée sur l'article 1129 du Code civil. « Dans cette analyse, le déséquilibre ne constitue pas la condition de mise en œuvre de la sanction. Seule la faute est prise en compte. Le déséquilibre peut en revanche jouer un rôle dans l'appréciation du dommage et dans celle du montant de la réparation. Par la sanction de l'abus de droit, la jurisprudence tente de garantir une composition harmonieuse du contenu du contrat, c'est-à-dire un équilibre d'un point de vue statique »³⁷⁴. La doctrine a pu proposer l'utilisation de cette notion pour contrôler d'autres éléments du contenu du contrat, comme certaines clauses qui imposent au distributeur des rendements ou des investissements trop lourds³⁷⁵.

§ 2nd - L'enrichissement sans cause

259. En introduisant dans le contrat de consommation des clauses lui permettant d'en tirer des avantages excessifs, le professionnel peut s'enrichir illégitimement aux dépens du consommateur. Il s'avère donc opportun de vérifier si la théorie de l'enrichissement sans cause permet de contrôler les clauses abusives³⁷⁶. En droit français, la théorie de l'enrichissement sans cause est une création jurisprudentielle actuellement fondée sur l'article 1371 du Code civil.

260. Selon la jurisprudence française et moldave, est tenu à restitution celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui. Cependant, cette obligation existe sous cette forme et en vertu de cette source, seulement si certaines conditions sont réunies. Selon les

³⁷¹ AYNES L., note sous Ass. Plén. 1^{er} décembre 1995, D. 1996, p. 20 ; solution qui semble se confirmer en jurisprudence : MOLFESSIS N., Les exigences relatives au prix, in *Le contrat : Questions d'actualité*, Les Petites Affiches, 5 mai 2000, p. 51, n°25.

³⁷² LAUDE A., La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap, D. AfT. 1996, n°1, p. 7.

³⁷³ REVET T., La détermination unilatérale de l'objet, Colloque intitulé Unilatéralisme et droit des obligations, le 9 janvier 1998, Paris XII : «cette nouvelle jurisprudence permet de contrôler le prix, un certain équilibre » ; PECH-LE GAC S., La proportionnalité en droit privé des contrats, Th. Paris XI, 1997, n°1467.

³⁷⁴ FIN-LANGER L., L'équilibre contractuelle, Paris : LGDJ, 2002, p.280, n° 404

³⁷⁵ FAGES B., L'abus dans les contrats de distribution, in *L'abus de droit dans les contrats*, Cah. dr. ent. 1998/6, p. 15, n°26 ; ANCEL P., Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, idem, p. 30.

³⁷⁶ BRICKS H., « Les clauses abusives », LGDJ, 1982, n° 29; TAHITA J.-C., « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats », p. 147 et s cité par KARIMI A., « Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit », LGDJ, 2001, p. 179 bas de page.

jurisprudences française et moldave³⁷⁷, l'action de l'enrichissement sans cause est recevable seulement si : l'enrichissement réalisé et l'appauvrissement correspondant sont dépourvus d'une cause juridique de nature à les justifier ; l'enrichisseur n'a pas à sa disposition pour obtenir satisfaction, d'autre action que celle fondée sur l'enrichissement et qui a, par rapport à tous autres moyens de droit, un caractère subsidiaire. Par conséquent, cette théorie est loin d'être efficace pour remédier au déséquilibre contractuel³⁷⁸. Les deux conditions ne sont en effet pas réunies dans notre hypothèse. D'une part, l'enrichissement du professionnel a une cause bien évidente (le contrat de consommation) et de l'autre part, le consommateur dispose d'autres mesures propres à remédier aux clauses abusives du contrat³⁷⁹.

261. Dans le cas des clauses abusives, nous sommes en face d'un problème moral que pose le déséquilibre des prestations en faveur de la partie la plus forte. Ainsi, on peut songer au principe selon lequel nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui : celui qui rédige des clauses à son unique avantage s'enrichit-il aux dépens de son contractant ? Quand l'enrichissement a été obtenu aux dépens d'autrui, l'appauvrissement de l'un est l'enrichissement de l'autre³⁸⁰. On observe là une manifestation de lien de causalité. Ainsi, dans l'enrichissement sans cause, la personne obligée n'accomplit aucune action qui soit la source de son obligation.

262. La question a été rarement examinée. A notre connaissance, la recevabilité de l'action *de in rem verso*³⁸¹ en matière de clauses abusives n'a été admise par aucun auteur³⁸². Ripert écrivait que : « l'action de in rem verso, fondée sur le principe d'équité, défend de s'enrichir au détriment d'autrui... »³⁸³. En effet, cette recevabilité est soumise à deux conditions rigoureuses : absence de cause et l'absence de toute autre voie de droit. Cette double exigence, relevée toujours par la jurisprudence³⁸⁴, entraîne immédiatement l'exclusion de cette technique dans les rapports entre contractants. Il est même à noter que l'action fondée sur l'enrichissement sans cause n'est pas admise par les juridictions « pour suppléer à une autre action que le

³⁷⁷ Cour d'appel de Paris, 26 juin 1991, G. P., 28 et 29 juin 1995, p. 20; Cass. civ. française, 1^{er}, 20 décembre 1993, J.C.P., 1994, II, 22307 ; note FROUSSEL Ph. ; Cass. civ. française, 1^{er}, 12 juillet 1994, Bull. civ., I, n° 250. p. 181.

³⁷⁸ KARIMI A., « Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit », précité, n° 433, p. 179 ; PICOD Y. et DAVO H., « Droit de la consommation », édition Dalloz, 2005, n° 239, p. 140.

³⁷⁹ « Son caractère subsidiaire lui assigne nécessairement un domaine extra contractuel », ROUBIER M., « travaux de l'association H. Capitant », tome IV, D. 1948, p. 38 et s ; La Cour de Cassation française a précisé qu' : « Il n'appartient pas au juge de modifier le contrat initial conclu par les parties de retirer au vendeur le bénéfice qui trouve sa juste cause dans la convention reconnue licite et obligatoire pour ceux qui l'ont volontairement souscrite », Cass. civ. française, 17 mai 1944, S., 1944, I, 132, cité par KARIMI A., « Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit », précité, p. 179 bas de page.

³⁸⁰ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 4eme édition, LGDJ, 1949, p.261, 421 p.

³⁸¹ Dictionnaire latine traduit comme « le remboursement de l'enrichissement sans cause »

³⁸² KARIMI A., Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, éd. L.G.D.J., Paris 2001, p.179, 414 p.

³⁸³ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 4eme édition, LGDJ, 1949, p.249, 421 p.

³⁸⁴ Cour d'appel Paris du 26 juin 1991 : Gaz.Pal. 28 et 29 juin 1995, p.20 ; ROUSSEL F., note sur l'arrêt de la Cour de cassation 1^{er} chambre civile du 20 décembre 1993 ; cour d'appel Limoges du 2 juin 1993 : JCP 1994, ed. Notarial, II, p.339

demandeur ne peut intenter par une suite de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de rapporter la preuve qu'exige cette action »³⁸⁵.

263. Ainsi l'enrichissement sans cause a un caractère subsidiaire, lui étant assigné nécessairement un domaine extracontractuel³⁸⁶. Rouast propose de définir le caractère subsidiaire de l'action de in rem verso en disant : « l'action doit être écartée toute les fois que le demandeur a la disposition d'une autre voie de droit pour obtenir satisfaction »³⁸⁷. Même quand il est question d'appliquer cette technique dans les relations entre les individus ayant déjà eu des rapports contractuels, les juridictions veillent à ce que ces rapports soient éteints. On peut observer ce phénomène dans l'arrêt du 25 mai 1992 de la Cour de cassation³⁸⁸. La haute juridiction affirme : « En énonçant que l'annulation de la vente faisait disparaître tout lien de droit entre le vendeur et l'acquéreur, une cour d'appel relève, implicitement, que le droit de propriété de l'acquéreur avait rétroactivement disparu, ainsi que l'intérêt personnel qui l'avait incité à procéder, sur le tableau qu'il avait acquis, à des travaux de restauration. C'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation que les juges du fond évaluent l'appauvrissement du demandeur à l'action de in rem verso ».

264. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que l'enrichissement a une juste cause quand il est obtenu en exécution d'un contrat³⁸⁹. Elle a estimé plus tard³⁹⁰ « qu'il n'appartient pas au juge de modifier le contrat initial conclu par les parties ni de retirer au vendeur le bénéficiaire qui trouve sa juste cause dans la convention reconnue licite et obligatoire pour ceux qui l'ont volontairement souscrite ».

265. Contrat contraire à la conscience! Comment pourrait-on mieux marquer la valeur de la règle morale. L'acte juridique réunit les conditions essentielles de validité, mais, par suite de la faiblesse, de l'erreur, de l'état de nécessité ou de la légèreté des parties, il se traduit par l'enrichissement injuste de l'un au détriment de l'autre³⁹¹. On demande alors au juge d'apprécier la valeur de cet acte, de l'annuler ou d'en modifier les termes, pour rétablir cet équilibre qui représente pour nous la justice par l'égalité. A ce titre, il est évident que la notion d'enrichissement sans cause n'est pas d'un grand secours pour la lutte contre les clauses abusives des contrats, ainsi que si la clause enrichit le contrat, la cause de cet enrichissement réside dans le contrat. Est-ce la notion de cause qui doit intervenir dans les rapports entre les

³⁸⁵ Cour d'appel Limoges du 20 avril 1995 : Bull. inf. ; Cour de cassation du 1^{er} juillet 1995, p.20, n°719 ; KARIMI A., Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, éd. L.G.D.J., Paris 2001, p.180, 414 p.

³⁸⁶ Il s'agit d'un avis majoritaire de la doctrine, ROUBIER V.M., Travaux de l'Association H.Capitant, t.IV, Dalloz, 1948, p.38-38

³⁸⁷ ROUAST A., Revue trimestrielle, 1992, n°26, p.52

³⁸⁸ TOURNAFOND O., note sous Cassation française 1^{er} Chambre civil du 25 mai 1992 : Dalloz 1993, p.235

³⁸⁹ Cour de cassation française 1^{er} Chambre civil du 18 octobre 1898 : Dalloz 1899, I, 105

³⁹⁰ Cour de cassation française 1^{er} Chambre civil du 17 mai 1944 : Sirey 1944, I, 132

³⁹¹ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 4e édition, 1949, p.117

contractants dont l'un est enrichi et l'autre est appauvri à la suite de l'insertion d'une clause abusive dans le contrat ?

266. **En conclusion**, on peut mentionner que l'ensemble de l'opération contractuelle doit être licite. Fondé sur le postulat de la liberté contractuelle, le droit civil offre peu de moyens adaptés de lutter contre un déséquilibre contractuel. Ainsi, la lésion n'est-elle admise que dans certains cas particuliers tenant au type de contrat (vente d'immeuble, Code civil, art. 1674. or la vente d'engrais, Loi du 8 juill. 1907) ou à la personne d'un des contractants, incapable (Code civil, art. 1118). Or le consommateur n'appartenant pas à cette dernière catégorie – quoique l'on ait pu voir dans la multiplication des règles protectrices, une manière de *capitis deminutio*³⁹² –, ne peut bénéficier des dispositions du Code civil sur ce point. Toutefois, un certain nombre de remèdes peuvent être utilisés pour sanctionner un déséquilibre dans le contrat³⁹³. Les fondements sont assez disparates et les sanctions diverses, allant de l'anéantissement total du contrat, à une application limitée de la clause litigieuse.

267. Enfin, quels sont les outils dont on dispose pour anéantir ces clauses ou pour lutter contre ce déséquilibre contractuel ? Certains outils classiques peuvent rééquilibrer le contrat : la lésion, outil relatif à la notion d'équité, et la théorie générale de l'abus de droit. Ils se trouvent que ces outils se sont révélés inefficaces pour lutter contre des clauses à caractère abusif, d'ailleurs la jurisprudence s'est montrée timide dans leur utilisation pour lutter contre les clauses. C'est ainsi que les insuffisances du droit commun pour lutter contre les clauses abusives dans contrat de consommation conduisent à affirmer la nécessité d'une législation particulière sur les clauses abusives.

³⁹² MALAURIE Ph., AYNES L., « Droit civil, Les obligations », Cujas, 10e éd. 1999, n° 325

³⁹³ MAZEAUD, D. « La protection par le droit commun, in Les clauses abusives entre professionnels », Economica, 1998, p. 33

Titre II - La nécessité d'une législation particulière sur les clauses abusives

268. A l'heure de la consommation de masse on ne peut plus en rester à des remèdes disparates et individualistes. Le Code civil ignorant ce phénomène, il faut, aujourd'hui, y remédier. On peut donc affirmer que disposer d'une grande loi ou de plusieurs lois spécialement consacrées à la protection des consommateurs fait aujourd'hui partie des standards auxquels tout Etat se doit de répondre. Ne pas disposer de tels instruments juridiques apparaît désormais comme un signe de retard. Il ne s'agit pas d'un simple effet de mode, mais bien de satisfaire à un véritable besoin économique et social.

269. Au sein de l'actuelle Union Européenne, la question ne se pose plus. Si au moment de la signature, en 1957, du Traité de Rome, elle ne se posait pas encore, elle est aujourd'hui clairement résolue. L'idée de conférer des droits aux consommateurs, envisagée pour la première fois, en 1975, au niveau communautaire³⁹⁴, est désormais bien ancrée dans les textes : à la suite du Traité de Maastricht de 1992 et de l'actuel Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) un Titre entier est consacré à la protection des consommateurs³⁹⁵, tandis qu'il exigé, en leur faveur, «un niveau de protection élevé » à l'occasion de l'adoption des mesures de rapprochement des législations pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

270. Dans les dernières années, le droit de la consommation fut objet en France, de nombreuses modifications législatives importantes dans le domaine des clauses abusives, relevant tant du droit interne - la loi Chatel du 3 janvier 2008 et la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, justifiant qu'une large place leur soit accordée dans ce domaine - que du droit de l'Union Européenne, qu'il s'agisse de la directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive n° 87/102/CEE du Conseil³⁹⁶ que de la directive n°2011/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs³⁹⁷, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil.

271. Assurer une protection juridique des consommateurs représente donc aujourd'hui une obligation pour chacun des Etats membres de l'Union Européenne. Nombre de règlements et de directives ont été adoptés en ce sens. Les premiers s'appliquent directement tandis que les secondes doivent être transposées dans chacun des ordres juridiques nationaux.

³⁹⁴ Première programme "pour une politique de protection et d'information des consommateur"

³⁹⁵ Titre XV (art.169)

³⁹⁶ D. 2008. Act. lég. 212

³⁹⁷ COM (2008) 614 final, D. 2008. Act. Lég. 2784

272. Dans le but de valoriser l'importance et la nécessité de la législation sur les clauses abusives sous l'aspect comparatif, il faut rechercher la nécessité de règles protectrices, par le prisme de l'intervention du pouvoir législatif au niveau national (**Chapitre 1**) et au niveau de l'Union Européenne (**Chapitre 2**).

Chapitre I – L'intervention du pouvoir législatif au niveau national

273. Comme on l'a déjà montré, le droit de la consommation existe dans la plupart des pays³⁹⁸. En s'attachant à un pays déterminé, il convient, dans les sections qui suivent, de déterminer le constat de deux législations spécifiques en France (**Section 1**) et la réglementation minimale de la législation sur les clauses abusives dans la République de Moldova (**Section 2**).

³⁹⁸ Comme on a démontré dans l'introduction de la thèse la présence et l'évolution du droit de la consommation dans les pays européennes.

Section 1 – L'existence de deux législations spécifiques en France

274. Après, la nouvelle règle de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, en France, il existe deux législations spécifiques qui sanctionnent la création d'un déséquilibre significatif dans les contrats: les prévisions du Code de la consommation (§ 1^{er}) et les prévisions du Code du commerce (§ 2nd). Tenant compte de nombreuses interrogations, il est important de discuter de l'opportunité de cette double réglementation des clauses abusives (§ 3^e).

§ 1^{er} – Les prévisions du Code de la consommation

275. Afin de combler le déséquilibre contractuel, par ailleurs accentué par le développement du crédit et la publicité, l'accroissement de la taille des entreprises, en France a été élaborée une législation assez complète et parfois complexe en faveur des consommateurs. Ces dispositions depuis 1993, ont été rassemblées dans un Code de la consommation résultant de la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993³⁹⁹ complétée, par sa partie réglementaire, par un décret du 27 mars 1997⁴⁰⁰.

276. Cette législation s'est ordonnée autour de cinq axes principaux⁴⁰¹:

- (1) *L'information* : des dispositions réglementent la formation des contrats en imposant une information renforcée du consommateur de façon à restaurer les conditions d'un consentement éclairé du ce dernier ;
- (2) *La sécurité* : pour protéger les consommateurs, la loi organise au moyen de mesures préventives et répressives le contrôle des produits qui leur sont destinés ;
- (3) *L'action en justice* des associations lesquelles ont d'importants pouvoirs d'action en justice s'est développée ;
- (4) *Le crédit à la consommation et surendettement* : pour remédier au surendettement des particuliers, le législateur a mis sur pied deux procédures collectives propres aux particuliers, dont celle du rétablissement personnel inspirée des procédures applicables aux entreprises;

³⁹⁹ Journal Officiel 27 Juillet 1993

⁴⁰⁰ JACQUET J.-M., DELEBECQUE PH., CORNELOUP S., Droit du commerce international : Dalloz 2007. ; PICOD Y. et DAVO H., Droit de la consommation : Armand Colin 2005. ; AMIEL-DONAT J., Fasc. 800. ; CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté : LGDJ, 1988, préf. J.-AUBERT L.. ; CALAIS-AULOY J., Droit de la consommation, Dalloz, 8e éd. ; SAUPHANOR-BROUILLAUD N., L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, thèse, Paris I : LGDJ, 2001, préf. GHESTIN J..

⁴⁰¹ TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y., Les obligations, op. cit., n° 74, p. 84)

(5) *Les clauses abusives* : le législateur a mis en place un système qui permet de réputer ces clauses non écrites lorsqu'elles sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur.

277. Le premier texte consacré aux clauses abusives a été élaboré à l'initiative de Madame Scrivener, alors secrétaire d'Etat chargée de la consommation. Il s'agit de la loi nr.78-23 du 10 janvier 1978⁴⁰² : le chapitre IV de ce texte étant consacré exclusivement aux clauses abusives, suivi par son décret d'application nr.78-464 du 24 mars 1978⁴⁰³. Dix ans plus tard, l'arsenal de lutte contre les clauses abusives a été complété par une loi du 5 janvier 1988, dite loi Arthuis⁴⁰⁴, qui permet aux associations de consommateurs d'agir en justice pour la suppression des clauses abusives dans les modèles des contrats proposés aux consommateurs. De nombreuses tentatives législatives ont, depuis lors, marqué l'histoire des clauses abusives. L'article 9 du projet de la loi Neiertz (devenu la loi française nr.92-60 du 18 janvier 1992⁴⁰⁵) abandonné ensuite par les parlementaires, qui avait comme objectif d'augmenter les pouvoirs des juges en matière de clauses abusives, représentait un autre effort législatif en ce domaine. Il convient d'ajouter à cette liste le décret nr.93-314 du 10 mars 1993⁴⁰⁶ qui autorise le juge de demander à la commission des clauses abusives son avis sur le caractère abusif d'une clause soulevé à l'occasion d'une instance⁴⁰⁷.

278. Au total, l'intervention du législateur français dans le Code de la consommation est marquée par quatre reformes : la loi nr.78-23 du 10 janvier 1978 (**A**), la loi du 5 janvier 1988 (**B**), la loi nr.95-96 du 1^{er} février 1995 (**C**) et celle de la loi nr. 2008-776 du 4 août 2008 complétée par le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 (**D**).

A) - La loi du 10 janvier 1978

279. Ce sont les articles 35, 36, 37 et 38 de la loi nr.78-23 du 10 janvier 1978 qui organisent, pour la première fois, la lutte contre les clauses abusives. Concernant le domaine d'application de la loi, il faut mentionner que l'article 35 de la loi de 1978 vise «*les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs* ». La loi ne s'applique

⁴⁰² La loi de la République Française n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs des produits et de service (article 35 à 38), JO du 11 janvier 1978, p.301

⁴⁰³ Le décret de la République Française n°78-464 du 24 mars 1978 sur l'application de la loi de la République Française n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs des produits et de service, JO du 1^{er} avril 1978, p.1412

⁴⁰⁴ La loi de la République Française n°88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées des consommateurs et l'information des consommateurs, JO du 6 janvier, p.219

⁴⁰⁵ La loi de la République Française n°92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, JO du 21 janvier 1992, p.968

⁴⁰⁶ Le décret de la République Française n°93-314 du 10 mars 1993 relatif à la Commission des clauses abusives, JO du 12 mars 1993 p. 3847

⁴⁰⁷ CHARTIER Y., La réforme de la commission des clauses abusives, J.C.P., 1993, éd. Générale, n° 15.

donc pas à toutes les relations contractuelles: elle est faite pour protéger spécifiquement les consommateurs contre les clauses abusives.

280. La définition des clauses abusives se trouve dans l'article 35: sont abusives les clauses qui « apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Cette définition fait apparaître deux éléments : l'abus de puissance économique et l'avantage excessif. Ils doivent théoriquement être réunis pour qu'une clause puisse être qualifiée d'abusive. En pratique, les autorités chargées d'appliquer la loi se réfèrent surtout à l'avantage excessif.

281. Par conséquent, l'abus de la puissance économique, sans apporter un avantage excessif au professionnel, ne suffisait pas à justifier la protection de la partie la plus faible. C'est donc par les expressions « abus de la puissance économique » et « avantage excessif » que le législateur français de 1978 avait caractérisé la notion de clause abusive. Il fallait qu'une clause présente ces caractères pour qu'elle soit considérée comme abusive⁴⁰⁸.

a. L'abus doit être toujours un abus de la puissance économique⁴⁰⁹

282. Le législateur n'avait tenu compte en 1978 que d'une seule sorte d'abus : l'abus de la puissance économique, alors que d'autres sources d'abus pouvaient entraîner un déséquilibre contractuel et particulièrement le déséquilibre des compétences⁴¹⁰. Une autre question était de savoir quels éléments il fallait prendre en compte pour caractériser cette puissance économique. Il était bien évident que les éléments comme la taille de l'entreprise ou encore la part de marché détenue par le professionnel n'étaient pas nécessairement significatifs⁴¹¹. C'est pour cela que le contexte du marché jouait un rôle important. Dans une économie de pénurie, la puissance du fournisseur n'est absolument pas la même que dans un marché où joue la libre concurrence. De même quand un fournisseur détient une exclusivité, celle-ci représente une puissance économique qui lui permet d'imposer sa volonté à ses clients⁴¹².

⁴⁰⁸ DELEBECQUE Ph., note sous CA Aix-en-Provence, 20 mars 1980, D., 1982, n°11, p.131

⁴⁰⁹ CHARTIER Y., note sous Cour de cassation, 1^{er} chambre civile, 6 janvier 1994, Cour de cassation, 1^{er} chambre civile, 12 mars 2002, CJCE du 11 juillet 2001

⁴¹⁰ LAMBERTERIE de I. și WALLAERT C., « Le contrôle de clauses abusives dans l'intérêt des consommateurs dans les pays de la Communauté Economique Européenne-la France », Revue internationale de droit compare, 1982, n°36

⁴¹¹ TAHITA J.-C., La loi n°78-23 du 10/1/1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats, Thèse Poitiers, 1985, p.143

⁴¹² LAMBERTERIE de I. și WALLAERT C., « Le contrôle de clauses abusives dans l'intérêt des consommateurs dans les pays de la Communauté Economique Européenne-la France », Revue internationale de droit compare, 1982, p.36

b. Les clauses devaient encore se trouver dans les domaines exclusivement déterminés par la loi

283. La clause abusive était, au sens de la loi de 1978, nécessairement une clause concernant les éléments contractuels visés par l'article 35 de la loi⁴¹³, qui en fournissait une liste, selon laquelle, pouvaient être abusives, « *les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux condition d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions* ». L'apparence même de cette rédaction, dépourvue de tout caractère indicatif, ainsi que les débats du Parlement français le confirmaient. Il convient d'ajouter qu'après l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 1980⁴¹⁴, la solution était définitivement tranchée. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat en annulant l'article 1^{er} du décret du 24 mars 1978 précisait : « *le gouvernement n'est autorisé à utiliser les pouvoirs qu'il tient du 1^{er} alinéa de l'article 35 précité de la loi du 10 janvier 1978 que pour interdire, réglementer ou limiter les seules clauses relatives aux éléments contractuels limitativement énumérés audit alinéa* ». Il apparaît donc sans ambiguïté que la liste était strictement limitative⁴¹⁵. Ainsi, les clauses non couvertes par cette liste ne pouvaient être considérées comme abusives sur le fondement de la loi française de 1978. Exemples : clauses relatives à la formation du contrat ou à la preuve.

c. La clause devait être insérée dans un contrat d'adhésion, mais, cette condition ne semblait pas significative.

284. Certes la loi française de 1978 était destinée principalement à lutter contre les clauses abusives dans les contrats, qui, très fréquents à l'époque, constituaient un sujet essentiel pour la doctrine⁴¹⁶. Ainsi un auteur écrivait : « *Les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs sont essentiellement les contrats d'adhésion, les contrats pré-rédigés* »⁴¹⁷. Mais, la genèse de l'adoption d'une loi est une chose et la limitation de l'objet de cette loi en est une autre. En conséquence, les clauses abusives pourraient se trouver dans un

⁴¹³ DELEBECQUE Ph., note sous CA Aix-en-Provence, 20 mars 1980, D., 1982, n°11, p.131; CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e éd., Dalloz 2010, p.145

⁴¹⁴ Arrêt du Conseil d'Etat de la République Française du 3 décembre 1980 : JCP 1981, ed. Générale, II, 19502 ; LARROUMET C. note Dalloz 1981, p.228.

⁴¹⁵ GIAUME Ch., La protection du consommateur contre les clauses abusives, Thèse Nice, 1989, p.78

⁴¹⁶ CARBONNIER V.J., Introduction à la théorie générale du contrat, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, rapport aux journées Savatier, Presse Universitaire de France, Poitiers 1985

⁴¹⁷ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e éd., Dalloz 2010, p.202; LAMBERTERIE de I. și WALLAERT C., Le contrôle de clauses abusives dans l'intérêt des consommateurs dans les pays de la Communauté Economique Européenne-la France, Revue internationale de droit comparé, 1982, p.35

contrat négocié⁴¹⁸. Exemple : clauses relatives à la révision du prix. Cependant, quelques auteurs estimaient que le seul contrat d'adhésion était visé par la loi, en affirmant que « ces contrats de consommation » étaient « des contrats d'adhésion »⁴¹⁹ sans aucune autre précision. Un autre auteur a précisé que la notion de contrat d'adhésion était définie implicitement dans les termes : « clauses contractuelles apparaissant imposées », mais il ajoutait que le mot « apparaître » pouvait laisser croire que le législateur avait tenu à élargir le champ de protection à des contrats qui sans être de véritables contrats d'adhésion, pouvaient avoir été imposés en partie au cocontractant le plus faible⁴²⁰.

d. La clause devait être interdite par un décret.

285. La loi de 1978 donne au gouvernement le pouvoir de prendre des décrets pour interdire, limiter ou réglementer les clauses abusives (art.35). Ces décrets étaient pris après avis du Conseil d'Etat et de la Commission des clauses abusives.

286. Les décrets, à la différence des recommandations, avaient une force obligatoire. Les clauses interdites par décret étaient, selon les termes de la loi, réputées non écrites. Un seul décret est intervenu immédiatement après la loi, celui du 24 mars 1978. Dans son état original, il interdisait trois clauses abusives. Mais l'article premier a été annulé en 1980 par le Conseil d'Etat, de sorte que le décret n'interdisait plus que deux clauses :

- la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le vendeur professionnel à l'une quelconque de ses obligations (art.2) ;
- la clause ayant pour objet ou pour effet de permettre au professionnel de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre (art.3).

B) – La loi du 5 janvier 1988

287. Depuis une loi du 27 décembre 1973, les associations agréées peuvent agir en justice pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs. En particulier, « les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

⁴¹⁸ LAMBERTERIE de I. și WALLAERT C., Le contrôle de clauses abusives dans l'intérêt des consommateurs dans les pays de la Communauté Economique Européenne-la France, Revue internationale de droit compare, 1982, p.35

⁴¹⁹ BRICKS H., Les clauses abusives, thèse L.G.D.J 1982, p.7, 286 p.

⁴²⁰ LAMBERTERIE de I. și WALLAERT C., Le contrôle de clauses abusives dans l'intérêt des consommateurs dans les pays de la Communauté Economique Européenne-la France, Revue internationale de droit compare, 1982, p.35

288. Ensuite la loi du 5 janvier 1988 a réorganisé les actions en justice que peuvent exercer les associations de consommateurs. Parmi les actions qu'autorise cette loi, on trouve l'action en suppression de clauses abusives, prévue par l'article 6. La loi de 1988, il faut le souligner, ne se substitue pas à celle de 1978, elle s'ajoute à elle. Elle fournit un moyen supplémentaire pour lutter contre les clauses abusives. Article 6 de la loi du 5 janvier 1988 : « *Les associations mentionnées à l'article 1^{er} peuvent demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression de clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs* ». Les associations mentionnées à l'article 1^{er} sont les associations de consommateurs qui ont reçu un agrément. Celui-ci est donné pour cinq ans aux associations représentatives. Une vingtaine d'associations nationales sont habituellement agréées.

289. Cette action est portée par l'association devant le tribunal civil (tribunal de grande instance). Elle est dirigée contre un ou plusieurs professionnels qui, selon l'association, utilisent, dans leurs contrats avec les consommateurs, les documents comportant des clauses abusives. L'association demande au tribunal d'ordonner la suppression de ces clauses. Pour assurer le respect de sa décision, le tribunal peut assortir sa condamnation d'une astreinte, c'est-à-dire d'une somme que le professionnel devra payer à l'association s'il n'exécute pas le jugement dans le délai prescrit. L'avantage principal de cette action est qu'elle permet une suppression matérielle des clauses abusives. Pour que les consommateurs soient efficacement protégés, il faut réagir de façon préventive et collective. Tel est l'objet de l'action en suppression : empêcher que des clauses abusives ne figurent dans les contrats qui seront conclues entre professionnels et consommateurs. Ainsi, l'association agit dans l'intérêt collectif des consommateurs futurs contractants.

C) - La réforme de la loi nr.95-96 du 1^{er} février 1995

290. La loi nr.95-96 du 1^{er} février 1995⁴²¹ a été adoptée pour la transposition de la directive du 5 avril 1993. Le texte promulgué par la France, modifie plusieurs articles du Code de la consommation concernant les clauses abusives, notamment son article 132-1. Cette loi élargit la définition de la clause abusive. Elle confie au juge le pouvoir de déclarer abusive une clause sans qu'il y soit besoin d'une interdiction préalable par un décret du Conseil d'Etat. Cette loi a même ajouté au Code de la consommation certaines dispositions nouvelles, telles celles qui établissent une liste illustrative de clauses susceptibles d'être déclarées abusives, celles qui

⁴²¹ La loi de la République Française n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JOFR du 2 février 1995, p.1755

concernent l'interprétation la plus favorable au consommateur en cas de doute sur le sens des clauses obscures, celles qui précisent une règle de conflit de lois, enfin des dispositions étendant les actions en suppression ouvertes aux associations de consommateurs⁴²².

291. On ne peut mesurer l'ampleur de ces tentatives, en droit interne français, de lutter contre les clauses abusives dans les contrats, que si l'on prend en considération la place occupée par le thème des clauses abusives dans les discussions doctrinales comme dans les décisions judiciaires après la loi de 1978⁴²³. La loi française nr.95-96 du 1^{er} février 1995⁴²⁴ contient un titre premier intitulé « *clauses abusives et présentation des contrats* ». Ce titre comprend 6 articles dont l'adoption avait comme objectif de mettre le droit français en conformité avec la Directive européenne 93/13 du 5 avril 1993. Ainsi, la loi de 1995 maintient le rôle du pouvoir réglementaire de déterminer les types de clauses devant être considérées comme abusives. Mais elle reconnaît, en même temps, au juge le pouvoir de déclarer abusive une clause sans qu'un décret l'ait préalablement interdite.

292. En conséquence, la loi « conforte incontestablement le rôle du juge », qui se voit désormais reconnaître sans aucune ambiguïté le pouvoir de déclarer abusives une clause qui répond à la définition donnée par la loi. Il convient de rappeler que certains auteurs avaient même précisé qu'à la suite de la reconnaissance par la Cour de cassation aux tribunaux de la faculté de décider qu'une clause est abusive, en dehors des prévisions d'un texte réglementaire, « *le texte communautaire ne devrait pas changer grand-chose au droit positif quant aux modalités de la prohibition de telles clauses* »⁴²⁵. Cependant, ce n'est pas par l'idée de l'applicabilité directe de l'article L.132-1 du Code de la consommation que le droit français répondait déjà aux exigences communautaires de ce point de vue, mais cette conformité résultait de l'applicabilité du droit commun en la matière⁴²⁶. Ainsi l'arrêt de la Cour de cassation, 1^{re} chambre civile du 14 mai 1991⁴²⁷ n'invoquait pas l'article 35 de la loi de 1978.

293. Bien que, selon la majorité de la doctrine, la directive européenne du 5 avril 1993 n'obligeait pas à une modification substantielle du droit français et donc que le législateur

⁴²² KARIMI A., Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, éd. L.G.D.J., Paris 2001, p.245, 414 p.

⁴²³ KARIMI A., op.cit., p.245

⁴²⁴ La loi de la République Française n°95-96 du 1-er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JO du 2 février 1995, p.1755-1756 ; PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, Dalloz 1995, Chronique, p.99

⁴²⁵ HUET J., Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, J.C.P. 1994, p.6

⁴²⁶ PASAINT G., JCP 1991, Ed. Générale, II, 21763 p.416 et JCP 1992, ed. Entreprise, II, p.239

⁴²⁷ Cour de cassation fr 1^{re} chambre civile du 14 mai 1991 : Bull.civ. I, n°153 ; PAISANT G., note J.C.P. 1991, éd. Générale, II, 21763 et J.C.P. 1992, éd. Entreprise, II, p.239 ; MESTRE J, note RTD civ. 1991, p.526 ; GHESTIN J., note Dalloz 1991, p.449 ;

français eût pu faire l'économie d'une réforme⁴²⁸, ce dernier, en adoptant les six premiers articles de la loi nr.95-96 du 1^{er} février 1995, a voulu procéder à la transposition. Tout au long des débats parlementaires, les intervenants avaient précisé que les articles L.132-1 et suivants du Code de la consommation répondaient déjà en grande partie aux exigences communautaires et étaient souvent d'ailleurs plus favorables au consommateur que la directive⁴²⁹. Cependant, on peut constater que la majorité des dispositions de la directive font l'objet d'une transposition.

294. D'après notre analyse, la loi française de 1995 n'a pas changé grand-chose sur l'ensemble du droit français des clauses abusives, mais elle a modifié les champs d'application matériels respectifs du droit commun et des dispositions spéciales. Toutefois, même d'après la nouvelle loi, la clause dont le caractère abusif est soulevé devant le juge doit être insérée dans un contrat de consommation, c'est-à-dire un contrat conclu entre, d'une part, un professionnel et d'autre part, un consommateur ou non-professionnel. Ainsi la question du champ d'application personnel se pose toujours après cette loi.

D) - La loi du 4 août 2008 et le décret du 18 mars 2009

295. Une autre intervention du législateur français réside dans la réforme des clauses abusives opérée par la loi nr. 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) et le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 pour l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁴³⁰. L'article 86 de la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 a réformé les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en prévoyant qu'un décret en Conseil d'État⁴³¹ établirait deux listes de clauses abusives, l'une contenant des clauses irréfragablement présumées abusives, la liste « noire », l'autre désignant des clauses présumées abusives, qui laissent au professionnel l'opportunité de rapporter la preuve du caractère non abusif de la stipulation considérée, la liste « grise ». Alors que la Commission des clauses abusives soulignait, dans son rapport d'activité pour l'année 2008, les difficultés susceptibles d'être engendrées par une entrée en vigueur tardive du décret⁴³², celui-ci a, enfin, été publié au Journal officiel du 20 mars 2009, sous le numéro 2009-302⁴³³.

296. Le décret d'application de l'article L. 132-1 précité modifie donc la partie réglementaire du code de la consommation, plus précisément les articles R. 132-1, R. 132-2 et

⁴²⁸ CALAIS-AULOY J., L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 247 ; PAISANT G., Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives, après la directive du 5 avril 1993, *J.C.P.* 1994, éd. Générale, I, 3772, n°4

⁴²⁹ KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, éd. L.G.D.J., Paris 2001, p.257, 414 p.

⁴³⁰ Not. *Daloz actualité*, 23 mars 2009, obs. ASTAIX A..

⁴³¹ PATTETA, G., Une solution réglementaire aux problèmes de suppression des clauses abusives ?, *D.* 8 janv. 2009

⁴³² *Daloz actualité*, 3 mars 2009, obs. AVENA-ROBARDET V.

⁴³³ La Commission des clauses abusives souhaitait que le décret soit publié concomitamment à l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, soit le 1er janv. 2009 au plus tard)

R. 132-2-1 qui détaillent, respectivement, la liste noire pour le premier (12 clauses), la liste grise pour le deuxième (10 clauses), tandis que le dernier article énumère les transactions et contrats, voire les clauses elles-mêmes, non concernés par l'application de ces listes.

§ 2nd – Les prévisions du Code de commerce

297. En 2008, le droit de la consommation fut également une source d'inspiration pour le droit de la concurrence, le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce, issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, ayant largement repris les critères de l'article L. 132-1 du code de la consommation pour procéder à une « extension du domaine de la lutte »⁴³⁴ contre les clauses abusives entre partenaires commerciaux.

298. En effet, l'article L. 442-6, I, 2^o, du Code de commerce sanctionne la création d'un déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels. Si cette disposition a fort peu nourri les débats parlementaires au moment de son adoption par la LME du 4 août 2008, en visant le fait de « *soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations* », elle suscite bien des interrogations en doctrine et, plus encore, chez les praticiens ; des questions qui demeurent, pour le moment, quasiment sans réponse judiciaire⁴³⁵.

299. La modification de l'article L. 442-6, 2^o, du Code de commerce devient le siège de la protection des professionnels contre les clauses abusives : engage sa responsabilité celui qui soumet un partenaire commercial à des obligations « créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties ». Les mots et les concepts du droit de la consommation envahissent donc le Code de commerce. Désormais, les mêmes clauses produisent les mêmes effets, quels que soient les contractants auxquels elles sont imposées, et le glaive du juge peut donc trancher dans le vif de tous les contrats significativement déséquilibrés par l'effet d'une clause abusive⁴³⁶.

300. La lettre de texte de l'article L. 442-6, 2^o, du Code de commerce témoigne d'une double filiation : exemplaire de l'intrication existant entre les règles de marché - au point qu'elles constituent un seul corps de règles⁴³⁷ -, il s'alimente au droit du marché, entendu comme l'ensemble des règles de concurrence et de consommation destinées à régir l'activité des opérateurs sur les différents marchés.

⁴³⁴ ROME, F. « Clauses abusives : les trente glorieuses », D. 2008. Edito. 2337

⁴³⁵ T. com. Lille 6 janv. 2010, D. 2010. 1000, note SENECHAL J. ; RTD civ. 2010. 324, obs. FAGES B. ; Concurrences 2010/ 2. 99, n^o 4, obs. CHAGNY M., laquelle, pour instructive qu'elle soit, est frappée d'appel.

⁴³⁶ ROME, F. « Clauses abusives : les trente glorieuses », D. 2008. Edito. 2337 qui écrivait dans son article qu' « il aura donc fallu patienter trente ans pour que la justice contractuelle soit définitivement consacrée dans un monde économique sans pitié. Ce fut tout de même un peu long, non »

⁴³⁷ LUCAS de LEYSSAC C. et PARLEANI G. « Droit du marché », PUF, coll. Thémis, 2002

301. Aux incertitudes qui entourent l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce quant à l'interprétation et à l'application auxquelles il pourrait donner lieu, sont venues s'en ajouter d'autres, à la faveur notamment d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise au Conseil constitutionnel⁴³⁸. Ces dernières tiennent, plus fondamentalement, à l'avenir même d'une disposition qui, promue « garde-fou » des abus dans l'usage de la liberté de négociation restituée aux entreprises par la LME, pourrait en définitive - à l'instar du texte stigmatisant l'abus de la relation de dépendance et auquel elle a succédé - s'avérer être un tigre de papier. La décision du 13 janvier 2011⁴³⁹, dans laquelle le Conseil constitutionnel conclut à la conformité à la Constitution de cette règle, ne met cependant pas un terme aux interrogations soulevées par celle-ci, quant à son contenu⁴⁴⁰ et à sa mise en œuvre effective.

302. Dès lors, le constat de l'attraction incontestablement exercée sur cette disposition, tant par le droit du marché que par le droit commun des obligations, conduit à rechercher, dans un premier temps, dans l'une et l'autre de ces disciplines, des éléments permettant de faciliter la mise en œuvre de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce.

303. La difficulté à préciser les contours de la nouvelle règle du Code de commerce, et, en particulier, le contenu du « *déséquilibre significatif* », apparaît comme l'un des obstacles majeurs auxquels sa mise en œuvre peut se heurter et est d'ailleurs à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel. Or, on peut songer, sinon à dissiper, du moins à réduire les incertitudes en puisant, au sein même du droit du marché, soit dans la règle de consommation dont le texte est partiellement inspiré, soit dans des dispositions du Code de commerce aux côtés desquelles il prend place.

304. Point n'est besoin d'insister longuement pour souligner ce que la règle de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce doit à l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction actuelle, issue de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993.

305. Cette parenté ne doit cependant pas faire oublier les différences notables existant également entre les deux textes. L'une d'elles se manifeste quant au domaine d'application étendu - en l'absence de toute distinction entre les « *obligations* » - aux déséquilibres financiers autant que juridiques, tandis que la règle de consommation exclut toute vérification du caractère abusif des stipulations relatives à « l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou

⁴³⁸ T. com. Bobigny 13 juill. 2010, Min. écon. c/ Etabl. Darty, D. 2010. 1881, et Com. 15 oct. 2010, QPC, n° 10-40.039, D. 2010. 2508, obs. CHEVRIER G.

⁴³⁹ La décision du 13 janvier 2011 n° 2010-85 QPC, Etabl. Darty et Fils ; V. D. 2011. 415, note PICOD Y. ; Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2011, n° 32

⁴⁴⁰ CHAGNY M.. « De l'abus de la relation de dépendance au déséquilibre significatif », Concurrences 2011/ 2, à paraître

au service offert »⁴⁴¹. Une autre différence tient à ce que, contrairement au droit de la consommation actuel appréhendant les clauses litigieuses à raison de leur objet ou effet, sans référence à l'attitude du cocontractant professionnel, la règle du Code de commerce stigmatise « *le fait de soumettre ou tenter de soumettre le partenaire commercial* ». Ainsi, le tribunal de commerce de Lille⁴⁴² s'est-il attaché, dans le prolongement de la lettre du texte, à mettre l'accent sur le comportement adopté par l'auteur de la pratique, relevant systématiquement que ce dernier a imposé sans négociation chaque stipulation litigieuse.

306. En dépit de ces différences, l'influence indéniable exercée sur la rédaction même de la règle du Code de commerce pourrait autoriser le juge, appelé à mettre celle-ci en œuvre et à caractériser un déséquilibre significatif, à s'inspirer en tant que de besoin des raisonnements et méthodes développés depuis quinze ans en droit de la consommation. Il ne s'agit pas ici de prôner une transposition à l'identique des solutions prévues pour des relations considérées consubstantiellement inégalitaires - contrairement aux rapports contractuels entre professionnels qui paraissent appeler un traitement plus nuancé -, mais seulement de suggérer une appropriation sélective et raisonnée de l'expérience judiciaire préexistante.

307. A cet égard, le raisonnement suivi par le tribunal de commerce de Lille, relevant que l'obligation litigieuse est dépourvue de réciprocité et de toute contrepartie au profit de l'autre partie puis, en soulignant le caractère « nettement défavorable », emporte la conviction⁴⁴³, sauf à regretter que la juridiction consulaire n'ait pas vérifié l'existence du déséquilibre significatif à l'échelle du contrat dans son ensemble. S'inspirer en tant que de besoin des enseignements préexistants en droit de la consommation apparaît d'autant plus opportun qu'on ne peut exclure l'hypothèse d'une application cumulative possible de la règle de concurrence et du droit de la consommation, au bénéfice d'une même entreprise, lorsque le contrat conclu n'a pas un rapport direct avec son activité professionnelle.

308. Au demeurant, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, a indiqué, pour conclure à la constitutionnalité de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, que « la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (...) figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 » et a ajouté que « le contenu

⁴⁴¹ CJUE 3 juin 2010, C-484/08, Caja de Ahorros, RTD eur. 2010. 695, chron. AUBERT de VINCELLES C. : selon cet arrêt préjudiciel, la directive 93/13/CEE ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui autorise, dans les contrats conclus avec les consommateurs, un contrôle juridictionnel du caractère abusif des clauses portant sur l'adéquation entre le prix et les services ou les biens à offrir en contrepartie.

⁴⁴² 6 janv. 2010, préc.

⁴⁴³ LAGARDE, X. « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? - Etude pratique », JCP G 2006. I. 110

[de cette notion] est déjà précisé par la jurisprudence », se référant ici nécessairement aux décisions rendues sur le fondement de la législation sur les clauses abusives.

309. En revanche, les enseignements du droit de la consommation ne sauraient être d'aucun secours lorsqu'il s'agit de caractériser un déséquilibre tarifaire. Dans cette mission périlleuse s'il en est - puisqu'elle implique de procéder à une estimation de la valeur -, il paraît possible et souhaitable de s'inspirer d'une autre disposition, figurant elle aussi dans l'article L. 442-6, I, du Code de commerce. Cela concerne tout particulièrement la règle énoncée au 1° de ce texte qui vise « le fait d'obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné à la valeur du service rendu ». Celle-ci a donné lieu, dans la période récente, à plusieurs décisions dans lesquelles les juridictions étaient invitées, sur son fondement, à caractériser une disproportion manifeste entre rémunération et valeur du service⁴⁴⁴. A cette occasion, elles ont développé une méthodologie essentiellement comparative, par référence à des éléments extrinsèques et à des données propres à l'entreprise concernée. Elles procèdent, dans ces affaires, à une répartition assez opportune du fardeau de la preuve, en ménageant à celui qui facture la prestation la possibilité de justifier du tarif, bien que celui-ci apparaisse en première analyse disproportionné, et ceci par des éléments dont il est le seul à disposer. Cette méthode, reposant sur l'utilisation d'un faisceau d'indices, pourrait faire école et être mise à profit, dans le cas d'un déséquilibre financier, au moment de mettre en œuvre l'article L. 442-6, I, 2°, sous réserve cependant de ne pas contrevenir à l'esprit de la LME ayant supprimé la prohibition des pratiques discriminatoires. Une telle mise en cohérence au sein du droit des pratiques restrictives de concurrence peut sembler d'autant plus opportune que, comme l'a souligné la DGCCRF dans son communiqué du 28 novembre 2008, la règle sur le déséquilibre significatif « a vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L. 442-6 du Code de commerce ».

§ 3^e – L'opportunité de cette double réglementation

310. Dans la loi du 4 août 2008 modifiant le Code de commerce, deux différences notables méritent d'être soulignées par rapport au Code de la consommation : d'une part, il n'existe pas de présomption d'abus : il revient à celui qui veut bénéficier de la protection mise en place par le nouvel article de démontrer le caractère abusif de la clause ou du contrat, d'autre part, si le code de la consommation renvoie à une liste établie par décret de clauses présumées

⁴⁴⁴ T. com. Evry 14 oct. 2009, Concurrences 2010/1. 121 ; Nîmes, 2^e ch. B, 25 févr. 2010, Min. écon. c/ SAS Carrefour France, RG 07/00606, Concurrences 2010/4. 146 ; D. 2010. 956

ou irréfragablement considérées comme abusives, le Code de commerce ne prévoit que la possibilité d'une saisine de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

311. Ce nouveau régime suscite quelques interrogations : en premier lieu, statuant sur un même texte s'adressant à des « publics » distincts, les tribunaux et la commission visée au paragraphe précédent sauront-ils se détacher de la liste qui sera arrêtée par décret et spécifique aux relations entre particuliers et professionnels ?

312. En second lieu, la Loi LME n'a pas supprimé, dans l'article L.132-1 du Code de la consommation, la référence au « non-professionnel ». Regrettons que la Loi LME n'ait pas distingué plus nettement entre le régime applicable aux particuliers et le régime des professionnels.

313. On peut affirmer que l'année 2008 fut enfin une année où le droit de la consommation a constitué un fructueux champ de réflexion. Ce sont d'abord les débats autour des liens entre le droit commun des contrats et le droit contractuel de la consommation qui ont retenu l'attention tant ils ont occupé la scène communautaire au sujet des projets de droit européen des contrats et la scène française avec le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie ne reprenant pas la proposition de l'avant-projet Catala d'étendre l'éradication des clauses abusives aux contrats de droit commun (art. 1122- 2)⁴⁴⁵.

314. Le résultat de cette intense activité se traduit par un gommage des traditionnelles lignes de partage au sein du droit de la consommation. Certes, le droit non contractuel de la consommation, marqué par un ordre public de direction qui résiste manifestement au courant de dépenalisation de la vie des affaires, et le droit contractuel de la consommation, relevant davantage d'un ordre public de protection, obéissent à des logiques différentes⁴⁴⁶. Cependant, d'une part, le droit contractuel et le droit non contractuel tendent à se rapprocher de par une origine commune : le droit communautaire, ce qui conduit à un brouillage des distinctions. D'autre part, le droit processuel de la consommation, vecteur d'effectivité des droits non contractuel et contractuel de la consommation, contribue lui aussi à ce mouvement. L'office du juge renforcé par la loi Chatel et modelé par l'influence du droit communautaire tend en effet à gommer la traditionnelle distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction⁴⁴⁷.

315. Ainsi, on peut dire que, par la LME du 4 août 2008, de manière expresse, le droit des clauses abusives s'invite dans les relations entre professionnels. Comme dans l'article L. 132-1

⁴⁴⁵ TERRE, F. « Pour une réforme du droit des contrats », Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 218

⁴⁴⁶ POILLOT E., SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Droit de la consommation », Recueil Dalloz 2009 p. 393

⁴⁴⁷ Ibidem

du Code de la consommation, c'est le «déséquilibre significatif» dans les droits et obligations des parties qui constitue le critère de l'abus⁴⁴⁸.

316. Sans doute des différences se remarquent-elles entre les deux codes sur ce point. Par exemple, la définition de la clause abusive est conçue plus largement dans le Code de la consommation puisque ce dernier se réfère aussi bien à la stipulation qui pour objet qu'à celle qui a pour effet de créer le déséquilibre significatif. Contrairement au Code de commerce, il n'y a pas que le résultat qui compte. Et, surtout, les sanctions divergent : alors que, dans le premier code, la clause abusive sera déclarée non écrite, dans le second, le professionnel qui cherche à abuser de sa situation engage sa responsabilité civile.

317. La perspective de l'obtention de dommages-intérêts à raison de la présence d'une ou plusieurs clauses abusives dans le contrat paraît être de nature à inciter les professionnels victimes à préférer la voie que vient de leur offrir le Code de commerce. Cette solution apparaît au surplus moins aléatoire que celle du Code de la consommation⁴⁴⁹.

318. Mais, on le sait⁴⁵⁰, la notion de non-professionnel déborde le domaine des clauses abusives. La loi du 3 janvier 2008 s'y est spécialement employée. L'extension de cette notion dans le Code de la consommation, du fait de cette nouvelle réforme, aux domaines des contrats de services de communications électroniques⁴⁵¹ et de la reconduction des conventions⁴⁵² résulte d'une initiative sénatoriale. Selon le rapporteur de la Commission des affaires économiques, dans un cas⁴⁵³ comme dans l'autre⁴⁵⁴, il s'agissait d'étendre la protection légale aux personnes physiques agissant dans le cadre de leurs besoins professionnels car nombre d'entre elles, faisait-on valoir, sont dans la même situation que des consommateurs au regard de la gestion courante de leurs contrats.

319. Si, en effet, en opportunité, on estime aujourd'hui nécessaire d'étendre aux relations entre professionnels des textes initialement conçus pour la protection des consommateurs, la règle nouvelle n'a plus vocation à rester dans le Code de la consommation et à être reprise dans le Code de commerce en particulier. Exprimant un nouveau droit commun, cette dernière devrait trouver sa place dans le Code civil. Le droit de la consommation, faut-il le rappeler, a été conçu comme un droit d'exception pour donner une réponse adéquate à la situation d'infériorité des consommateurs dans leurs relations avec les professionnels. Il n'a pas vocation

⁴⁴⁸ PAISANT G., Retour sur la notion du non-professionnel, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross, p.238

⁴⁴⁹ Ibidem

⁴⁵⁰ Ibidem p.232

⁴⁵¹ Art. L. 121-85 C.consom.

⁴⁵² Art. L. 136-1 C. consom.

⁴⁵³ Rapp. Cornu, doc. Sénat, n° 111, 2007-2008, p. 73.

⁴⁵⁴ PAISANT G., art. prec. p.239

à protéger des professionnels contre d'autres professionnels, car comme écrivait l'auteur G.Paisant « Ne mélangeons pas les genres ! »⁴⁵⁵.

320. Ainsi, actuellement en France, les clauses abusives peuvent être révisées ou supprimées du contrat, non seulement conformément au Code de la consommation, mais aussi bien au Code de commerce et le Code civil (art.1131) sur les clauses relatives à la responsabilité, quel que soit le statut de la victime. Outre qu'elles renforcent l'impératif de justice contractuelle, on constate deux réglementations sur les clauses abusives.⁴⁵⁶

321. L'institution des clauses abusives doit réglementer les rapports entre le consommateur ou non-professionnel et le professionnel et pas entre les deux professionnels. Ainsi par cette protection des professionnels contre l'abus contractuel, le législateur français a accordé plus de droits et moins d'obligations pour ceux-ci, en sortant que le consommateur étant plus défavorisé par la modification du contenu de l'art L. 442-6, 2°, du Code de commerce. Par sa vocation générale à régir les rapports privés et de lutter contre l'abus contractuel, le droit de la consommation apparaît comme l'unique outil adéquat de protection contre les abus de domination contractuelle. Il semble d'autant plus à même de remplir sa mission et de suppléer l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce. que sa rénovation est envisagée.

322. Ainsi, la finalité du droit de la concurrence n'est pas de protéger le consentement des consommateurs...sous peine d'une confusion des genres⁴⁵⁷. D'ailleurs, l'intérêt de la marche peut parfois primer celui des consommateurs ou se trouver incompatible avec la protection assurée par le droit de la consommation.

323. Enfin, la protection de la libre concurrence est insuffisante à protéger le consentement des consommateurs pour deux autres raisons. D'une part, elle n'offre pas au consommateur individuel toute garantie de protection. D'autre part, le droit de la consommation, principalement d'ailleurs lorsqu'il s'intéresse au consentement des consommateurs, poursuit un but social, à la différence du droit de la concurrence qui ne s'intéresse qu'à l'intérêt économique⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ PAISANT G., Retour sur la notion du non-professionnel, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross, p.239

⁴⁵⁶ MAZEAUD D., Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats», Recueil Dalloz 2009 p. 1364

⁴⁵⁷ Il peut y avoir des convergences dans chaque protection, mais pas amalgame. Contra, certaines législations étrangères combinent droit de la concurrence et droit de la consommation, notamment les pays sous influence anglo-saxonne, par exemple, la loi fédérale australienne de 1974 (Trade practices Act.).

⁴⁵⁸ BAZIN E., op.cit, p.566

Section 2 – La réglementation minimale de la République de Moldova

324. Après avoir examiné la réglementation des clauses abusives en droit français et leur domaine d'extension, on ne peut qu'être conscient des difficultés consistant à transposer un dispositif similaire en République de Moldova (§ 1).

325. Toutefois, l'intégration dans l'Union Européenne suppose de conférer au consommateur moldave un statut comparable à celui d'un consommateur européen. Pour cela, il est nécessaire, bien sûr, d'établir une législation réalisée selon le modèle des Etats membres de l'Union Européenne (§ 2).

§ 1^{er} – La base de la législation sur les clauses abusives

326. Le fondement de la législation de la République de Moldova en la matière réside désormais dans la Loi nr.256 du 09.12.2011 sur les clauses abusives et la Loi nr.105-XV du 13.03.2003 concernant la protection des consommateurs, en son article 4, intitulé expressément « Les clauses abusives » (« *Clauzele abuzive* »).

327. Conformément à la Cour de cassation moldave, les lois énoncées réglementent les rapports entre le consommateur et le professionnel, de sorte que l'action de cette loi ne s'étend pas aux rapports entre les citoyens qui entrent en relation contractuelle dans le but professionnel.⁴⁵⁹

328. De même, les autres relations, qui ne répondent pas aux critères déterminés par la relation consommateur – entrepreneur, et qui dérivent de l'art.1 de la Loi concernant la protection des consommateurs, ne relèvent pas de cette loi, ces rapports étant réglementés par d'autres lois. Ces critères sont : la qualité du consommateur, le caractère onéreux du rapport contractuel, le but de satisfaire les exigences personnelles, la qualité du professionnel. Par exemple, l'activité (respectivement les services) de notariat, en résultant des prévisions de l'art.2 alin.(6) de la Loi concernant le notariat nr.1453 du 08.11.2002, n'est pas une activité d'entrepreneur.

329. Un certain nombre de services tombent, partiellement, sous l'incidence de la Loi sur la protection des consommateurs, dans la mesure où le cadre des relations répond aux critères énoncés. Ainsi, l'activité de prestation de services d'enseignement, dans la mesure où ils sont fournis gratuitement par les institutions d'enseignement budgétaire, conformément à l'art.4 alin.(5) de la Loi sur l'enseignement nr.547 du 21.07.1995, n'est pas soumise à la Loi sur la

⁴⁵⁹ Point. 3 de la décision de la Cour de cassation moldave « sur la pratique d'application de la législation concernant la protection des consommateurs en justice dans les actions civiles », nr.7 du 09.10.2006, Bulletin de la Cour de cassation de la R. Moldova, 2007, nr.3, p.4

protection des consommateurs, mais les services d'enseignement prestés par les institutions privées accréditées par la loi, sont régis par la Loi nr.105-XV du 13.03.2003.

330. Même si le législateur moldave a réussi à élaborer une Loi sur les clauses abusives, il faut reconnaître que les prévisions actuelles de l'art.4 de la Loi nr.105-XV du 13.03.2003 sur la protection des consommateurs sont un échec législatif. En effet, c'est une réglementation double des clauses abusives, incapable d'évaluer le déséquilibre contractuel et qui est en contradiction avec les approches de l'Union Européenne des clauses contractuelles abusives conclues avec les consommateurs, qui méritent d'être mises en évidence :

– L'art. 4 alin.(1) dispose qu' « il est interdit aux professionnels d'inclure des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ». C'est une prévision générale, qui ne donne pas de clarté sur le déséquilibre contractuel. En même temps, il n'est pas prévu clairement, à quels contrats se réfère l'art.4 ;

– Les prévisions de l'art.4 alin.(2) établissent que « la clause du contrat conclue entre le professionnel et le consommateur qui limite la responsabilité du professionnel ou l'exonère de cette responsabilité, à l'exception des cas prévus par la législation, est abusive et est réputée nulle ». Cette une prévision spéciale de la clause injuste ou abusive qui est copiée sans succès⁴⁶⁰ de la Directive nr.93/13/CEE ;

– L'art.4 alin.(4) indique que « les clauses contractuelles qui n'ont pas constitué l'objet d'une négociation individuelle entre le professionnel et le consommateur ou qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties sont considérées comme nulles » - c'est une prévision générale et un deuxième constat du déséquilibre contractuel qui dénote que ces deux éléments sont suffisants pour déclarer une clause nulle ; fait qui vient en contradiction avec la notion de clause abusive donnée par l'art.1 de la loi⁴⁶¹. En plus, la loi ne s'applique pas au contrat dans son intégralité: quand une des clauses du contrat est abusive et est déclarée nulle, que deviennent les autres clauses du contrat ?

331. Avant 2011, la législation moldave ne contenait aucune règle expresse permettant de contrôler les contrats d'adhésion. À l'inverse, les règles du droit commun des contrats étaient applicables. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi moldave sur les clauses abusives, il n'existait en République de Moldova aucune protection comparable à celle garantie par la Directive. Il existait des règles générales prévoyant le contrôle du contenu des clauses types qui ne s'appliquent pas uniquement aux contrats entre professionnel et consommateur, mais aussi aux contrats entre professionnels. Il faut signaler qu'une liste des clauses standardisées interdites

⁴⁶⁰ Parce que le cadre et le contenu de la Directive ne correspond pas à la situation économique de la République de Moldova, qui, aujourd'hui est très loin de celle européenne.

⁴⁶¹ qui prévoit un élément supplémentaire, et notamment l'absence de bonne- foi de la partie du professionnel

servait de référence à l'égard des contrats entre toutes les parties contractantes. Ainsi, la réglementation moldave de contrôle des clauses standardisées (art. 716 et 718 du Code civil) protège en principe toutes les parties contractantes au détriment desquelles de telles clauses sont utilisées.

332. Finalement, la «base» législative pour apprécier le caractère abusif d'une clause contractuelle sera la Loi sur la protection des consommateurs et la Loi sur les clauses abusives. C'est une double réglementation des clauses abusives.

§ 2nd – L'opportunité d'une législation spéciale pour le système moldave

333. En examinant le cadre légal de réglementation des clauses abusives en République de Moldova, nous pouvons constater avec certitude que celui-ci est insuffisant: il est nécessaire d'établir une unification des normes propagées dans divers actes normatifs, un acte unique – le Code de la consommation-, selon l'exemple du droit français.

334. En référence à la législation de l'Union Européenne, pour la protection des consommateurs, et à l'acquis communautaire représentant une vingtaine de Directives européennes, il est nécessaire de constater que, dans la période de mise en oeuvre de la Stratégie pour la protection des consommateurs (2009-2013), se déroule le processus d'harmonisation de la législation moldave avec la législation européenne dans ce domaine.

335. Tandis que le consumérisme international passe dans une nouvelle étape, qui offre aux consommateurs plusieurs droits, libertés et possibilités, mais aussi des responsabilités d'une grande dimension, il faut reconnaître que la mission de protection de la République de Moldova est plus difficile: elle implique le passage, dans un rythme rapide, par l'étape consumériste (dans l'ancienne conception), pour s'intégrer ensuite sans difficulté dans le mouvement mondial, contribuant ainsi à la consolidation des efforts communs des nations pour assurer la protection internationale des consommateurs.

336. Pourquoi un Code de la consommation est-il nécessaire en République de Moldova? Le déséquilibre entre les professionnels et consommateurs s'est aggravé, dans la seconde moitié du vingtième siècle, en raison de l'accroissement de la taille des entreprises, de la complexité des produits et des services mis sur le marché, de l'apparition de la science du marketing, de l'omniprésence de la publicité et du développement du crédit. L'essor économique s'est accompagné de nombreux abus dont les victimes ont été les consommateurs, et spécialement les plus faibles d'entre eux.

337. Pour lutter contre ces abus, le droit commun issu du code civil s'est révélé inadapté. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, une personne est engagée dès lors qu'elle a contracté, et les quelques remèdes tirés du Code civil (vices du consentement, garantie contre les vices cachés etc.) sont d'un faible secours pour les consommateurs, du fait notamment de la difficulté de preuve et du coût de l'action en justice.

338. Par comparaison, le législateur français est intervenu, depuis les années soixante, pour poser des règles nouvelles destinées à protéger les consommateurs. Il a été guidé par des raisons de justice : le droit est fait pour protéger les personnes en situation de faiblesse. Il l'a été, aussi, pour des raisons d'efficacité : un système économique ne peut fonctionner correctement si l'un des partenaires se trouve à la merci de l'autre. Ainsi s'est formé, au cours des trente dernières années, le droit de la consommation, en France comme dans tous les pays d'économie de marché.

339. Mais le droit de la consommation et notamment la lutte contre les clauses abusives, tel qu'il se présente en République de Moldova n'est pas satisfaisant. Il est constitué d'une multitude de textes, pris au hasard des demandes et des circonstances, sans aucun souci de cohérence. Ainsi de nombreux textes, lois du Parlement et décrets du Gouvernement, réglementent dans des formes différentes la protection générale des consommateurs, par exemple dans le domaine de l'énergie électrique, de l'eau potable etc. De sorte que, les règles sont difficiles à connaître et à comprendre, même par des spécialistes. Il y a là un véritable paradoxe, car la matière intéresse la vie quotidienne des citoyens et devrait être aussi accessible que l'est, par exemple, l'adoption du Code de la consommation pour le système du droit moldave.

340. Cette méthode législative paraît préférable à celle qui consisterait à unifier les textes du droit de la consommation des quatre grands codes classiques : Code civil, Code pénal, Code de procédure civile, Code de procédure pénale. Le droit de la consommation combine de façon indissociable des règles de droit civil, de droit pénal, de procédure civile, et procédure pénale. Il leur assigne un but commun, rétablir un équilibre dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Ce serait perdre la cohérence de l'ensemble que de disperser ces dispositions dans plusieurs codes. Pour être connues et comprises, les règles du droit de la consommation doivent être rassemblées.

341. La codification du droit de la consommation est rendue plus nécessaire encore par le marché unique européen prévu par le programme UE-RM. La protection des consommateurs contre les clauses abusives doit être désormais envisagée dans une perspective européenne, non seulement parce que la diversité des règles entrave la libre circulation des biens et des services,

mais encore parce que la cohésion de la Communauté suppose que les citoyens de tous les Etats membres aient les mêmes droits et les mêmes obligations. La Moldova peut exercer en cette matière une tâche déterminante si elle présente devant l'Union européenne un Code de la consommation déjà élaboré.

342. Nous considérons nécessaire de mentionner que pour le proche avenir de la législation moldave dans le domaine consacré, la consolidation de tous les actes dans un acte unique est inévitable, – un Code de la consommation, selon l'exemple des autres pays européens⁴⁶² qui ont démontré par cette codification un haut niveau de protection des consommateurs dans divers domaines.

⁴⁶² Comme la France, l'Italie, Roumanie, Luxembourg.

Chapitre II – L'intervention du pouvoir législatif au niveau communautaire

343. La législation de l'Union Européenne, pour la protection des consommateurs, s'exprime en plus de vingt directives. Ainsi pour la réglementation des clauses abusives, est actuellement en vigueur la Directive 93/13/CEE présentant en annexe une liste indicative et non exhaustive des clauses qui peuvent être considérée abusives. Cette directive a pour objet d'harmoniser les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

344. Tenant compte de l'importance de cette Directive européenne, on commencera par en exposer la genèse (**Section 1**) avant d'envisager les perspectives d'une future évolution sur ce point (**Section 2**).

Section 1 – La genèse et le contexte de la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993

345. Si la situation du consommateur est inconfortable lorsqu'il conclut sur son propre territoire national, elle devient encore plus précaire lorsqu'il souhaite se procurer un bien ou un service à l'intérieur du Marché européen, c'est-à-dire avec des systèmes légaux distincts et vingt-trois langues officielles. D'une part, comment peut-il comprendre et donc accepter les clauses d'un contrat s'il ne pratique pas la langue du pays ou n'est pas familiarisé avec le système juridique local ? D'autre part, comment a-t-il la possibilité de connaître les règles qui sont applicables alors que, devant les abus dérivant de la liberté contractuelle, de nombreux Etats membres ont adopté des dispositions législatives différentes destinées à rétablir l'équilibre en faveur du consommateur ?

346. En ce sens, depuis 1975, l'Union Européenne promeut plusieurs initiatives pour une politique de protection et d'information des consommateurs. L'élaboration de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, a connu plusieurs étapes (§ 1^{er}) et a suscité des débats importants notamment sur son domaine d'application et ses effets (§ 2nd).

§ 1^{er} - Les étapes de l'élaboration de la directive européenne sur les clauses abusives

347. Le Traité instituant la Communauté économique européenne a été signé à Rome le 25 mars 1957. À cette époque, le déséquilibre entre professionnels et consommateurs n'était pas clairement perçu. Le Traité de Rome, dans son état originaire, ne comportait aucune disposition exprimant une politique de protection des consommateurs en particulier.

348. Dès 1972, le Sommet des chefs d'État et de gouvernement réunis à Paris, se fondant sur le Préambule du Traité, a souhaité que la Communauté ne se borne pas à promouvoir l'expansion économique et qu'elle ait aussi pour but d'améliorer les conditions de vie et de travail des peuples qui la composent. Cette amélioration suppose l'adoption de plusieurs politiques nouvelles, parmi lesquelles « le renforcement et la prise en compte des mesures adoptées en faveur des consommateurs ».

349. Suivant ce vœu, le Conseil des ministres de la Communauté a défini en 1975 un « Programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs », qui énonçait les cinq droits fondamentaux du consommateur :

- droit à la protection de sa santé et de sa sécurité,
- droit à la protection de ses intérêts économiques,

- droit à la réparation des dommages,
- droit à l'information et à l'éducation,
- droit à la représentation (droit d'être entendu).

350. Ce programme préliminaire était suivi, en 1981, d'un second programme, puis, en 1986, d'une « nouvelle impulsion pour une politique de protection et de promotion des intérêts des consommateurs ». En 1986, l'Acte Unique ajoute quelques dispositions au Traité instituant la Communauté, dans le but d'établir un marché intérieur communautaire : les dernières entraves à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux devant disparaître avant le 31 décembre 1992⁴⁶³.

351. Depuis 1975, la recherche de solutions adaptées a donné lieu à de nombreuses initiatives au plan communautaire. Ainsi le programme préliminaire de la Communauté européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs prévoit ⁴⁶⁴ de « protéger les consommateurs contre les pratiques commerciales abusives, notamment dans les domaines suivants : les clauses de contrats, les conditions de garantie, le démarchage à domicile ». Et le deuxième programme approuvé par la résolution du Conseil du 19 mai 1981⁴⁶⁵ précise (point 30) que « la Commission poursuivra les travaux déjà engagés dans le cadre du programme préliminaire et qu'elle n'a pu mener à bien en ce qui concerne notamment certaines pratiques commerciales abusives ».

352. Quant à la Commission, elle a publié en 1984 un document intitulé « les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs »⁴⁶⁶ largement diffusé et débattu au sein des milieux commerciaux et industriels, des entreprises de distribution et des organismes représentant les consommateurs. Parmi les avis exprimés, celui des rédacteurs de clauses contractuelles types a été réservé à l'égard d'initiatives communautaires qui limiteraient leurs prérogatives. Une position tout à fait opposée a été adoptée par le Parlement européen en 1985 et 1986. La Commission juridique et celle de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs a reconnu la nécessité de protéger les consommateurs contre les clauses abusives et d'élaborer une réglementation communautaire. La Commission a alors présenté une proposition de directive le 24 juillet 1990⁴⁶⁷. Après deux ans et demi de discussions, le Conseil a adopté le 5 avril 1993 la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Ancien art. 7A, devenu l'art. 14 du Traité

⁴⁶⁴ JOCE C 92, 25 avr. 1975, p. 1.

⁴⁶⁵ JOCE C 133, 3 juin 1981, p. 1

⁴⁶⁶ Supplément 1-84 Bull. CE

⁴⁶⁷ Com. (90), 322 final, JOCE C 243, 28 sept. 1990, p. 2

⁴⁶⁸ JOCE L 95, 21 avr. 1993, p. 29 ; D. et ALD 1993.360

353. Cette directive arrive à un moment où la majorité des Etats membres ont élaboré des règles spécifiques en ce domaine. Entre 1976 et la date de présentation de la proposition de directive, plusieurs pays membres avaient déjà pris des initiatives. Entre 1990 et avril 1993, date d'adoption finale de la directive, deux Etats ont encore légiféré : la Belgique et les Pays-Bas. La situation est, cependant, très différente d'un territoire à l'autre. D'une part, seule la moitié des Etats membres ont une législation sur les clauses abusives qui s'insère dans les orientations dégagées par la directive. D'autre part, il existe de nombreuses différences entre les lois quand on compare les modalités d'approche et le domaine d'application. Ainsi, la législation allemande du 9 décembre 1976 établit une liste détaillée de clauses qui sont nulles et une autre de clauses qui peuvent être déclarées nulles dans certaines circonstances. Quant à la loi britannique de 1977, elle contient une courte liste noire et laisse aux tribunaux le soin de décider quelles clauses du contrat sont abusives et comme telles nulles, en tenant compte d'un critère raisonnable. La France, enfin, le 10 janvier 1978, a privilégié le droit de la consommation par l'adoption de la loi sur la protection et l'information des consommateurs, dite la loi Scrivener.

354. Le but de ces lois consuméristes était évidemment de protéger le consommateur au sein de chaque Etat concerné. La volonté communautaire ne devait pas aboutir à un abaissement du niveau de protection des consommateurs auquel étaient parvenus certains dispositifs nationaux, mais elle devait permettre d'arriver à un niveau de protection comparable des consommateurs dans tous les Etats membres. De manière sans doute utopique, au terme de l'exercice, il s'agissait de pouvoir dire aux consommateurs européens : « Où que vous soyez dans l'Union européenne et où que vous achetiez, la situation ne change pas : vos droits essentiels restent les mêmes »⁴⁶⁹.

355. Une autre étape importante a été franchie par le Traité sur l'Union européenne, qui a été signé à Maastricht le 7 février 1992. Un titre XI intitulé « Protection des consommateurs » et comportant un seul article⁴⁷⁰ a été ajouté au Traité instituant la Communauté européenne⁴⁷¹. Quelques années plus tard, le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 a changé la numérotation et modifié les termes de l'article concernant les consommateurs⁴⁷². Il s'agit désormais de l'article 169 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)..

356. La protection des consommateurs est donc prévue de façon explicite par l'Union Européenne.. Jusqu'en 1992, le silence des Traités entretenait quelque ambiguïté sur les actions

⁴⁶⁹ PIEDELIEVRE St., *Droit de la consommation*, édition Economica, Paris 2008, p.11

⁴⁷⁰ Art. 129A

⁴⁷¹ SIMON D., « Commentaire de l'article 129A », dans l'ouvrage collectif *Traité sur l'Union européenne*, sous la direction de Contantinesco, Kovar et Simon, Economica 1995. Sur la réaction des associations de consommateur au Traité de Maastricht, v. INC Hebdo, n° 781, sept. 1992.

⁴⁷² CHILLON S. « Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam », *Centre du droit de la consommation*, Louvain-la-Neuve, 1999

de la Communauté en faveur des consommateurs. Certains soutenaient qu'il s'agissait uniquement de rapprocher les législations nationales en vue de permettre la libre circulation des marchandises et des services. Désormais, il ne fait aucun doute que la protection des consommateurs est un but en soi de la politique communautaire. La Communauté doit « assurer un niveau élevé de protection des consommateurs ».

357. Les appréciations portées sur cette directive sont très contrastées. Le Conseil, dans la position commune arrêtée le 22 sept. 1992⁴⁷³, dont la rédaction diffère très peu de la directive du 5 avril 1993, indique qu'il « a été guidé par le double souci de mettre au point un texte qui, tout en étant suffisamment clair et précis pour assurer une protection effective du consommateur en la matière, puisse être rapidement mis en œuvre ». Ceci l'a conduit « à tenir compte, dans la mesure compatible avec les objectifs de la directive, des situations spécifiques des Etats membres dans les domaines du droit touchés par cette directive, en évitant en particulier de porter par trop atteinte à certains aspects fondamentaux du droit des contrats. Ces considérations, recoupant largement celles du Parlement européen, l'ont conduit à retenir une directive avec un caractère minimal, permettant à chaque Etat membre d'organiser une protection accrue ».

358. Dans une communication au Parlement européen du 22 oct. 1992⁴⁷⁴, la Commission a « décidé de se rallier à la position commune du Conseil, malgré la diminution de la protection des consommateurs garantie par la proposition modifiée. Cette position commune :

- constitue un compromis raisonnable entre les intérêts des consommateurs et ceux des professionnels ;
- constitue un grand pas dans le sens d'une protection adéquate des consommateurs, indépendamment de l'Etat membre où les contrats sont conclus ;
- garantit un seuil minimal de protection assez élevé pour les consommateurs, tout en permettant aux Etats membres d'assurer à ceux-ci un niveau de protection encore plus élevé ».

359. En revanche, dans sa recommandation du 4 déc. 1992⁴⁷⁵, la Commission juridique et des droits des citoyens du Parlement européen considère que « la position commune constitue une édulcoration radicale de la proposition initiale de directive et de la position adoptée par le Parlement européen. Elle exprime aujourd'hui le plus petit commun dénominateur en matière de protection juridique dans l'Union. Elle va donc créer un climat d'incertitude pour les consommateurs souhaitant tirer profit de contrats transfrontières. L'accès aux instances judiciaires et le niveau de protection assuré aux consommateurs seront définis au niveau national et divergeront d'un Etat membre à l'autre. Au lieu de promouvoir un marché européen

⁴⁷³ 8406-1-92, Rev. 1, add. 1

⁴⁷⁴ Com. (92), 1944 final, syn. 285

⁴⁷⁵ A 3-409-92-PE 202-643/déf

unique régi par des règles cohérentes en matière de clauses abusives pour l'ensemble de la Communauté, la directive va encourager le maintien de la fragmentation du marché ».

360. Il est certain que la formulation de la directive est très en retrait par rapport aux propositions initiales de la Commission. Certaines ont été rejetées, d'autres ont vu leur caractère contraignant atténué et le domaine d'application de la directive a été réduit. Néanmoins le consommateur européen qui souhaite profiter du grand marché sait qu'il bénéficie, quel que soit le pays d'achat des biens ou des prestations de services, d'une protection minimale contre les clauses abusives. De plus, la directive laisse la possibilité aux Etats membres de maintenir ou d'appliquer des solutions plus rigoureuses pour organiser un niveau de protection plus élevé (art. 8). Enfin la Commission devra « soumettre au Parlement européen et au Conseil, cinq ans au plus tard après la date d'entrée en vigueur de la directive, un rapport concernant l'application de la présente directive » (art. 9). Et selon une déclaration faite au procès-verbal, au moment de l'adoption du texte, ce rapport sera accompagné, le cas échéant, de propositions appropriées permettant de renforcer la protection accordée au consommateur.

361. Dans la rédaction définitive, « 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 » (art. 3, al. 1^{er}). Quant au consommateur, c'est « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle » (art. 2 C). Et le professionnel c'est « toute personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée » (art. 2 C).

362. Les Etats membres devront mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 31 déc. 1994 (art. 10, al. 1^{er}). Les dispositions nationales seront applicables à tous les contrats conclus après cette date ainsi, ce qui semble normal, qu'à ceux conclus antérieurement mais dont l'exécution s'étend au-delà du 31 déc. 1994. De même, selon une jurisprudence bien établie de la Cour de justice⁴⁷⁶, les juridictions nationales devront interpréter le droit interne en tenant compte de la lettre et de l'esprit de la directive.

363. Enfin, en matière de loi applicable, aux termes de l'art. 6, al. 2, les Etats membres devront prendre les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la

⁴⁷⁶ CJCE 10 avr. 1984, von Colson et Kamann, aff. 14-83, Rec. CJCE, p. 1891 ; 13 nov. 1990, Marleasing, aff. 106-89, Rec. CJCE, p. 4135 ; GALMOT Y et BONICHOT J-C, La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national, Rev. fr. dr. adm. 1988.1 ; DAL FARRA T., L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité, RTD eur. 1992.631

protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque celui-ci présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres de la Communauté.

§ 2nd - La transposition de la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993

364. En raison de la densité normative croissante inhérente à l'intégration européenne, le droit national et en particulier le droit civil est de plus en plus influencé par des normes européennes. Ainsi en 1989, le Parlement européen avait publié une résolution appelant à l'harmonisation de certains secteurs du droit privé, en soulignant « qu'un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil »⁴⁷⁷.

365. Postérieurement, l'accent a notamment été mis sur le droit civil relatif à la protection du consommateur. De ce fait, le traité de Maastricht de 1992 a par la suite incorporé dans un article 153 (actuel art. 169 TFUE) la protection des consommateurs en tant que politique commune des États membres. Cette compétence a été renforcée en 1997 dans le traité d'Amsterdam. En effet, comme le constate très bien Elise Poillot, « dans la perspective de la priorité de la réalisation d'un marché unique, objectif principal de la construction européenne, il n'est pas surprenant que le droit de la consommation, discipline congénitalement économique car centrée sur la réglementation de l'acte de consommation, ait été un terrain de rapprochement des législations »⁴⁷⁸.

366. Ainsi, l'article 95⁴⁷⁹ a généralement servi de fondement juridique à l'adoption des directives, si bien que sous le couvert de la protection des consommateurs, les initiatives communautaires tendaient à neutraliser les distorsions de concurrence entre les professionnels. L'acte de consommation se révélant être le moteur principal du développement du marché intérieur, il n'est donc guère étonnant que le droit communautaire ait entendu l'encadrer juridiquement par le biais d'une méthode d'intégration douce c'est-à-dire par des directives imposant une harmonisation minimale.

367. En vertu de l'article 288 du traité CE, ces directives prévoient donc parfois une harmonisation minimale entre les États, ce qui leur laisse une marge de manœuvre dans la transposition en droit interne. Comme le droit européen de la consommation est constitué uniquement de directives et règlements, le rôle des Etats dans la mise en œuvre du droit communautaire au sein de leurs propres ordres juridiques a une certaine importance dans leurs

⁴⁷⁷ Résolution du Parlement, du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres

⁴⁷⁸ POILLOT E., Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats », p.28

⁴⁷⁹ Par renvoi de l'article 153, alinéa 3

systèmes juridiques. Il s'agit d'une obligation de résultat que la CJCE peut sanctionner lorsqu'elle estime que la directive n'a pas été correctement transposée.

368. Le champ d'application de la directive 93/13/CEE, étant « minimale », effectivement, est défini par une disposition positive qui l'identifie de façon très générale (article 1.1) et par trois dispositions « négatives », c'est-à-dire trois articles qui prévoient l'exclusion du champ d'application de certaines catégories des clauses contractuelles (articles 3.1, 1.2, 4.2).

369. En ce qui concerne la transposition dans les législations des Etats membres. de l'article 1.1, certains Etats ont étendu le champ d'application de la directive à tous les contrats, en prévoyant l'application de la loi de transposition de la directive non seulement aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, mais aussi aux contrats conclus entre les professionnels. Il s'agit par exemple, du Danemark, de la Pologne, des Pays-Bas qui avaient déjà choisi, avant l'entrée en vigueur de la directive 93/13/CEE, de soumettre au contrôle toutes les clauses standards dans toutes les catégories de contrats, que ce soit ceux conclus avec les consommateurs ou ceux conclus entre les professionnels⁴⁸⁰.

370. Dans certains pays, il y a eu des problèmes d'interprétation parce que la loi de transposition semblait limiter le champ d'application aux contrats ayant pour objet la cession des biens et la prestation de services. Dans la plupart de ces cas, on a résolu ce problème d'interprétation puisque ces Etats membres ont expliqué que le champ d'application n'était pas limité à ce genre de contrats (Grande Bretagne, Irlande) ou parce qu'ils ont accepté de modifier leur loi de transposition (Italie, Belgique).

371. En ce qui concerne l'exclusion du champ d'application de la directive des clauses négociées individuellement, il est important de souligner que ce n'est pas le contrat qui ne doit pas avoir été négocié, mais ce sont les clauses contractuelles (Article 3.1). Donc la question n'est pas de savoir si le contrat lui-même a été négocié ou pas, mais quelles clauses ont éventuellement été négociées individuellement. Certains Etats membres appliquent la loi de transposition aussi aux clauses négociées individuellement. Il s'agit de la Belgique, de la France, des pays nordiques et dans une certaine mesure des Pays-Bas et de l'Autriche qui ont décidé d'étendre le champ d'application de la directive de cette façon.

372. En revanche, on a eu des problèmes dans certains Etats membres pour l'application de la loi de transposition aux clauses non standardisées. En effet la directive couvre non seulement les contrats standards, c'est-à-dire les contrats qui sont rédigés pour une masse indéterminée de sujets, mais aussi le contrat qui a été fait pour un seul consommateur, pourvu

⁴⁸⁰ L'Espagne, par une nouvelle loi de 1998, a également étendu le champ d'application dans ce domaine

que les clauses n'aient pas été effectivement négociées. Les législations nationales qui appliquaient la directive seulement aux contrats standards, limitaient donc de façon illégitime le champ d'application de celle-ci. Pour cette raison, par exemple, l'Allemagne a changé sa loi avant de la notifier à la Commission et le législateur portugais vient de le faire suite à une procédure d'infraction ouverte par la Commission⁴⁸¹.

373. Pour ce qui concerne l'exclusion du champ d'application de la directive des clauses qui relèvent des dispositions nationales législatives ou réglementaires impératives ou des conventions internationales⁴⁸², on peut constater que certains Etats membres n'ont pas transposé la disposition de la directive qui prévoit cette limitation. Cela signifie qu'ils n'ont pas trouvé nécessaire d'introduire cette limitation. Il s'agit notamment de l'Autriche, Danemark, Finlande, France, Pays-Bas, Suède, Grèce et Belgique.

374. A cet égard, on peut signaler que la Grande Bretagne n'avait pas transposé le terme « impératives » contenu dans l'article 1.2 de la directive. Il s'agit d'un terme assez important dans le texte de la directive parce qu'il est lié à la problématique de l'application de la directive aux prestations des services publics. Il reste néanmoins à savoir si cette omission entraîne des conséquences pratiques. Finalement, la Grande Bretagne a transposé le terme « impératives » par une modification de son ancienne législation.

375. En ce qui concerne la troisième limitation au champ d'application de la directive – l'article 4.2, (c'est-à-dire l'exclusion des clauses qui portent sur la définition du prix et sur l'objet principal du contrat, si elles sont claires et compréhensibles), certains pays n'ont pas transposé cette disposition en considérant, évidemment, que les clauses relatives au prix et à l'objet du contrat peuvent tout à fait être contrôlées de la même façon que les autres clauses. Il s'agit notamment de l'Espagne⁴⁸³.

376. Le champ d'application est d'ailleurs défini aussi par les notions de « consommateur » et « professionnel ». Elles sont prévues par les articles 2b et 2c. La transposition de ces notions n'a pas soulevé de difficultés sauf en ce qui concerne la définition du « professionnel ». En effet, parfois le législateur national l'a défini comme le vendeur de biens ou le prestataire de services (Irlande, Grande Bretagne), et donc il y avait le problème, dont on a déjà parlé, de savoir si la directive pouvait être appliquée aussi aux contrats qui n'étaient pas de vente de biens ou de services. De plus, en ce qui concerne la définition de consommateur, l'Espagne et la Belgique n'ont pas fait de distinction dans leur législation, entre personne physique et personne morale, alors que la directive définit celui-ci comme une personne physique. Sur ce point, au

⁴⁸¹ www.ec.europa.eu, L'intégration de la Directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux

⁴⁸² Article 1.2

⁴⁸³ www.ec.europa.eu, L'intégration de la Directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux.

moment de la discussion de la directive, il y avait eu un débat significatif puisqu'on se demandait si les personnes morales devaient avoir le droit d'être protégées par rapport aux clauses abusives comme les personnes physiques.

377. En ce qui concerne l'article 3.2, certains Etats n'ont pas transposé spécifiquement cet article. Il s'agit surtout des pays qui appliquent la loi nationale de transposition de la directive aussi aux clauses négociées et donc ils n'avaient pas d'intérêt à savoir ce qu'on doit considérer comme clause non négociée. Les autres pays ont adopté des formulations assez semblables à celle de la directive.

378. L'article 3.2, par 2 prévoit l'application de la directive aussi aux contrats dans lesquels des clauses isolées ont été rédigées individuellement, si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit, malgré tout, d'un contrat d'adhésion. Cependant, cette disposition semble inutile dans le cadre de la directive, puisque celle-ci ne s'applique pas seulement aux contrats standards, mais à tous les contrats conclus avec les consommateurs et à toutes les clauses non négociées.

379. Cette disposition est donc rentrée dans le texte de la directive sur la base d'une tradition juridique nationale, mais elle n'est pas très explicable à la lumière de l'économie du texte législatif de la directive. Cela pourrait se retourner contre le but du législateur européen lui-même, parce que cette disposition semble affaiblir finalement l'interprétation préalable qu'on avait donnée sur le champ d'application de la directive⁴⁸⁴.

380. L'article 3.2, par. 3 de la directive prévoit que si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe. Cette disposition a été transposée avec des différences rédactionnelles mineures par tous les Etats Membres qui ont limité le champ d'application de la loi de transposition aux clauses non individuellement négociées. Evidemment, les Etats Membres qui appliquent la loi de transposition à toutes les clauses, pas seulement aux clauses non négociées individuellement, n'ont pas eu besoin de transposer cet article.

381. La directive prévoit une définition générale de clause abusive, donnée par l'article 3.1, puis elle établit aussi une liste indicative de types de clauses abusives dans une annexe. Certains Etats Membres ont transposé l'article 3.1 de façon littérale : par exemple, l'Espagne, l'Irlande, la Grande Bretagne, l'Italie. Il s'agit surtout des pays qui n'avaient pas encore une législation nationale générale en la matière ou des Etats, comme l'Italie, qui avaient une législation très ancienne mais avec une philosophie tout à fait différente de celle de la directive. Certains Etats Membres ont au contraire transposé cette disposition de façon formellement

⁴⁸⁴ www.ec.europa.eu, L'intégration de la Directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux.

incomplète puisqu'ils n'ont pas inséré dans leur loi nationale de transposition l'expression : « en dépit de l'exigence de bonne foi ». Il s'agit, par exemple de la France, Luxembourg, Belge, Allemagne qui ont donc défini dans leur législation la clause abusive comme une clause qui crée seulement un déséquilibre significatif entre les parties.

382. Le Luxembourg d'ailleurs ne prévoit pas non plus que le déséquilibre doit être significatif, mais pour la loi luxembourgeoise il suffit qu'une clause crée un déséquilibre pour qu'elle puisse être considérée comme abusive. En Italie il y a eu beaucoup d'hésitations, au début, sur l'interprétation de la notion de bonne foi parce qu'on se demandait si on devait l'interpréter comme subjective ou objective. A cet égard, on doit souligner que, bien que dans la directive il y ait des considérants qui ne sont pas très explicatifs, il n'y a pas de doute qu'il s'agit de bonne foi objective. La bonne foi est un critère objectif d'équilibre (balance) du contrat et elle n'a rien à faire avec l'intention des parties, surtout parce qu'on vise des clauses non négociées.

383. Les législations nationales d'autres Etats Membres ont introduit des notions différentes de clause abusive. La loi portugaise, par exemple, fait appel seulement à la bonne foi, en prévoyant qu'une clause est abusive si elle est contraire à la seule bonne foi, incluant en soi déjà toute la richesse de ce concept. La loi néerlandaise consacre le critère du caractère anormalement onéreux de la clause pour une des parties. Le Danemark fait appel au critère de désavantage anormal au mépris des principes de bonne foi et d'équité. En ce qui concerne les pays nordiques, la législation danoise parle d'«usages honnêtes en matière commerciale ». La loi suédoise fait appel à la «contrariété aux bonnes mœurs qui crée un déséquilibre notable ». La Finlande, enfin, se limite à interdire les clauses contractuelles qui sont abusives pour les consommateurs sans en donner aucune définition.

384. Les différentes transpositions n'ont pas inquiété outre mesure la Commission parce qu'on a pensé qu'un critère général est le fruit de la pratique et de l'interprétation que lui donne la jurisprudence. La loi luxembourgeoise ne parle pas de déséquilibre « significatif », mais peut être que la jurisprudence dans un autre pays où la loi nationale parle de déséquilibre significatif est beaucoup plus avancée dans le contrôle des clauses abusives. En Finlande, où il semble qu'il n'y ait pas de critère général pour définir une clause comme abusive, dans la pratique cela fait longtemps qu'on contrôle les clauses abusives. C'est donc la pratique d'application de la directive qui a intéressé la Commission et pas la comparaison littérale des textes législatifs.

385. L'annexe à la directive contient une liste indicative sur les types de clauses qui peuvent être considérées comme abusives selon le critère général de l'article 3.1. Le Parlement et la Commission ont beaucoup discuté sur la nature de cette liste, lors des travaux préparatoires

de la directive : on voulait une liste « noire », surtout parce qu'une liste noire aurait poussé l'harmonisation des législations des Etats Membres. L'annexe à la directive a posé plusieurs problèmes de transposition. Les pays nordiques, par exemple, n'ont pas transposé l'annexe dans leur législation nationale, mais ils ont seulement cité les clauses de la liste dans l'exposé des motifs du projet de loi. La raison de ce choix dépend de la conviction que la transposition de l'annexe pourrait être finalement contraire aux intérêts des consommateurs. Au contraire, dans d'autres pays on a pu constater que la liste est un élément qui peut vraiment assurer une application effective de la protection des consommateurs. Il a y des Etats qui ont tout simplement copié la liste, en gardant son caractère non contraignant (liste blanche). Il s'agit de Grande Bretagne, Irlande, France D'autres pays ont prévu que les clauses contenues dans ces listes sont automatiquement abusives (liste noire): par exemple l'Espagne, Belgique, Luxembourg, Allemagne, Autriche. D'autres Etats membres ont des listes noires/grises : Pologne, Pays-Bas, Danemark, Italie.

386. La République de Moldova, même si elle est un Etat hors de l'Union européenne, a transposé entièrement la Directive dans la Loi des clauses abusives, étant prévu que les clauses contenues dans cette liste annexe sont automatiquement abusives (liste noire).

387. Ainsi, nous pouvons mentionner que la directive du 93/13 CEE du 5 avril 1993 marque une étape décisive dans l'harmonisation du droit privé des Etats membres. En effet, au nom de l'intérêt commun et du bon fonctionnement du marché intérieur, elle étend le champ de l'harmonisation des droits nationaux à tous les contrats de consommation et ne se limite plus comme dans les directives précédentes⁴⁸⁵ à un certain type de contrats. Avec la transposition de cette directive en droit interne, le noyau du droit civil des Etats membres a pour la première fois été touché.

⁴⁸⁵ Directive 87/ 102/CEE en matière de crédit à la consommation; Directive 90/314/CEE concernant les voyages, vacances et circuits à forfait

Section 2 – Les perspectives pour une évolution communautaire

« On peut être bon Européen et considérer avec réticence l'unification des droits européens ; on ne peut être bon Européen et vouloir maintenir, sans effort d'harmonisation, la situation actuelle, c'est-à-dire la complète insularité de chaque système juridique national européen »⁴⁸⁶

388. La liberté de circulation des marchandises présente certainement des avantages pour les entreprises européennes qui peuvent acquérir, vendre et investir dans tous les Etats membres sans jamais devoir se soumettre à des contrôles ou à des formalités lors d'un passage d'un Etat membre à l'autre, mais, les consommateurs doivent aussi pouvoir tirer parti du marché unique instauré. Bien que la perspective d'un droit européen des contrats demeure encore éloignée en dépit des velléités de la Commission européenne, le législateur communautaire ne s'est pas cantonné aux importantes directives adoptées dans le cadre de la protection des consommateurs.

389. Le droit européen de la consommation est en pleine effervescence depuis quelques années. Les perspectives pour une évolution communautaire se présentent dans trois grands documents communautaires: le Livre vert du 8 février 2007 sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs (§ 1^{er}), la proposition du 8 octobre 2008 et la Directive du 25 octobre 2011 concernant les droits des consommateurs (§ 2nd), la Proposition de la Commission du 11 octobre 2011 sur le Règlement relative à un droit commun de la vente (§ 3^e).

§ 1^{er} - Le Livre vert du 8 février 2007 sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs

390. La Commission européenne a publié un Livre vert sur « la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs ». Ce document invite le 15 mai 2007 à répondre aux questions d'adopter une vaste directive qui traiterait de certaines questions récurrentes (définition du consommateur, délais de rétractation, etc.). Ce document soulève des

⁴⁸⁶ Ce que RENE David a pu souligner en 1955 dans « L'avenir des droits européens: unification ou harmonisation », reproduit in Le droit comparé, Droits d'hier, Droits de demain, Economica, 1982, p. 296.

questions politiques essentielles, telle celle de l'harmonisation minimale ou totale par voie de directives européennes. Nombres de juristes français ont exprimé leur opinion⁴⁸⁷.

391. Le droit de l'Union Européenne pourrait dans un avenir proche prendre une importance accrue avec l'éventuelle adoption d'un droit européen des contrats⁴⁸⁸ et peut être surtout compte tenu de la volonté de la Commission européenne d'améliorer les acquis communautaires dans le domaine de la protection contractuelle des consommateurs⁴⁸⁹. À terme relativement proche, cette source pourrait prendre la même importance que celle qu'elle a en matière de concurrence.

392. Le livre vert du 8 février 2007 invite toutes les personnes intéressées à faire part de leurs remarques en matière de protection des consommateurs⁴⁹⁰. Cette révision ambitionnerait de couvrir huit directives dont le but est de protéger les consommateurs. Selon ce livre, « l'objectif premier de cette révision serait de parvenir à la mise en place d'un véritable marché intérieur des consommateurs, offrant un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises, dans le strict respect du principe de subsidiarité ». On a pu regretter que ce livre se limite à huit directives et qu'il ne s'agisse pas d'une réflexion plus globale sur l'ensemble des règles communautaires en matière de consommation.

393. Le but de cette concertation est évidemment d'aboutir à une harmonisation plus complète du droit de la consommation. Elle ne doit pas aboutir à un abaissement du niveau de protection des consommateurs auquel sont parvenus certains dispositifs nationaux, mais elle devrait aboutir à un niveau de protection des consommateurs égal dans tous les États membres. De manière sans doute utopique, l'objectif du livre serait, au terme de l'exercice, de pouvoir dire aux consommateurs européens : « Où que vous soyez dans l'Union européenne et où que vous achetiez, la situation ne change pas : vos droits essentiels restent les mêmes »⁴⁹¹.

394. Le Parlement européen a adopté, le 6 septembre 2007, une résolution non législative sur ce livre vert. Elle part d'un certain nombre de considérations chiffrées : 48 % des détaillants sont prêts à réaliser des transactions transfrontalières, mais uniquement 29 % le font réellement ; 43 % des détaillants considèrent que leurs ventes transfrontalières augmenteraient si les

⁴⁸⁷ RDC 2010/4 p.1285, note AUBERT de VINCELLES, BRUSCHI M., FENOUILLET D., SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

⁴⁸⁸ BEAUCHARD J., Les principes du droit européen des contrats et le droit de la consommation, Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 55.

⁴⁸⁹ PAISANT G., La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs (à propos du livre vert du 8 février 2007), JCP, 2007 I 152 ; RAYMOND G., Le livre vert sur le droit de la consommation. Contrats, eonc., consom., 2007 cliron. 5 ; v. également FAUVARQUE COSSON B., Quelle protection des consommateurs pour demain ?, D., 2007 956.

⁴⁹⁰ FAUVARQUE-COSSON B. (sous la dir. de). Livre vert sur le droit européen de la consommation - réponses françaises ?, Société de législation comparée, 2007.

⁴⁹¹ PIEDELIEVRE St., op.cit., n°16

dispositions des lois régissant les transactions avec les consommateurs étaient les mêmes dans toute l'Union européenne ; la moitié des européens (50 %) se méfient plus des achats transfrontaliers que des achats domestiques ; plus des deux tiers (71 %) pensent qu'il est plus difficile de résoudre certains problèmes lors d'achats transfrontaliers, tels que les plaintes, les renvois de marchandise, les réductions de prix ou les garanties et 90 % des entreprises en Europe sont des très petites entreprises qui établissent, de par leur nature, une relation directe et de confiance avec le consommateur, généralement dans une dimension forte de proximité, et qu'il convient de tenir compte de ces spécificités dans le cadre de la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs.

395. L'intérêt essentiel de ce livre est essentiellement d'ordre méthodologique, car il préfigure sans doute la méthode législative qui sera suivie dans l'avenir. Ce livre et la résolution qui fait suite, prennent parti sur les notions essentielles que sont le consommateur et le contrat de consommation et ils indiquent la technique d'intervention législative. On sait que le droit de la consommation interne et le droit communautaire de la consommation peuvent s'opposer sur la notion de consommateur et notamment sur la question de savoir si les personnes morales doivent ou non bénéficier des règles protectrices. Il serait en outre opportun de donner une définition identique pour chacun des textes adoptés, ce qui n'est pas toujours le cas⁴⁹².

396. La résolution part du constat incontestable suivant lequel les définitions de consommateur et de professionnel ne sont cohérentes ni dans la législation communautaire, ni dans les législations nationales. Une clarification de ces notions dans une réglementation horizontale est essentielle, dans la mesure où elles déterminent le champ d'application du droit de la consommation. Elle considère « comme essentielle la nécessité de définir comme consommateur toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle » et corrélativement le professionnel comme toute personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle. Pour le moment la question des actes mixtes reste ouverte⁴⁹³.

⁴⁹² Le livre vert cite un certain nombre d'exemples en ce sens. La directive relative au démarchage définit le consommateur comme toute personne physique qui agit pour un usage « pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». La directive sur l'indication des prix fait référence à toute personne physique « qui achète un produit à des fins qui ne sont pas du domaine de son activité commerciale ou professionnelle » et la directive concernant les clauses abusives dans les contrats à « des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

⁴⁹³ La Cour de justice des communautés européennes a une conception très stricte de l'acte mixte, puisque, par une décision du 20 janvier 2005, elle a considéré qu'« une personne qui a conclu un contrat portant sur un bien destiné à un usage en partie professionnel et en partie étranger à son activité professionnelle n'est pas en droit de se prévaloir du bénéfice des règles de compétence spécifiques prévues aux art. 13 à 15 de ladite convention, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard » CJCE, 20 janvier 2005, Rev. crit. DIP. 2005 493, note Jude.

397. Le livre vert utilise un concept que pour le moment le droit français n'a pas adopté : celui de contrat de consommation⁴⁹⁴, sans toutefois véritablement le définir. Il aurait pourtant été opportun de préciser les contrats visés par cette notion. Reste à savoir si ce concept existe véritablement dans la mesure où le droit de la consommation utilise des figures contractuelles classiques, comme la vente, le prêt... Le droit de la consommation se contente de donner une coloration particulière à ces conventions qui conduisent essentiellement à analyser la cause et l'objet du contrat. On considère alors la finalité économique de la convention⁴⁹⁵.

398. Mais, le livre vert et la résolution se penchent sur la question de savoir si l'essentiel de la réglementation passe par l'adoption de règles sectorielles, on parle alors d'approche verticale, ou de règles spécifiques communes à l'ensemble du droit de la consommation et l'on parle alors d'approche horizontale⁴⁹⁶. Pour le moment la réglementation communautaire était principalement thématique.

399. La résolution propose d'introduire l'idée d'une réglementation horizontale qui devrait s'appliquer de la manière la plus large à l'ensemble des contrats conclus avec des consommateurs. Mais, malgré tout, elle fait prédominer l'idée d'une réglementation mixte « à savoir, un instrument horizontal visant prioritairement la mise en cohérence de la législation existante et permettant de combler les lacunes, en regroupant, à droit constant, les questions transversales à l'ensemble des directives »⁴⁹⁷.

400. Concernant le champ d'application des dispositions communautaires relatives aux clauses abusives, le Livre vert du 8 février 2007 prévoit une extension du champ d'application aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle. Actuellement, la directive concernant les clauses abusives dans les contrats s'applique uniquement aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation, c'est-à-dire aux clauses contractuelles sur lesquelles le consommateur n'a eu aucune possibilité d'influence durant la phase de négociation. Dans la pratique, la directive sur les clauses abusives s'applique dans la plupart des cas aux clauses des contrats d'adhésion utilisés dans les transactions de masse. En réalité, les consommateurs n'ont souvent qu'une possibilité très limitée d'influencer le contenu d'une clause même si cette dernière peut théoriquement faire l'objet de négociations. Un certain nombre d'États membres ont adopté des règles spécifiques concernant le caractère abusif ou non des clauses qui ont fait l'objet d'une négociation individuelle.

⁴⁹⁴ RAYMOND G., Les contrats de consommation, dans *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 35

⁴⁹⁵ PIEDELIEVRE St., *op.cit.*, n°17

⁴⁹⁶ Sur l'ensemble de cette question PAISANT G., *La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs* (à propos du livre vert du 8 février 2007), précité.

⁴⁹⁷ PIEDELIEVRE St., *op.cit.*, n°18

401. Si le champ d'application était étendu aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle, les critères déterminant le caractère abusif pourraient être reformulés afin que les autorités compétentes tiennent compte de la capacité réelle des consommateurs individuels à influencer sur les clauses du contrat. Une autre solution consisterait à limiter ces critères à la liste de clauses annexée à la directive. En l'absence de règles spécifiques, le caractère abusif des clauses ayant fait l'objet d'une négociation serait évalué sur la base du principe de bonne foi⁴⁹⁸. Dans ces circonstances il apparaît la question : dans quelle mesure les règles relatives aux clauses contractuelles abusives devraient-elles s'appliquer aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle ? Le Livre vert du 8 février 2007 propose trois options :

- Option 1 : le champ d'application de la directive concernant les clauses abusives serait étendu aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle.
- Option 2 : seule la liste de clauses annexée à la directive s'appliquerait aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle.
- Option 3 : maintien du statu quo : les règles communautaires continueraient à s'appliquer exclusivement aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation ou aux clauses des contrats d'adhésion.

402. Quand à la liste de clauses abusives, la directive actuelle concernant les clauses abusives dans les contrats vise à donner des indications aux États membres quant aux clauses contractuelles dont la validité peut être contestée en raison de leur caractère abusif. Étant donné que cette liste est purement indicative, elle peut conduire à des applications divergentes dans les États membres. Dans le Livre vert du 8 février 2007 on se demande si une clause figurant dans une liste de clauses abusives incluse dans un instrument horizontal devrait être considérée comme abusive dans tous les cas (liste noire) ou comme abusive à moins que l'examen des circonstances particulières du contrat (y compris des éventuelles négociations individuelles) n'indique le contraire (présomption réfrangible de caractère abusif – liste grise). Ces deux possibilités pourraient aussi être combinées : certaines clauses seraient considérées comme abusives dans tous les cas, tandis que d'autres seraient présumées abusives. Cette option a été envisagée par les chercheurs qui se penchent sur le cadre commun de référence. L'instrument horizontal pourrait prévoir un mécanisme de comitologie pour l'actualisation de la liste de clauses.

403. Concernant la portée de l'appréciation du caractère abusif, conformément à la directive concernant les clauses abusives, une clause contractuelle n'ayant pas fait l'objet d'une négociation est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée

⁴⁹⁸ Point 4.3 de la Proposition du 8 octobre 2008

un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix (pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible).

404. Généralement, les législations nationales autorisent la partie lésée à annuler le contrat. Ainsi, un consommateur dont la voiture tombe en panne au milieu d'une zone rurale en pleine nuit pourrait accepter de payer un prix disproportionné pour la réparation. Si le champ d'application de la directive était étendu aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation, il conviendrait tout particulièrement de déterminer si l'appréciation du caractère abusif devrait être étendue à toutes les clauses centrales du contrat, y compris à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix. Le Livre vert du 8 février 2007 pose la question : les éléments sur lesquels porte l'appréciation du caractère abusif prévue par la directive concernant les clauses abusives devraient-ils être élargis ? En suite donne deux options :

- Option 1 : l'appréciation du caractère abusif serait étendue à la définition de l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix ;
- Option 2 : maintien du statu quo : l'appréciation du caractère abusif conserverait sa forme actuelle.

405. L'adoption du Livre vert il ne serait pas, à strictement parler, un « 28^e régime », mais un droit de l'Union, qui, une fois désigné par les parties, s'appliquerait selon les mêmes conditions procédurales que le droit interne (de là l'expression « second régime », utilisée par le Livre vert). Beaucoup de questions restent ouvertes. Quelle serait la base juridique de l'instrument ? Quel en serait le champ d'application ? S'appliquerait-il aux seuls contrats transfrontaliers ou également aux contrats nationaux ? Couvrirait-il les contrats entre professionnels et ceux conclus avec un consommateur ? Comment s'articulerait-il avec la proposition de directive sur la protection des consommateurs, adoptée le 8 octobre 2008⁴⁹⁹, qui devrait remplacer les directives concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, les clauses abusives, les contrats à distance et la vente et les garanties des biens de consommation⁵⁰⁰ ? Quels contrats spéciaux régirait-il ? La vente, fort certainement, mais toutes les ventes ou uniquement les ventes électroniques ? Le projet de droit européen des contrats

⁴⁹⁹ COM (2008) 614 final

⁵⁰⁰ La proposition n'a pas été adoptée, suite aux diverses critiques suscitées par le projet d'harmonisation maximale mais un accord se profile.

pourrait ainsi contribuer au développement d'une nouvelle forme de droit de l'Union, optionnel et additionnel, car offert aux parties en plus des régimes nationaux⁵⁰¹.

406. Ainsi, le but du Livre vert du 8 février 2007 sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs est d'aboutir à une harmonisation totale qui signifierait qu'aucun État membre ne pourrait appliquer des règles plus strictes que celles définies au niveau communautaire, contrairement à la solution qui est généralement prévue par les textes communautaires. Certains auteurs craignent que cela n'aboutisse à un amoindrissement de la protection accordée à certains consommateurs dans certains États et notamment en France⁵⁰². Mais il s'agit de la seule voie envisageable si l'on veut véritablement aboutir à l'instauration d'un véritable droit de la consommation de l'Union. Il pourrait alors s'agir d'une première étape vers l'instauration d'un Code européen de la consommation qui ne paraît actuellement possible qu'à la condition de fixer un certain nombre de principes essentiels en cette matière.

§ 2nd - La Proposition du 8 octobre 2008 et la Directive Européenne du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs

407. Le 8 octobre 2008, la Commission Européenne a lancé une Proposition pour une Directive Européenne concernant les droits des consommateurs⁵⁰³. Il faut mentionner que cette proposition est la suite du Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire concernant la protection des consommateurs. Elle couvre 4 directives⁵⁰⁴. Les actuelles Directives contiennent des clauses d'harmonisation minimale, ce qui signifie que les États membres peuvent maintenir ou adopter des normes plus strictes en faveur des consommateurs. Mais, tenant compte que les États membres ont largement utilisé cette possibilité, le résultat final est fragmentation des réglementations nationales. La Commission Européenne considère que ce fait peut causer des coûts significatifs pour les entreprises qui souhaitent effectuer un commerce transfrontalier⁵⁰⁵. En plus, les normes concernant les conflits de lois, comme celles incluses dans le Règlement

⁵⁰¹ Rappr. le projet de brevet unique européen et la proposition de la Commission d'une « coopération renforcée » ; rappr. la société privée européenne, nouveau groupement européen adapté aux PME qui promeut la liberté contractuelle, V. TENENBAUM A., La liberté contractuelle, instrument du succès de la future société privée européenne ?, RDC 2010. 986

⁵⁰² PAISANT G., La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs (à propos du livre vert du 8 février 2007), précité.

⁵⁰³ COM/2008/0614 final

⁵⁰⁴ La Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la défense des consommateurs ; dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ; La directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; La directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ; La directive 99/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

⁵⁰⁵ RDC 2009, p.11. RDC 2009. p.981 ; RDC 2009, p.578, note AUBERT de VINCELLES C.

concernant la législation applicable aux obligations contractuelles, n'abordent pas ce problème. Ainsi une conséquence du phénomène de fragmentation de l'acquis pour les consommateurs, c'est le niveau de confiance diminué des consommateurs dans les opérations transfrontalières.

408. En bref, la Proposition a pour but de réduire la fragmentation des législations, aussi bien que l'intensification du cadre de réglementation et d'assurer aux consommateurs un niveau élevé commun de protection des consommateurs et informations adéquates concernant leurs droits et le mode de leur exercice⁵⁰⁶.

409. Néanmoins, malgré les intentions, la proposition de la Commission a été fortement contestée par les représentants des consommateurs européens. En leur vision, proposition ne garantit pas un niveau élevé de protection des consommateurs par rapport aux normes existantes⁵⁰⁷.

410. Il est proposé de simplifier quatre directives existantes de l'UE sur les droits des consommateurs⁵⁰⁸, dans un ensemble unique de règles. Ces directives contiennent certaines exigences minimales, mais les États membres ont ajouté des règles de manière non coordonnée sur plusieurs années, en transformant la législation concernant les droits contractuels des consommateurs l'UE les droits des consommateurs dans une mosaïque de 27 différents ensembles de normes. Par exemple : une combinaison des différents obligations d'information, des différentes périodes de réflexion qui varient entre 7 et 15 jours et des différentes obligations concernant les dédommagements et les réparations.

411. Les propositions visent le commerce électronique dans le cadre d'un large éventail de commentaires et l'amélioration des droits existants des consommateurs de l'UE online et dans les magasins en ligne. La proposition de directive constituerait un progrès sur la protection des consommateurs dans des domaines clés où il ya eu beaucoup de plaintes dans les dernières années, comme vente par l'application des contraintes et adapterait la législation aux nouvelles technologies et méthodes de vente.

412. En effet, la Directive proposée pour les droits des consommateurs couvre tous les contrats de vente des biens et des services provenant d'entreprises commerciales au consommateur, et offre principalement les suivantes avantages :

⁵⁰⁶ RDC 2010/1, p. 16, note REVET Th, ROCHFELD J., PERES C.

⁵⁰⁷ En ce sens voir ECCG l'opinion concernant la proposition de la Commission pour la directive sur les droits des consommateurs, 06 octobre 2009, accessible sur le site http://ec.europa/consumers/empowerment/docs/20091006eccg_opinion.pdf (ECCG est un group consultatif de la Commission sur les problèmes des consommateurs. Celui-ci est compose des organisations nationales et européenne des consommateurs)

⁵⁰⁸ Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant les contrats à distance et la Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 concernant la vente et les garanties des biens de consommation

- Informations précontractuelles – la directive pourrait imposer aux commerçants d’offrir aux consommateurs un ensemble d’exigences claires concernant les informations pour tous les contrats conclus avec les consommateurs (par exemple, les principales caractéristiques du produit, l’adresse de l’emplacement et l’identité du commerçant, le prix y inclus les taxes, tous les coûts supplémentaires de transport, livraison et taux postales).
- Les règles sur le risque de livraison et le transfert au consommateur (actuellement ce n’est pas réglementée au niveau de l’UE) - un maximum de 30 jours calendaires pour les commerçants, de la signature du contrat pour la livraison des produits aux consommateurs. Le vendeur assume les risques et le coût des dommages ou pertes jusqu’au moment où le consommateur reçoit les marchandises. Pour retard de livraison ou de non-livraison de marchandises, le consommateur aura droit, nouveaux dans la plupart des États, à un remboursement dès que possible et au plus tard sept jours après la livraison.
- Les périodes de réflexion (vente à distance, les ventes par Internet, téléphone mobile, après la vente par catalogue et par les contraintes de l’application) – sont de 14 jours calendaires pendant lesquels le consommateur peut changer d’avis et sont assorties d’un formulaire de rétractation standard facile à utiliser.
- Réparations, remplacement, garanties - pour une plus grande certitude, sera le même panoplie de recours disponibles aux consommateurs qui ont acheté un produit défectueux (la réparation ou le remplacement à savoir en premier lieu, suivie d’une réduction de prix ou le remboursement de l’argent) .
- Clauses contractuelles abusives - une nouvelle liste noire de clauses abusives contractuelle qui sont interdites dans l’UE et une «liste grise» des clauses présumées abusives si le professionnel ne prouve pas le contraire.

416. La Proposition établit un système tripartite. En premier lieu, elle fixe, dans son Annexe II, une liste relativement courte des clauses « réputées abusives » et toujours interdites dans les contrats de consommation.⁵⁰⁹ Cette liste noire contient (en bref) les clauses excluant ou limitant la responsabilité du professionnel en cas de mort ou de dommage personnel résultant de son action ou omission, les clauses limitant les obligations du professionnel vis-à-vis de ses agents, les clauses supprimant l’exercice des voies de recours par le consommateur, les clauses limitant les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou conférant au professionnel

⁵⁰⁹ Art. 34, Ann. II de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs du 8 oct. 2008, COM(2008) 614/3 final.

un pouvoir unilatéral en matière de détermination de la conformité des biens ou services fournis ou en matière d'interprétation du contrat. En second lieu, la Proposition fixe, dans son Annexe III, une liste des clauses « présumées abusives » sous la réserve de la preuve du contraire par le professionnel⁵¹⁰. Cette liste contient les clauses figurant déjà (à quelques nuances près) dans la liste indicative contenue dans la directive de 1993, à l'exception des clauses qui ont été répertoriées dans la liste noire⁵¹¹. Ces deux listes peuvent être modifiées par la procédure de comitologie prévue dans la directive⁵¹². Par ailleurs, une catégorie résiduelle de clauses demeure soumise au test général bien connu de l'appréciation du caractère abusif des clauses contractuelles⁵¹³.

417. Ce système de liste de clauses frappées d'inefficacité en toutes circonstances a pour principal avantage d'offrir une solution claire tant aux professionnels qu'aux consommateurs, et figure parmi les moyens contribuant à un meilleur fonctionnement du marché intérieur entre professionnels et consommateurs, comme le précisent les considérants de la Proposition⁵¹⁴. La liste des clauses présumées abusives, sous réserve de la preuve du contraire, présente un avantage comparable (bien que moindre)⁵¹⁵. Ce système comporte néanmoins trois problèmes.

418. En premier lieu, ce système tripartite apparaît inspiré (non sans quelque adaptation) du droit allemand⁵¹⁶, même si le droit français a très récemment adopté un système similaire⁵¹⁷. Dans pareil contexte, on comprend tout à fait qu'il revienne à la loi de déterminer quelles sont les clauses qui devraient être interdites, présumées abusives ou soumises à la démonstration du caractère non abusif, car l'efficacité de toutes ces clauses abusives a pour cadre unique l'ordre juridique national⁵¹⁸.

419. Ainsi on comprend la position de la CJCE qui a considéré qu'en matière d'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle, sous l'empire de la directive de 1993, « les effets de la clause sous l'empire du droit applicable doivent également être pris en

⁵¹⁰ Art. 35, Ann. III. de la Proposition.

⁵¹¹ Une exception figure au § 1(i) de l'Annexe à la directive de 1993 qui apparaît à l'art. 31(2) comme une obligation légale.

⁵¹² Art 35, 39(2) et 40.

⁵¹³ WHITTAKER S., *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' « harmonisation complète »*, Recueil Dalloz 2009 p. 1152

⁵¹⁴ Proposition, consid. 50.

⁵¹⁵ WHITTAKER S., *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' « harmonisation complète »*, Recueil Dalloz 2009 p. 1152

⁵¹⁶ La loi de 1976 - Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 1976 - a codifié la jurisprudence antérieure au § 242 BGB, puis en 2002 l'essentiel de ces contrôles légaux fut incorporé au Code civil : V. § 307-309 BGB. V. de même § 6:231-247 BW.

⁵¹⁷ Art. R. 132 c. consom., introduit par le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, art. 1^{er} (JO 20 mars, p. 5030).

⁵¹⁸ WHITTAKER S., *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' « harmonisation complète »*, Recueil Dalloz 2009 p. 1152

compte. Pour ce faire, le droit national doit être pris en considération »⁵¹⁹. De ce fait, si la Cour européenne « peut interpréter les critères généraux énoncés par la législation communautaire afin de définir le concept de clause abusive, elle ne peut pas pour autant les appliquer à une clause en particulier, laquelle doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce »⁵²⁰.

420. En deuxième lieu, une difficulté surgit du fait de l'énumération des clauses présumées abusives dans l'Annexe III sans pour autant poser de règle en matière de charge de la preuve du caractère abusif des clauses relevant, au sens de l'article 32 de la Proposition, du test d'évaluation général. Ici, il convient de rappeler que la directive de 1993 n'établit pas de règle en matière de charge de la preuve du caractère abusif des clauses contractuelles, ce qui a nourri une certaine incertitude juridique⁵²¹. La question a donné lieu à des solutions différentes dans les Etats membres, la France, par exemple, faisant peser sur le consommateur la charge de la preuve du caractère abusif de la clause⁵²², alors que le Royaume-Uni a laissé la question ouverte (nonobstant sa législation précédente, et toujours en vigueur, qui renverse la charge de la preuve en matière de contrôle des clauses abusives)⁵²³. De l'avis de la Commission, l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle n'est pas une question d'objet de la preuve dans la mesure où elle résulte de l'évaluation en droit d'une clause contractuelle et relève par conséquent de la compétence des tribunaux⁵²⁴. En définitive, deux décisions, *Océano Grupo Editorial*⁵²⁵ et *Mostaza Claro*⁵²⁶, dans lesquelles la Cour européenne a jugé qu'il incombait aux tribunaux, compétents en la matière, de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dans les contrats de consommation, et ce même en l'absence du consommateur, semblent incompatibles avec le fait de faire peser la charge de la preuve sur le consommateur. Il est regrettable, en raison de cette incertitude, que la Proposition n'adopte pas une position explicite sur la charge de la preuve des clauses relevant du test d'évaluation général.

⁵¹⁹ Aff. C-237/02, 1^{er} avr. 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co KG c/ Hofstetter* [2004] ECR I-3403 § 21 ; RTD com. 2004. 838, obs. M. Luby ; D. 2005. Pan. 610, obs. NOURISSAT C.

⁵²⁰ Aff. C-237/02, § 22. Cf. Aff. jointes C-240/98 et C-244/98, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA c/ Murciano Quintero* [2000] E.C.R. 1-4941 ; RTD civ. 2001. 878, obs. MESTRE J. et FAGES B.; RTD com. 2001. 291, obs. LUBY M..

⁵²¹ Cette question est discutée dans BEALE H. (dir. gén.), *Chitty on Contracts* (30 ed., 2008) § 15-112-15-115 (S. Whittaker) et par BRUDER F. dans *Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts directive* (2007) ERPL 205.

⁵²² Art. 132-1(3) introduit par la loi n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995, art. 1^{er}.

⁵²³ *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* SI 1999/2083. Cf. *Unfair Contract Terms Act 1977* s. 11(5).

⁵²⁴ Travaux de la Conférence *The Unfair Terms directive : 5 years On* (juillet 1999), L'intégration de la directive 93/13 dans les systèmes législatifs nationaux, Atelier 3, « La définition du caractère abusif », p. 155, disponible http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen_rights_en.htm

⁵²⁵ *Supra*, note 20.

⁵²⁶ Aff. C-168/05, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro c/ Centro Móvil Milenium SL* [2007] 1 C.M.L.R. 22 at [24] ; D. 2006. Pan. 3027, obs. T. Clay, et 2007. Pan. 2571, obs. S. Bollée ; RTD civ. 2007. 113, obs. MESTRE J. et FAGES B., et 633, obs. THERY P.

421. En troisième lieu, qu'entend-on par « harmonisation complète » ? Il est évident que les Etats membres légiférant en matière de contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation ne sauraient faire figurer dans la « liste noire » une clause répertoriée dans la « liste grise », mais quel est, d'une manière plus générale, l'impact de l' « harmonisation complète »?

422. Dans de nombreux droits nationaux, les clauses contractuelles sont privées d'effet non dans le cadre de la protection des consommateurs mais sur des fondements plus généraux ou différents. Ainsi, par exemple, dans de nombreux Etats membres - si ce n'est dans tous - il suffit, pour invalider une clause contractuelle, qu'elle vise à exclure la responsabilité d'une partie pour dol, nonobstant le fait qu'une telle clause contractuelle ne figure pas dans la liste noire en Annexe II de la Proposition⁵²⁷. Le principe d' « harmonisation complète » signifierait-il que cette règle est illicite car allant au-delà de ce qui est permis ou requis par la directive ? Dans l'affirmative, l'alternative serait que la clause excluant la responsabilité pour dol soit considérée comme tombant dans le champ d'application de l'Annexe III (donnant ainsi lieu à une présomption du caractère abusif) ou comme relevant du test d'évaluation général prévu par l'article 32. Si cet exemple peut sembler un peu extrême, on appréciera le fait que de nombreux droits nationaux ont établi leur propre liste noire de clauses, dont certaines figurent expressément dans la loi et d'autres sont rendues inefficaces par l'interprétation judiciaire de dispositions législatives (ou du *common law*) concernant l'ordre public. Parmi les autres types de clauses contractuelles pouvant être interdites par les droits nationaux (du moins en certaines circonstances) et ne figurant pas dans l'Annexe II, se trouvent les clauses pénales, les conditions potestatives et les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité⁵²⁸.

423. Cette proposition de directive de 2008 débouché sur la directive du 25 octobre 2011 qui ne concerne à titre principal que deux points : contrats à distance et hors établissements commerciaux. La nouvelle Directive européenne 2011/83/UE⁵²⁹ n'a que très légèrement modifié la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993. Ainsi, un nouvel article a été inséré dans la directive 93/13/CEE qui prévoit que :

« 1. Lorsqu'un Etat membre adopte des dispositions conformément à l'article 8, il informe la Commission de l'adoption desdites dispositions ainsi que de toutes modifications ultérieures, en particulier lorsque ces dispositions :

⁵²⁷ WHITTAKER S., *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' « harmonisation complète »*, Recueil Dalloz 2009 p. 1152

⁵²⁸ Ibidem

⁵²⁹ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

- étendent l'appréciation de leur caractère abusif aux clauses contractuelles négociées individuellement ou aux clauses relatives à l'adéquation du prix ou de la rémunération, ou
- contiennent des listes de clauses contractuelles réputées abusives.

2. La Commission s'assure que les informations visées au paragraphe 1 sont aisément accessibles aux consommateurs et aux professionnels, entre autres sur un site internet spécifique.

3. La Commission transmet les informations visées au paragraphe 1 aux autres États membres et au Parlement européen. La Commission consulte les parties prenantes sur ces informations.»⁵³⁰.

424. Annoncée depuis quelques temps déjà, la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 (parue au Journal Officiel de l'Union européenne le 22 novembre) relative aux droits des consommateurs ne touche finalement pas à la substance même de la directive de 1993. La proposition faite a échané sur ce point parce qu'elle aurait eu pour effet d'amoindrir la protection existante dans diverses législations nationales.

425. Les Etats membres doivent transposer cette nouvelle directive dans leurs droits nationaux respectifs avant le 13 décembre 2013. Ses dispositions ne s'appliqueront qu'aux contrats B2C (entre professionnels et consommateurs) conclus après le 13 juin 2014.

§ 3^e - La Proposition de Règlement relatif à un droit commun de la vente du 11 octobre 2011

426. Le 1^{er} juillet 2010, la Commission a diffusé un Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises⁵³¹ dans lequel elle présente sept options, qui souvent se dédoublent voire se décuplent, si bien que toutes sortes de solutions et de combinaisons semblent encore ouvertes. Elle précise qu'« en fonction de l'évaluation des résultats de cette consultation, la Commission pourrait proposer des actions complémentaires d'ici 2012 » et ajoute que « toute proposition législative sera accompagnée d'une analyse d'impact ad hoc » (§ 3). La consultation a pris fin le 31 janvier 2011 et les réponses seront diffusées sur le site de la Commission⁵³².

427. L'adoption d'un Règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats constitue l'une des options les plus débattues du Livre vert du 2010⁵³³. C'est en partant de ce constat que la Commission européenne a proposé, le 11 octobre 2011, d'instituer un droit commun européen de la vente à caractère facultatif, qui contribuera à éliminer ces barrières tout

⁵³⁰ Art.32 de la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil

⁵³¹ COM (2010) 348/3

⁵³² MEKKI S.-A., FAUVARQUE-COSSON B. « Droit des contrats », Recueil Dalloz 2011 p. 472

⁵³³ Option 4

en assurant aux consommateurs un choix plus vaste et un niveau de protection élevé. Ce droit commun facilitera les échanges en offrant un ensemble unique de dispositions applicables aux contrats transfrontières dans l'ensemble des 27 pays de l'UE. Si des professionnels proposent leurs produits conformément au droit commun européen de la vente, les consommateurs auront la possibilité de choisir, en un clic de souris, un contrat européen facile d'utilisation leur offrant un niveau de protection élevé. La proposition de la Commission doit à présent être approuvée par les États membres de l'UE et le Parlement européen, qui a déjà exprimé son soutien à une écrasante majorité lors d'un vote intervenu le 8 juin 2011.

428. Ainsi, l'objectif de cette Proposition est de stimuler le commerce électronique transfrontalier en proposant d'utiliser à l'avenir un cadre juridique commun couvrant toutes les étapes essentielles du contrat de vente (information précontractuelle, consentement, contenu, exécution des droits et obligations, remèdes et sanctions civiles,...). La proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente tend à établir un second régime de droit contractuel, qui sera identique sur tout le territoire de l'Union européenne et qui coexistera avec l'actuel droit national des contrats. Il s'appliquera aux contrats transfrontières sur une base volontaire, par convention expresse des parties.

429. La Commission Européenne propose d'introduire dans chaque pays ce nouveau cadre juridique comme une option à côté du droit national qui subsistera. Est-ce cependant intéressant pour le consommateur? C'est une des questions qui se pose: la Commission répond en donnant un exemple : « aujourd'hui un consommateur français qui achète sur internet ne sait pas si le droit français ou un droit étranger s'applique en cas de problème de livraison, de conformité etc. Tout dépend si le consommateur a pris l'initiative lui-même ou s'il répond à une offre qu'un site étranger dirige activement vers notre marché »⁵³⁴.

430. « Au lieu d'écarter les législations nationales, la Commission européenne adopte aujourd'hui une approche innovante fondée sur le libre choix, la subsidiarité et la concurrence », a déclaré Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne et commissaire chargée de la Justice. Une façon selon elle d'assurer « un meilleur fonctionnement du marché intérieur en éliminant les barrières aux transactions transfrontalières tant pour les entreprises que pour les consommateurs », ainsi qu'elle l'a expliqué dans un message vidéo adressé au public de la 4^e Conférence sur le droit européen de la consommation qui s'est tenue à Luxembourg le 11 octobre 2011⁵³⁵.

431. Le champ de la proposition actuelle a encore été réduit puisqu'il ne vise plus que le droit de la vente. Le droit commun européen de la vente a été conçu comme un second régime

⁵³⁴ <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2011/10/comm-droit-contrats/index.html>

⁵³⁵ Idibem

contractuel, venant se superposer aux droits nationaux des Etats membres. Les parties au contrat de vente pourront opter pour l'application de ce qui deviendrait ainsi le 28ème régime ou pour le droit national de la vente.

432. Le champ d'application du règlement proposé vise tant les contrats conclus entre professionnels que ceux conclus entre un professionnel et un consommateur. Du point de vue de son champ d'application matériel, il vise les contrats de vente, les contrats de fourniture d'un contenu numérique et les contrats de fourniture d'un service connexe (qu'un prix distinct ait été convenu pour celui-ci ou non). Le régime du droit commun européen de la vente figure à l'Annexe I du règlement proposé et comprend 186 (!) articles. Le régime comprend une partie générale (Partie I), une partie relative à la formation du contrat (Partie II), une partie relative au contenu du contrat (Partie III), une partie relative aux obligations des parties (Partie IV), une partie portant sur les obligations et moyens d'action des parties à un contrat de services connexes (Partie V), une partie portant sur les dommages-intérêts et les intérêts de retard (Partie VI), une partie qui règle la restitution et une partie comportant des règles de prescription (Partie VIII).

433. Ainsi, le contexte de la Proposition du 11 octobre 2011 se réfère aux contrats qui sont essentiels à la vie des entreprises et à l'activité de vente aux consommateurs. Ils formalisent un accord entre des parties et peuvent avoir les objets les plus divers, dont la vente de biens et de services associés, tels que la réparation et l'entretien. Lorsqu'elles exercent leurs activités sur le marché unique européen, les entreprises font usage d'une grande variété de contrats régis par des législations nationales différentes en la matière. La coexistence de 27 corps différents de règles nationales peut entraîner des coûts de transaction supplémentaires, un défaut de sécurité juridique pour les entreprises et un manque de confiance chez les consommateurs. Ces inconvénients peuvent dissuader tant les consommateurs que les entreprises, respectivement, d'effectuer des achats et d'exercer des activités commerciales dans un contexte transfrontières. L'augmentation des coûts de transaction pèse surtout sur les petites et moyennes entreprises. On est très loin du marché intérieur des États-Unis, où un commerçant du Maryland peut aisément vendre ses produits à un consommateur installé en Alaska.

434. Dans le cadre de sa stratégie Europe 2020, la Commission s'emploie à supprimer les entraves au marché unique, afin de stimuler la reprise économique. Cette stratégie consiste notamment à avancer sur la voie d'un droit européen des contrats. La Commission a ensuite organisé une consultation publique qui a pris fin le 31 janvier 2011 et qui a permis de recueillir 320 réponses.

435. Le 3 mai 2011, un groupe d'experts créé par la Commission a remis une étude de faisabilité d'une future initiative en matière de droit européen des contrats. Au cours de cette

étude, la Commission a consulté parties prenantes et citoyens et a reçu 120 réponses. Le 8 juin 2011, le Parlement européen a apporté son soutien à un droit européen des contrats à caractère facultatif lors d'un vote en session plénière sur un rapport d'initiative élaboré par l'eurodéputée Diana Wallis.

436. « J'ai l'impression qu'on enlève un gros frein au développement du marché unique », a déclaré Jeannot Krecké au sujet de cette proposition. Jeannot Krecké, ministre luxembourgeois de l'Economie, s'est exprimé le 11 octobre 2011 suite au message vidéo de Viviane Reding, lors de la 4e Conférence sur le droit européen des consommateurs⁵³⁶. Appelant notamment à « cimenter la confiance du consommateur », le ministre a salué la proposition de règlement faite par la Commission. S'il n'avait pas encore connaissance alors des détails du texte adopté le même jour par la Commission, Jeannot Krecké a raconté avoir plaidé des années durant auprès de la Commission pour expliquer que l'organisation actuelle du droit des contrats, qui offre une protection du consommateur au niveau national, conduit finalement à ce qu'il y ait « 27 mini-marchés ». Ce qui est problématique tant pour les PME que pour les consommateurs, et qui n'est pas sans conséquence pour le Luxembourg dont se détournent certaines firmes peu intéressées à établir des règles contractuelles spécifiques pour un si petit marché.

437. Dans les fiches que la Commission a établies pour montrer les avantages de la proposition qu'elle fait, les consommateurs luxembourgeois apparaissent comme « ne bénéficiant pas pleinement du marché intérieur ». 38 % des consommateurs du Grand-Duché achètent en ligne dans d'autres pays européens, alors qu'ils sont 12 % à ce faire au Luxembourg. Preuve pour la Commission que beaucoup de biens ne sont pas disponibles sur le petit marché national du Luxembourg. Or, les barrières légales conduisent certains commerçants à refuser de vendre à des consommateurs à l'étranger. Un phénomène qui touche trois millions d'Européens chaque année et qu'ont rencontré 33 000 personnes au Luxembourg⁵³⁷.

438. De même les entreprises ne profitent pas pleinement du potentiel offert par le marché intérieur. Les détaillants du Luxembourg intéressés à vendre au-delà du marché national sont plus de la moitié à avoir été retenus par différents obstacles liés au droit des contrats : règles de protection des consommateurs différentes, difficultés liées à la connaissance du droit contractuel dans les autres pays, difficultés à résoudre les litiges transfrontaliers font partie de ces entraves. Ainsi 74 % des entreprises du Luxembourg seraient prêtes à utiliser un droit européen des contrats pour leurs ventes transfrontalières à des consommateurs, et ils seraient même 83 % à

⁵³⁶ <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2011/10/comm-droit-contrats/index.html>

⁵³⁷ <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2011/10/comm-droit-contrats/index.html>

être prêts à en faire usage dans le cadre de leurs transactions transfrontalières avec d'autres entreprises⁵³⁸.

439. En vue d'établir la corrélation entre la Proposition du 8 octobre 2008 pour une Directive européenne concernant les droits des consommateurs et la Proposition du 11 octobre 2011 de Règlement relative à la vente, c'est important de souligner d'une part les avantages pour les entreprises (**A**), les avantages pour les consommateurs (**B**) et d'autre part, la position critique des entreprises et des consommateurs par rapport de l'adoption de la dernière proposition (**C**)

A) – Les avantages pour les entreprises

440. Mise en place d'un seul régime commun de droit des contrats (à caractère facultatif cependant) qui est identique pour l'ensemble des 27 États membres, de sorte que les professionnels ne doivent plus se débattre contre les incertitudes que crée la nécessité d'avoir affaire à de multiples régimes de contrat nationaux ; selon un sondage Eurobaromètre publié le même jour, 71 % des entreprises européennes ont déclaré que, si elles pouvaient choisir, elles recourraient à un droit des contrats européen unique pour toutes les ventes transfrontières aux consommateurs d'autres pays de l'UE.

441. Réduction des coûts de transaction pour les entreprises qui souhaitent faire du commerce transfrontière: actuellement, les entreprises désireuses d'effectuer des transactions transfrontières doivent s'adapter à un maximum de 26 droits des contrats nationaux différents, les traduire et faire appel à des avocats, ce qui représente un coût moyen de 10 000 euros par marché d'exportation supplémentaire.

442. Aide aux petites et moyennes entreprises (PME) dans la conquête de nouveaux marchés : à l'heure actuelle, seulement 9,3 % des entreprises de l'UE réalisent des ventes transfrontières; par conséquent, les autres entreprises se privent d'au moins 26 milliards d'euros par an.

B) – Les avantages pour les consommateurs

443. Garantie du même niveau élevé de protection des consommateurs dans tous les États membres : les consommateurs pourront se fier au gage de qualité que constitue le droit commun européen de la vente. Celui-ci leur permettra, par exemple, de choisir librement leur moyen d'action s'ils ont acheté un produit défectueux, même plusieurs mois après l'achat. Ainsi, le consommateur pourrait mettre fin au contrat, demander le remplacement ou la réparation du bien

⁵³⁸ Ibidem

ou une réduction de son prix. Actuellement, le libre choix du moyen d'action n'existe que dans cinq pays de l'UE (France, Grèce, Lituanie, Luxembourg et Portugal).

444. Offre d'un plus large choix de produits à des prix plus bas : à l'heure actuelle, les consommateurs qui cherchent activement de meilleures offres à l'échelle de l'UE, notamment en ligne, se voient souvent refuser la vente ou la livraison par le professionnel consulté. Au moins trois millions de consommateurs en ont fait l'expérience sur une période d'un an.

445. Certitude sur la teneur des droits des consommateurs lors de transactions transfrontière: 44 % des consommateurs déclarent que l'incertitude entourant les droits dont ils disposent les dissuade d'acheter dans d'autres pays de l'UE⁵³⁹.

446. Augmentation de la transparence et de la confiance des consommateurs : les consommateurs seront toujours clairement informés et devront consentir à faire usage d'un contrat régi par le droit commun européen de la vente. En outre, une note d'information expliquera clairement, dans leur langue, les droits dont ils disposent.

447. Le droit commun européen de la vente sera applicable :

- uniquement si les deux parties y consentent expressément et de leur plein gré;
- aux contrats transfrontières, qui sont à l'origine de la plupart des problèmes liés aux coûts de transaction supplémentaires et à la complexité juridique. Les États membres auront le choix de rendre ce droit commun applicable aux contrats de droit interne et
- aux contrats portant sur la vente de biens – l'essentiel du commerce intra UE – ainsi qu'à ceux sur la fourniture de contenus numériques, tels que la musique, les films, les logiciels ou les applications pour smartphones;
- qu'il s'agisse de transactions entre professionnels et consommateurs ou de transactions entre professionnels;
- si l'une des parties est établie dans un État membre de l'UE. Les professionnels pourraient recourir au même corps de clauses contractuelles lorsqu'ils ont affaire à d'autres professionnels établis ou non dans l'UE, ce qui confèrera une dimension internationale au droit commun européen de la vente.

C) – Les positions critiques des entreprises et des consommateurs

448. Il faut pourtant mentionner que la proposition de la Commission n'a pas été bien accueillie par certains représentants des entreprises et des consommateurs, qui ont manifesté une position commune: le Mouvement des Entreprises de France – MEDEF **(1)**, l'Union Fédérale des Consommateurs – UFC **(2)**, et le Bureau Européen des Unions de Consommateurs – BUEC **(3)**.

⁵³⁹ <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2011/10/comm-droit-contrats/index.html>

1. – Le Mouvement des Entreprises de France

449. Si l'objectif poursuivi, qui consiste à promouvoir le commerce transfrontière, emporte l'adhésion, le MEDEF constate qu'en l'état, la proposition de la Commission soulève de sérieuses questions, qui font douter de sa capacité à favoriser les échanges transfrontières

a) Le fondement légal de la proposition soulève des interrogations. Après avoir longtemps écarté la question du fondement juridique sur lequel reposerait un instrument communautaire dans le domaine du droit des contrats, la Commission européenne propose aujourd'hui de recourir à l'article 114 du TFUE. Toutefois, la Commission ne motive pas réellement ce choix, alors que la démonstration de la pertinence du fondement choisi paraît d'autant plus importante que l'objet de la proposition semble appeler la référence à l'article 352, qui requiert l'unanimité des Etats membres.

b) La mise en œuvre du droit commun européen de la vente ne permettrait pas d'écarter complètement les lois nationales existantes, ce qui risque de fragmenter le droit applicable et donc de nuire à l'objectif de simplification.

– Le droit commun européen de la vente est lacunaire, puisqu'il ne traite pas de certaines questions, telles la capacité ou la représentation des sociétés, pour lesquelles il conviendra donc de recourir à la loi nationale applicable quand bien même le droit commun européen de la vente aurait été choisi par les parties.

– L'articulation du droit commun européen de la vente et du règlement dit Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dont l'article 6 impose l'application des dispositions impératives de la loi du pays de résidence du consommateur dès lors qu'elles sont plus protectrices que la loi choisie par les parties, pourrait soulever des difficultés.

c) En l'état actuel de la proposition, l'interprétation des dispositions du droit commun européen de la vente soulève des difficultés incompatibles avec la sécurité juridique que requiert la vie des affaires.

– Les dispositions du droit commun européen de la vente pourront donner lieu à des interprétations différentes, voire divergentes, par les juridictions nationales saisies, qui seront nécessairement influencées par leur propre culture juridique. A cet égard, l'uniformité du droit commun européen de la vente ne paraît pas pouvoir être confirmée au stade de son application, le contenu exact des dispositions du droit commun européen de la vente pouvant varier selon les Etats membres. Certes, la CJUE pourrait, avec le temps, imposer une jurisprudence unificatrice sur certaines questions, mais ce recours n'empêcherait pas une longue période d'insécurité juridique, incompatible avec le temps des affaires.

– Cette insécurité juridique liée à l’interprétation du droit commun européen de la vente est encore aggravée par les directives d’interprétation posées par la proposition elle-même, qui prévoit notamment que « le droit commun européen de la vente doit être interprété de façon autonome, conformément à ses objectifs et aux principes sous-jacents à celui-ci »² lesquels, s’agissant d’un droit en gestation, ne sont pas encore clairement identifiés.

d) Dans les transactions conclues avec des consommateurs, la proposition de règlement impose un mécanisme d’acceptation particulièrement lourd à mettre en œuvre. Le professionnel qui entend appliquer le droit commun européen de la vente doit en effet remettre au consommateur une notice d’information, obtenir son consentement à l’application du droit commun européen de la vente par une acceptation séparée et lui en donner ensuite confirmation sur un support durable. En outre, si les professionnels entendent assurer un haut niveau de protection des consommateurs, la protection prévue par le droit commun européen de la vente ne doit pas être telle qu’elle ne puisse être assumée par les entreprises.

e) Dans les transactions conclues entre professionnels, la possibilité de « panachage », qui permettrait d’écarter certaines des dispositions du droit commun européen de la vente présente le risque d’affecter la cohérence de l’ensemble et de ne pas profiter aux PME. En outre, il peut se révéler difficile dans les faits pour une partie de vérifier que son cocontractant répond bien à la définition communautaire de la PME. Le Medef estime que des réponses et solutions satisfaisantes doivent impérativement être apportées à ces interrogations si l’on veut faire avancer ce projet, et souhaite pouvoir participer de façon constructive aux travaux qu’appelle la proposition de la Commission européenne.

2. – L’Union Fédérale des Consommateurs

450. L’association UFC-Que Choisir explique qu’en pratique, ce Règlement signifie qu’un consommateur français qui décide d’acheter un bien en Allemagne par exemple pourrait se voir proposer par le vendeur (la possibilité de proposer cette option ne dépend que de lui) l’application d’un droit européen -similaire dans les 27 Etats membres-, en alternative au régime français ou au droit allemand qui s’appliquerait aujourd’hui. Le consommateur français pourrait donc être confronté à une situation où des règles différentes pourraient s’appliquer au même produit en fonction du vendeur chez qui il l’achète. Pas facile de faire un choix éclairé dans de telles conditions !⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ BAZOT A., Président UFC- que choisir 09/2011, Déception à la lecture de ce que l’on croyait enfin devoir être le droit européen des contrats protecteur des consommateurs

451. Le Président UFC pose la question: Quel intérêt pour le consommateur d'accepter la conclusion du contrat dans le cadre du régime européen ? Le volet positif de la proposition concerne le niveau élevé de protection proposé. Mais la Commission européenne n'a pas fait ce choix par hasard: il est largement contrebalancé par l'aspect facultatif de l'instrument choisi. En effet, le consommateur ne peut pas pro-activement demander l'application des règles européennes. Ces dernières risquent donc de rester lettre-morte si elles n'apparaissent pas assez attractives aux yeux du professionnel qui n'a aucune obligation de les utiliser. Pas sûr qu'une telle approche renforce la confiance des consommateurs dans le marché intérieur !⁵⁴¹

452. L'association UFC-Que Choisir a fait valoir que la nécessité d'un instrument optionnel n'était pas avérée et que la proposition allait à l'encontre de l'objectif de développement du marché intérieur en créant encore plus de fragmentation. En outre, le « 28^e régime », s'il était choisi, se substituerait aux règles impératives de droit national, le consommateur devant alors renoncer à l'application de règles nationales plus protectrices.

453. Dans sa réponse au livre vert, le Gouvernement a rappelé que, lors de la négociation du règlement Rome I, il était apparu que la meilleure façon de protéger les consommateurs était de leur assurer l'application de leur loi nationale, ce que prévoyait précisément l'article 6 du règlement.

3. – Le Bureau Européen des Unions de Consommateurs

454. BUEC a manifesté son opposition, considérant que la protection des consommateurs en Europe deviendrait un « jeu de devinettes ». Le BEUC n'est pas favorable à la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente car ce n'est pas un outil approprié pour régler les problèmes identifiés par la commission. Cet outil comporte en outre de nombreux risques.

455. Le BEUC estime qu'il n'y a aucune raison de dévier de l'approche traditionnelle pratiquée au sein de l'Union européenne et qui vise à harmoniser le droit des consommateurs des États membres. L'Union vient de se doter d'une directive relative au droit des consommateurs (2011/83/UE) qui a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 22 novembre 2011. Ce texte, qui vise un très haut niveau de protection des consommateurs en matière de vente, doit encore être transposé par les États membres. Il faut dès lors laisser le temps à cet instrument d'être appliqué sur le terrain avant de remettre l'ouvrage sur le métier en proposant un nouveau règlement en matière de vente⁵⁴².

⁵⁴¹ Ibidem

⁵⁴² <http://www.senate.be/>

456. Le BEUC estime que la Commission européenne n'a pas respecté les principes de subsidiarité et de proportionnalité dans le présent dossier et que la Commission n'a pas fourni suffisamment de preuve montrant la nécessité de cet instrument ni pour poursuivre le développement du marché unique, ni pour apporter les avantages supposés aux consommateurs et aux entreprises. Les hypothèses de départ de l'analyse d'impact sont douteuses, des problèmes réels de première importance sont omis et l'argument de la croissance économique n'a pas été démontré.

457. Compte tenu du fait que les questions fondamentales concernant le choix politique de la Commission restent sans réponse, le BEUC demande instamment aux législateurs de l'UE qu'ils étudient, en collaboration avec les parlements nationaux, les objections que nous soulevons ci-dessous, qu'ils demandent à la Commission de répondre à ces questions et qu'ils révisent les fondements de la proposition :

a) La Commission prétend que les entreprises qui réalisent des ventes dans d'autres pays doivent dépenser de grosses sommes d'argent (environ 10 000 euros) en conseils juridiques afin de s'adapter aux lois nationales de chaque pays de l'UE. L'hypothèse de départ du règlement proposé est que les opérateurs dépensent des sommes considérables, notamment de l'ordre de 10 000 euros en conseils juridiques pour s'adapter aux lois de protection des consommateurs⁵⁴³ de chaque État membre de l'UE, mais les éléments de preuve que la Commission avance ne sont pas clairs du tout. Dans l'analyse d'impact, BEUC soutient que la Commission n'a pas tenu compte de l'évidence: les opérateurs n'ont pas été interrogés sur les sommes qu'ils ont réellement dépensées en conseils juridiques pour les questions relatives au droit des contrats. En revanche, on leur a demandé d'estimer combien ils économiseraient en « frais de transaction » (par exemple, frais juridiques, recherche et traduction de la loi étrangère) si un instrument optionnel était disponible. Par conséquent, un commerçant qui réalise des ventes à travers l'UE n'est pas tenu d'adapter de manière anticipée les conditions contractuelles aux législations relatives à la protection des consommateurs des autres États membres. Cela ne signifie pas que le BEUC cautionne la situation actuelle, mais cela montre que la Commission ne présente qu'une facette de celle-ci. Le BEUC a demandé⁵⁴⁴ à plusieurs reprises à la Commission de justifier sa position et de s'expliquer sur sa présentation des conséquences de l'article 6 du règlement Rome, mais nous n'avons pas reçu de réponse.

b) Quel est le lien entre les soi-disant « coûts d'opportunité » et la croissance économique ? Quels sont les facteurs susceptibles de justifier que le potentiel de nouvelles ventes

⁵⁴³ Analyse d'impact de la Commission européenne, p. 12.

⁵⁴⁴ Lettre adressée à Mme Paraskevi Michou, Directrice de la DG Justice, le 30 mars 2011 (Ref.: X/2011/080 — 6 juillet 2011).

transfrontalières, pour des montants de 26 à 180 milliards d'euros par an, viendrait s'ajouter aux ventes existantes au lieu de simplement les remplacer ? La Commission déclare qu'actuellement le commerce « perdu » coûte à l'économie européenne entre 26 et 180 milliards d'euros chaque année (ce qu'on appelle les « coûts d'opportunité »)⁵⁴⁵. Ce montant est une estimation du supplément de ventes transfrontalières qui seraient réalisées par les entreprises sous un régime de droit commun européen de la vente.

c) Dans quelle mesure les différences entre les législations nationales de protection des consommateurs sont-elles importantes dans les domaines qui affectent les contrats de vente à distance ? La récente directive concernant les droits des consommateurs⁵⁴⁶ harmonise entièrement des éléments clés de la vente à distance, y compris les contrats en ligne (par exemple, l'information précontractuelle, les formalités contractuelles, le droit de rétractation, les délais de livraison, le transfert des risques). Cette directive sera mise en œuvre d'ici à l'automne 2013. BEUC mentionne qu'après sa transposition en droit national, les différences entre les législations des contrats de consommation dans les États Membres se limiteront principalement à deux domaines, qui ont déjà été harmonisés au niveau minimal: les garanties légales⁵⁴⁷ et les clauses contractuelles abusives⁵⁴⁸. Ainsi, la Commission devrait réellement évaluer la nécessité d'un droit commun européen de la vente pour les contrats d'entreprise à consommateurs, à la lumière de la nouvelle directive sur les droits des consommateurs.

d) Quelles sont les véritables raisons pour lesquelles les entreprises refusent de vendre à des consommateurs résidants dans d'autres États Membres ? La Commission européenne déclare que les différences de législations contractuelles sont un obstacle important aux échanges transfrontaliers et que, par conséquent, elles privent les consommateurs des avantages du commerce électronique: « Le commerce électronique facilite la recherche d'offres ainsi que la comparaison des prix et d'autres conditions, quel que soit le lieu où le professionnel est établi. Or, lorsque les consommateurs tentent de passer commande auprès d'un professionnel établi dans un autre État membre, ils sont souvent confrontés à la pratique commerciale du refus de vente, qui s'explique souvent par les différences existant en droit des contrats »⁵⁴⁹. Le BEUC considère que cette hypothèse est en contradiction avec les propres conclusions de la Commission. Le dernier Flash Eurobaromètre 321 qui accompagne la proposition de la Commission montre que près de 90 % des professionnels n'ont jamais refusé de vendre à des consommateurs étrangers en

⁵⁴⁵ Analyse d'impact de la Commission, Annexe V, p. 2.

⁵⁴⁶ Directive 2011/83/UE.

⁵⁴⁷ Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

⁵⁴⁸ Directive 93/13/CE du 5 avril 1993 sur les clauses contractuelles abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁵⁴⁹ COM (2011) 365 final, 11 octobre 2011, Exposé des motifs, p. 4.

raison des différences entre les règles de droit des contrats de consommation des autres pays européens⁵⁵⁰. En outre, la même étude révèle que, pour 80 % des opérateurs, les différences liées au droit des contrats ne constituent pas un obstacle de réaliser des ventes dans d'autres pays européens⁵⁵¹.

e) Les PME ont-elles besoin d'un droit commun européen de la vente pour étendre leurs activités dans d'autres États membres ? Dans sa proposition, la Commission européenne déclare que « les divergences entre droits des contrats, ajoutées aux coûts de transaction supplémentaires et à la complexité accrue qu'elles génèrent à l'occasion de transactions transfrontières, découragent un grand nombre de professionnels, notamment les PME, de conquérir les marchés d'autres États Membres. Elles ont également pour effet de restreindre la concurrence sur le marché intérieur. » Comme l'a souligné une seconde⁵⁵² lettre conjointe du BEUC et de l'EUROPME (l'Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises) envoyée aux représentants permanents des États membres en octobre 2011, un instrument optionnel n'apportera pas de valeur ajoutée aux consommateurs ou aux PME dans le marché intérieur et n'encouragera ni les entreprises ni les consommateurs à profiter du marché intérieur, mais entraînera plutôt une confusion et des complications supplémentaires pour tous les acteurs du marché⁵⁵³.

f) Les consommateurs n'achètent-ils pas à l'étranger parce qu'ils s'interrogent sur leurs droits ? La Commission européenne prétend que « les différences entre législations nationales amènent souvent les consommateurs à s'interroger sur les droits qui sont les leurs dans les situations transfrontières. Par exemple, l'une de leurs principales préoccupations est de connaître les voies de recours dont ils disposent lorsqu'un produit acheté dans un autre État membre n'est pas en conformité avec le contrat. Nombre de consommateurs sont, par conséquent, dissuadés d'acheter des produits et des services hors de leur marché national ». Cependant, du point de vue des consommateurs, les données existantes montrent que les principaux problèmes qui les

⁵⁵⁰ Flash Eurobaromètre 321, droit européen des contrats, transactions avec les consommateurs, octobre 2011; p. 29 et 83.

⁵⁵¹ Idem, p. 29 et 82.

⁵⁵² La première lettre commune exprimant nos objections communes avec les Notaires européens (Conseil des Notariats de l'Union européenne) à l'égard de cette initiative a été envoyée le 1^{er} juin 2011 au Parlement européen en vue du vote en plénière du rapport d'initiative de la commission des affaires juridiques (rapporteur Mme Wallis, ADLE, R.-U.) sur un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises. Les trois organisations ont déclaré qu'un instrument optionnel pour les contrats de consommateurs n'apporterait pas de valeur ajoutée — ni aux consommateurs ni aux PME, mais aurait un effet négatif sur l'essor du marché intérieur et la confiance des consommateurs et des PME pour se lancer dans des transactions transfrontières ». (An « optional instrument » is not what consumers and SMEs need avec l'EUROPME et le Conseil des Notariats de l'Union européenne, (Ref.: X/2011/086 — 15/07/11), disponible sur <http://www.beuc.eu> en anglais uniquement).

⁵⁵³ Droit commun européen de la vente — Réunion du Conseil Justice et Affaires intérieures, 28 octobre 2011, lettre commune avec l'EUROPME envoyée aux représentations permanentes des États Membres le 25 octobre 2011, disponible sur www.beuc.eu.

dissuadent d'acheter à l'étranger ne sont pas les obstacles liés au droit des contrats, mais le manque de recours efficaces: la principale question du consommateur est: « Que faire et vers qui se tourner en cas de problème" ? ». Cette réalité est confirmée par les données du dernier tableau de bord de la consommation de la Commission: l'année dernière, 62 % des consommateurs n'ont pas acheté en ligne à l'étranger parce qu'ils craignaient la fraude, ils ne savaient pas quoi faire en cas de problème (59 %) ou s'inquiétaient au sujet de la livraison (49 %) ⁵⁵⁴ . En outre, une des principales raisons qui expliquent pourquoi les consommateurs n'achètent pas de marchandises en provenance d'autres pays, à part les obstacles mentionnés ci-dessus, est qu'ils ne voient pas la nécessité d'acheter des produits dans d'autres pays alors qu'ils peuvent trouver ce dont ils ont besoin localement ⁵⁵⁵ .

g) Le règlement proposé offre-t-il un niveau élevé de protection des consommateurs, mettra-t-il les consommateurs en confiance pour acheter des produits dans d'autres pays de l'UE ? La Commission souligne que la proposition présente un très haut niveau de protection des consommateurs qui diminuera peu, voire pas du tout, par rapport aux normes nationales existantes. Ce point doit être clarifié. En fait, un grand pourcentage des règles proposées pour les contrats de consommation proviennent de l'acquis de la législation de protection des consommateurs, et en particulier de la directive concernant les droits des consommateurs qui vient d'être adoptée et qui harmonise totalement les principaux éléments des transactions en ligne des consommateurs.

h) Les consommateurs bénéficieront-ils d'un choix élargi et de prix plus compétitifs ? La Commission affirme qu'un nombre réduit de ventes transfrontières entraîne la diminution des importations et de la concurrence entre les opérateurs, ce qui peut déboucher sur une limitation du choix des produits et sur une augmentation des prix du marché. Cependant, comme déjà expliqué ci-dessus, le faible niveau des transactions transfrontières n'est pas une conséquence des différences entre les législations nationales des contrats. À l'inverse, d'autres obstacles réels et importants tels que les difficultés pour les petites entreprises d'accéder aux marchés nationaux en raison de barrières administratives et des différences des régimes fiscaux, des obstacles culturels comme la langue et la culture numérique, de faibles niveaux de pénétration du haut débit, de la discrimination territoriale des lois de propriété intellectuelle, des difficultés des consommateurs d'accéder aux recours, de l'absence d'accès ou d'un accès difficile à des moyens de paiement électronique sont un frein au développement du commerce transfrontalier.

⁵⁵⁴ Tableau de bord de la consommation, 5^e Édition.

⁵⁵⁵ Études qualitatives d'Eurobaromètre, « Les obstacles au marché intérieur du point de vue des citoyens », septembre 2011, p. 37.

458. Conclusion. Nous considérons que grâce à la Proposition de la Commission de Règlement relatif à un droit commun de la vente, cette insécurité juridique disparaîtra à l'avenir car le droit commun proposé par la Commission sera exactement le même partout en Europe. Il incombera cependant aux organisations de consommateurs d'informer le public dans leurs pays respectifs sur la question de savoir si ce droit commun des contrats est aussi protecteur que leurs droits nationaux des contrats. Le consommateur pourra en effet refuser de soumettre son achat à ce nouveau régime juridique s'il est moins protecteur mais risque alors de se heurter à un refus de vente de la part du fournisseur étranger.

459. Nous estimons que la proposition de la Commission poursuit un niveau de protection élevé des consommateurs qui est équivalent voire supérieur à notre droit actuel, mais il y a aussi quelques craintes. La fragmentation juridique n'est qu'un obstacle « secondaire » dont bien souvent les contractants ne souffrent pas, ou ne se rendent pas compte des différences, sauf en cas de litige. A cet égard, la Commission propose que tout professionnel optant pour le droit commun de vente s'engage à traiter tout litige par un règlement extrajudiciaire sans empêcher cependant les consommateurs de saisir la justice.

460. Concrètement, la Commission propose de mettre sur pied un instrument facultatif, qui ferait office d'alternative à la législation nationale ou au droit international. Celui-ci s'appliquerait pour des contrats conclus entre entreprises ou entre entreprise et consommateurs portant sur la vente de biens ainsi qu'à ceux sur la fourniture de contenus numériques. Il ne pourrait être utilisé que si les deux parties y consentent expressément et de leur plein gré sur proposition de l'entreprise (en cas de refus du consommateur, le contrat ne pourra de facto pas être conclu). La condition sine qua non est que l'une des deux parties soit établie dans un État membre de l'UE, « *ce qui permettra de conférer une dimension internationale au droit commun européen de la vente* » souligne la Commission. Si la Commission souhaite limiter la portée du règlement aux contrats transfrontaliers, qui sont à l'origine de la majorité des problèmes liés aux coûts de transaction supplémentaires et à la complexité juridique, elle laisse aux États membres le choix de rendre ce droit commun applicable aux contrats de droit interne⁵⁵⁶.

461. Nous soutenons que les propositions d'une Directive unique doivent être approuvées et les dispositions exactes du son texte final, parce que ces propositions reflètent une tendance continue de consolidation et actualisation des normes, avec un accent sur l'harmonisation totale.

⁵⁵⁶ <http://www.europolitique.info/business-competivite/malgre-les-reticences-viviane-reding-persiste-et-signe-artb315361-3.html>

462. Actuellement, le droit européen des contrats est une priorité politique européenne. Le plan d'action de la Commission européenne⁵⁵⁷ vise à mettre en œuvre le programme de Stockholm et à créer un « véritable espace européen de liberté, de sécurité et de justice ».

463. Vers l'unification du droit de la consommation dans l'Union européenne ? Oui nous sommes d'accord avec cette unification, car nous venons de voir que, dans l'Union européenne, les législations nationales protégeant les consommateurs ont été, en de nombreux secteurs, rapprochées les unes des autres. Mais, il n'existe donc pas, à proprement parler, un droit « commun » de la consommation. Cette situation est sans doute une étape nécessaire de l'évolution. Cependant, il est peut-être temps de penser à l'étape suivante, car l'absence d'unification présente plusieurs inconvénients, et notamment :

- elle gêne la libre circulation des marchandises et des services, du fait de réglementations différentes selon les États membres,
- elle entraîne des inégalités dans la concurrence, les entreprises n'étant pas soumises aux mêmes contraintes dans tous les États membres,
- elle fait naître des conflits de lois chaque fois qu'un consommateur entre en relation avec un professionnel situé dans un autre État membre.

464. Il nous paraît donc souhaitable, même si cela n'est pas réalisable à court terme, d'unifier le droit de la consommation dans l'Union européenne⁵⁵⁸. L'instrument le plus adéquat serait sans doute une convention internationale dont les dispositions couvriraient de façon cohérente l'ensemble du droit de la consommation et seraient applicables dans les États signataires de la convention. Un code européen de la consommation, en quelque sorte⁵⁵⁹. Non seulement ce texte unifié supprimerait les inconvénients mentionnés ci-dessus, mais encore il constituerait pour les consommateurs un signe fort de leur citoyenneté européenne.

465. Les uns pourraient ne pas être convaincus par la nécessité d'un Eurocode du droit de la consommation. Tout le monde admettra du moins que l'ère du nationalisme du droit de la consommation comme et du droit des obligations doit prendre fin en Europe. La solution minimaliste consisterait à voir l'Europe au moins dotée d'un « *restatement* » à l'américaine qui permettrait de connaître le contenu des droits nationaux, d'apprécier les convergences qui les unissent et les divergences qui les opposent. Il est proprement incroyable, à l'heure actuelle où

⁵⁵⁷ COM(2010) 171 final

⁵⁵⁸ Il est également souhaitable d'unifier le droit des contrats et des obligations. Un projet a été élaborée par une commission présidée par le professeur Lando, Les principes du droit européen des contrats, La Documentation française 1997, TALLON D., « Vers un droit européen des contrats? », Mélanges Colomer, 1993, p. 485; SACCO R., « Non, oui, peut-être », Mélanges Mouly, 1998, I, p. 163; MAZEAUD D., « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la commission Lando », Mélanges Cabrillac, Litec 1999 ; WITZ C., « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », D. 2000.chron.79.

⁵⁵⁹ CALAY-AULOY, Vers un Code européen de la consommation ?, Actes du colloque Lyon, 12-13 decembr4e 1998, sous la direction de Filali Osman, Bruyant Bruxelles 1998, p.399

l'Europe se dote d'une monnaie commune, qu'on ne puisse aisément connaître la teneur des droits nationaux qui régissent les contrats de consommation, dont cette monnaie est la traduction, alors que tant de moyens sont mis au service de textes communautaires de portée souvent sectorielle⁵⁶⁰.

466. Enfin on peut affirmer que d'immenses progrès seraient déjà accomplis si l'on bénéficiait en Europe d'un tel « *restatement* », joint à une amélioration notable du traitement judiciaire des lois nationales des Etats membres. Ce travail s'arrêtera-t-il là ou ne sera-t-il qu'une étape vers une directive unique sur le droit de la consommation ? L'avenir nous le dira... ou le révélera aux générations qui nous suivront.

⁵⁶⁰ WITZ C., « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », DALLOZ 2000.chron.79.

DEUXIEME PARTIE -

LA DETERMINATION DES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS

467. La question des clauses abusives est certainement l'une de celle qui a connu le plus grand nombre de transformations, dans le domaine de protection des consommateurs. Qu'elles soient d'origine nationale ou communautaire, ces règles couvrent des domaines très variés ; le droit de la consommation transcende les branches traditionnelles du droit. La détermination des clauses abusives est conçue comme une modalité de rééquilibrage du contrat de consommation et vient comme une réponse à la nécessité de la législation particulière sur les clauses abusives.

468. L'objet de cette partie est simplement de déterminer dans quels cas on peut se plaindre d'être victime d'une clause abusive par la réponse aux deux questions de base, et notamment :

- Qu'est qu'une clause abusive ? (**Titre I**)
- Quel est le domaine d'application de cette notion ? (**Titre II**)

Titre I - Le concept de clause abusive

469. Aussi divers que soient leurs domaines d'intervention, comme l'on a démontré dans la partie précédente, toutes les clauses abusives présentent des points communs.

- leur but tout d'abord - il s'agit toujours d'améliorer la situation du professionnel rédacteur du contrat, d'alléger ses obligations, de lui accorder des facilités pour leur exécution ou encore de renforcer l'engagement de son cocontractant ;
- les clauses abusives sévissent ensuite, la pratique, dans des contrats d'adhésion et, si ces contrats pré-rédigés sont aujourd'hui nécessaires pour des raisons d'efficacité, ils présentent incontestablement des dangers pour l'adhérent.

470. Pour comprendre le régime juridique des clauses abusives, il faut d'abord s'attacher à la définition de la clause abusive (**Chapitre 1**), avant d'exposer les méthodes d'appréciation du caractère abusif (**Chapitre 2**).

Chapitre I – La définition de la clause abusive

471. Article L. 132-1 (alin. 1^{er}) du Code de la consommation prévoit : « 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». Cette définition a été introduite dans le Code de la consommation par une loi de 1995. Elle est différente, dans sa formulation, de la définition antérieure, qui datait de 1978. La loi de 1995 a transposé en droit français la directive européenne de 1993 concernant les clauses abusives. La transposition, cependant, n'est pas une copie conforme.

472. Article 3-1 de la directive de 1993 : « 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 ».

473. En essayant d'établir un écart entre la définition française et la définition européenne, on voit que la loi française transpose la notion de déséquilibre significatif, mais elle ne reprend pas deux éléments de la définition européenne : la négociation individuelle et l'exigence de bonne foi, ce qui conduit à élargir, au moins en théorie, le concept de clause abusive. Le législateur français avait le droit, en 1995, d'élargir la définition, car la directive de 1993 opère une harmonisation « minimale ». La loi française, quant à elle, combine le critère du « déséquilibre significatif » de la directive et la pratique jurisprudentielle française et concerne les clauses abusives dans les contrats conclus entre les professionnels et non - professionnels ou consommateurs, en évitant de transposer l'entier contenu de la clause abusive.

474. La directive européenne et la législation moldave⁵⁶¹ donnent une définition identique de la clause abusive. Celle donnée par la législation française est assez différente de la définition

⁵⁶¹ Il est important de mentionner qu'initialement par la Loi moldave du 1993, la clause abusive portait un autre caractère et notamment « la clause abusive c'est la clause contractuelle qui n'a pas été directement négociée avec le consommateur ou qui par soi-même ou avec les autres clauses du contrat, crée, dans le détriment du consommateur et contrairement aux exigences de bonne foi, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ». Par la Loi n°60-XVI du 28.04.2005, à l'article 1 de la Loi du 2003, la notion de « clause abusive » a été changée et notamment après la phrase « qui n'a pas été négociée directement avec le consommateur » les mots « ou qui » ont été substitués par les mots « et qui »⁵⁶¹. A notre avis la modification respective a eu comme but premièrement de corriger la faute technique admise par le législateur moldave en 2003, qui par l'adoption de la loi n'a pas tenu compte de l'essence de la notion de clause abusive. Formellement, pour motiver légalement la modification de la loi, le législateur a trouvé une bonne excuse, et notamment la nécessité d'ajuster la notion de clause abusive aux prévisions de la Directive n° 93/13/CEE. Enfin cette modification clarifie essentiellement la modalité d'appréciation des clauses abusives dans les contrats de consommation, et notamment l'absence de la négociation individuelle étant un élément obligatoire pour apprécier l'abus économique de la partie du professionnel, étant apprécié cumulativement avec l'absence de la bonne - foi et le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Par conséquent est abusive la clause qui, formulée par la partie plus puissante, crée un déséquilibre significatif dans le détriment de l'autre partie, la plus faible. Ainsi, peuvent être considérées

communautaire. Les éléments essentiels de la définition communautaire de clause abusive sont : le déséquilibre contractuel (**Section 1**) et l'exigence de bonne foi (**Section 2**). En général le but commun de la définition des trois systèmes de droit est de faire régner un certain équilibre au sein du contrat de consommation.

comme abusive, par exemple, les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, les clauses pénales ou les clauses attributives de compétence.

Section 1 – Le critère du déséquilibre significatif

475. Les définitions de la clause abusive dans chacun des trois systèmes de droit précisent qu'un des éléments de l'abus sera le « déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ». Mais on observe que la définition du « déséquilibre » est omise. Selon l'opinion de la doctrine, le déséquilibre réside dans l'absence de prestations équivalentes, que ce déséquilibre se constate lors de l'exécution du contrat ou qu'il soit simplement recherché par la partie forte au moment de sa conclusion⁵⁶². Mais encore faut-il que ce déséquilibre puisse être qualifié de « significatif » et que se dernier s'opère au détriment du consommateur.

476. Ce concept de déséquilibre significatif trouve son origine dans la directive du 5 avril 1993⁵⁶³, transposée en droit français par la loi du 1^{er} février 1995 (art. L.132-1, Code de la consommation)⁵⁶⁴ et en droit moldave par la loi du 13 mars 2003 (§ 2nd). En effet, c'est au niveau communautaire qu'il a été décidé que devrait être qualifiée d'abusives toute clause d'un contrat n'ayant pas fait objet d'une négociation individuelle et qui, en dépit de l'exigence de bonne foi, crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat⁵⁶⁵. Il s'agit là d'un trait commun essentiel pour tous les trois systèmes de droit (§ 1^{er}).

§ 1^{er} – La nature du déséquilibre contractuel dans le droit communautaire.

477. Dans la période de l'année 1991, un projet de directive communautaire avait pour objet d'harmoniser le droit des clauses abusives. Dans la proposition modifiée de la Commission du 5 mars 1992⁵⁶⁶ « une clause est considérée comme abusive lorsque : « - elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat » ou « - elle engendre une exécution du contrat significativement différente de celle à laquelle le consommateur pouvait légitimement s'attendre » (art. 3).

478. En revanche, le Conseil dans sa position commune arrêtée le 22 sept. 1992 a éliminé le deuxième critère en considérant que ce dernier était déjà implicitement inclus dans le premier. Cependant ce deuxième critère pouvait aider à mieux cerner la notion de « clause abusive » et

⁵⁶² TERRE Fr., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., Droit civil. Les obligations, 6^e édition, Dalloz, Paris, 1996, p.261 ; POPA I.-F., Reprimarea clauzelor abusive, în Pandectele romane, n°2/2004, p.208

⁵⁶³ Directive Européenne n° 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L.95 du 21 avril 1993, p.29

⁵⁶⁴ Directive Européenne n° 93/13 du 5 avril 1993; La loi de la République Française n°95-96 du 1-er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JO du 2 février 1995, p.1755-1756

⁵⁶⁵ Art.3 de la Directive Européenne n° 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n°92 du 21 avril 1993, p.29

⁵⁶⁶ JOCE C 73, 24 mars 1992, p. 7.

avait l'avantage d'indiquer nettement que l'obligation du respect de la bonne foi ne se limite pas aux seules circonstances présentes au moment de la formation du contrat mais qu'elle porte aussi sur la prise en considération des conséquences probables de son exécution pour le consommateur⁵⁶⁷. Cet argument n'a, cependant, pas prévalu puisque, dans sa rédaction définitive, l'art. 3 de la directive dispose qu'« une clause d'un contrat 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 ».

479. Après des travaux assez longs⁵⁶⁸, la directive a proposé une définition de la clause abusive qui reflète une double influence. D'une part, la conception allemande apparaît avec la référence à l'absence de négociation individuelle. D'autre part, la notion de déséquilibre significatif rappelle l'avantage excessif de la loi française⁵⁶⁹. D'autres définitions plus précises avaient été proposées, mais sans avoir recueilli l'accord des états membres. Seule cette notion, un peu floue, a pu faire l'objet d'un consensus⁵⁷⁰.

480. Désormais, la nouvelle définition française des clauses abusives consacre l'abandon français du critère de l'abus de puissance économique⁵⁷¹. La solution inverse aurait entraîné une protection moins importante pour les consommateurs que celle organisée par la directive. Or cette dernière n'autorise les dérogations que dans un sens plus favorable au consommateur⁵⁷². Elles peuvent donc être sanctionnées quelle que soit la puissance économique du professionnel⁵⁷³. De plus, la limitation aux contrats n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle n'est pas reprise dans la loi française, assurant ainsi une protection plus large que celle de la directive.

481. Il faut enfin remarquer que, sur le plan français, la clause doit avoir pour objet ou pour effet de créer un tel déséquilibre. De plus, ce déséquilibre peut avoir été voulu ou résulter

⁵⁶⁷ TROCHU M., Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993), Recueil Dalloz 1993 p.315

⁵⁶⁸ Ibidem

⁵⁶⁹ HUET J., La directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, JCP 1993, Actualités du 30 juin, p. 26 ; SAGE F., Le droit français au regard de la directive 93/13 du Conseil des Communautés européennes du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Gaz. Pal. 1994, II, Doct. p. 1190.

⁵⁷⁰ ESPERQUETTE M., La législation communautaire des contrats conclus avec les consommateurs, Rev. Conc. Cons., nov.-déc. 1993, n°76, p. 11.

⁵⁷¹ Art. L. 132-1 du Code de la consommation, modifié par la loi n°95-96 du 1er février 1995 ; GUESMI J.A., Le contrôle des clauses abusives dans les relations contractuelles, Th. Toulon, 1997, n° 107.

⁵⁷² Art. 8 de la directive du 5 avril 1993 : « Les états membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ».

⁵⁷³ Art. 8 de la directive du 5 avril 1993 : « Les états membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ».

de l'application de la stipulation contractuelle, sans intention particulière des parties⁵⁷⁴. Cette notion de déséquilibre significatif apparaît donc dans la loi pour définir une notion importante du droit de la consommation et représente le critère exclusif de cette notion⁵⁷⁵. La notion d'équilibre devra donc être définie pour donner une certaine sécurité juridique. Cette difficulté avait été soulevée lors de la rédaction de la directive du 5 avril 1993. L'obstacle a été écarté dans la mesure où de nombreux pays de la communauté européenne utilisent déjà cette notion pour définir notamment la clause abusive⁵⁷⁶.

482. Ainsi, la clause abusive est définie dans les mêmes termes par la loi belge. L'article 31 de la loi du 14 juillet 1991 la définit comme étant « toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties »⁵⁷⁷. De même, en Espagne, la loi du 19 juillet 1984 générale pour la défense des consommateurs et usagers, modifiée par celle du 13 avril 1998 prévoit dans son article 10, l'interdiction des clauses abusives et indique que « l'on entend par là celles qui lèsent le consommateur de manière disproportionnée ou non équitable ou qui entraînent un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au préjudice des consommateurs ou usagers ». Ce critère de déséquilibre existait dans la version originale de la loi datant de 1984 et est appliqué par les juridictions pour déclarer une clause abusive⁵⁷⁸.

483. Par ailleurs, la loi italienne du 6 février 1996, transposant la directive 93/13 et ajoutant les articles 1469 bis et suivant au Code civil, prévoit comme critère de la clause abusive le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Ce critère concerne les clauses non visées dans les deux listes établies par cette loi, l'une déclarant tout à fait inefficaces certaines clauses et l'autre présumant leur caractère abusif jusqu'à la preuve contraire⁵⁷⁹. Enfin, certaines décisions rendues par des tribunaux grecs utilisent ce critère de déséquilibre pour sanctionner des clauses abusives⁵⁸⁰. De nombreux pays utilisent donc le critère de l'équilibre contractuel pour définir la clause abusive.

⁵⁷⁴ MESTRE J., Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, 1990, p.681

⁵⁷⁵ RAYMOND G., Commentaire de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, *Cont.Conc.* mars 1995, n°55 et 56, p.15

⁵⁷⁶ HONDIUS E., La directive sur les clauses abusives et les états membres de l'Union européenne, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 596, n°7.

⁵⁷⁷ DEL VAUX P.H., Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 96, n°37 ; BOURGOIGNJE T., La lutte contre les clauses abusives dans un cadre européen. L'expérience belge : « peut mieux faire », in *Colloque Les 20 ans de la Commission des clauses abusives*, 29 mai 1998, Chambéry, *Rev. Conc. Cons.* n°105 sept-oct. 1998, p. 56.

⁵⁷⁸ Cour suprême 20 juillet 1994, *REDC* 1995, p. 113, note LOPEZ J.M.

⁵⁷⁹ ALPA G. et DASSIO M., Les contrats de consommateurs et les modifications du Code civil italien, *RIDC* 1997, p. 636 et 637.

⁵⁸⁰ Jugements du TGI d'Athènes n°2411/1997 et 2438/1997, *REDC* 1998, p. 137 et 138, note ALEXANDRIDOU E.

484. Certains Etats Membres ont transposé le critère du déséquilibre contractuel de façon littérale. Il s'agit surtout des pays qui n'avaient pas encore une législation nationale générale en la matière ou des Etats, comme l'Italie, qui avaient une législation très ancienne mais avec une philosophie tout à fait différente de celle de la directive.

485. Certains Etats Membres ont au contraire transposé cette disposition de façon formellement incomplète. Il s'agit, par exemple de la France Luxembourg, Belgique, Allemagne qui ont donc défini dans leur législation la clause abusive comme une clause qui crée seulement un déséquilibre significatif entre les parties. Le Luxembourg d'ailleurs ne prévoit pas non plus que le déséquilibre doit être significatif, mais pour la loi luxembourgeoise il suffit qu'une clause crée un déséquilibre pour qu'elle puisse être considérée comme abusive. La loi néerlandaise consacre le critère du caractère anormalement onéreux de la clause pour une des parties. Le Danemark fait appel au critère de désavantage anormal au mépris des principes de bonne foi et d'équité.

486. En ce qui concerne les pays nordiques, la législation danoise parle d'«usages honnêtes en matière commerciale ». La loi suédoise fait appel à la «contrariété aux bonnes mœurs qui crée un déséquilibre notable ». La Finlande, enfin, se limite à interdire les clauses contractuelles qui sont abusives pour les consommateurs sans en donner aucune définition.

487. Ces différentes transpositions n'ont pas inquiété outre mesure la Commission parce qu'on a pensé qu'un critère général est le fruit de la pratique et de l'interprétation que lui donne la jurisprudence. La loi luxembourgeoise ne parle pas de déséquilibre « significatif », mais peut être que la jurisprudence dans un autre pays ou la loi nationale parle de déséquilibre significatif est beaucoup plus avancée dans le contrôle des clauses abusives. En Finlande, ou il semble qu'il n'y ait pas de critère général pour définir une clause comme abusive, dans la pratique cela fait longtemps qu'on contrôle ce type de stipulations.

§ 2nd – La nature du déséquilibre contractuel en France et en République de Moldova

488. Le droit positif français ainsi que celui moldave définissent donc la clause abusive grâce à la notion d'équilibre contractuel. Ainsi le déséquilibre se définit par opposition à l'équilibre comme une absence d'équilibre. Finalement c'est la même réalité qui apparaît derrière l'utilisation de ces deux expressions : dans un cas l'équilibre contractuel existe, dans l'autre, pas. Ainsi, comme en France **(A)** et comme en Moldova **(B)** la clause abusive est définie par le déséquilibre contractuel, comme un critère commun de définition du caractère abusif d'une clause contractuelle.

A) – En France

489. Concernant la nature du déséquilibre contractuel, la loi française est en accord avec la directive de 1993. La définition française antérieure (celle de 1978) se référait à l'avantage excessif, ce qui n'est pas fondamentalement différent du déséquilibre significatif. Le mot « significatif » (comme auparavant le mot « excessif ») traduit l'idée que certains déséquilibres sont acceptables, qu'ils ne sont pas considérés comme abusifs. La frontière entre déséquilibre acceptable et déséquilibre non acceptable est évidemment difficile à tracer. D'où l'importance des procédures de détermination des clauses abusives.

490. La législation française sur les clauses abusives a évolué pendant des années, ayant plusieurs réformes. Le critère du déséquilibre contractuel de la clause abusive a connu deux périodes. L'une avant la réforme de la loi du 1^{er} février 1995 (**1**) et l'autre après l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} février 1995 (**2**).

1. – Avant la réforme de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995

491. En France, la définition de la clause abusive est devenue un concept opérationnel, tout d'abord, par la consécration légale des notions d' « abus de puissance économique » et d' « avantage excessif »⁵⁸¹. Selon l'ancien article L.132-1 du Code de la consommation « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées (...) les clauses (...) lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif (...) ». Avant la réforme de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 pour que la stipulation contractuelle soit jugée abusive et réputée non écrite par le juge, le demandeur devait caractériser trois éléments.

492. L'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 faisait tout d'abord référence à une clause **imposée (1er élément)** par un abus de la puissance économique du professionnel. A travers l'utilisation de l'expression « clause imposée », il semble que le législateur français ait cherché à restreindre le champ d'application de la législation aux clauses n'ayant fait l'objet d'aucune négociation entre le consommateur et le non-professionnel. Selon Robert, imposer peut être défini comme action « d'obliger à faire, ordonner » ou encore « faire accepter par une personne

⁵⁸¹ Art.35 de la loi n° 78-23, du 10 janvier 1978 : « de l'instant où il apparaissait qu'une clause conférait un avantage excessif au professionnel, elle était censée résulter d'un abus de puissance économique, ce qui fait que les deux critères se réunissaient en réalité en un seul », lequel cite CALAIS-AULOY, Jean. « Les clauses abusives en droit français », in « Les clauses abusives dans les contrats type en France et en Europe », GHESTIN J.(dir.), LGDJ, 1991, p.117. Add, Cass.1^{er} civ.6 jan.1994 ; JCP 1994, II, 22237, note PAISANT G.

morale ». Accompagnant le terme clause, le verbe « imposer » renvoie significativement au rapport de force et à l'absence de négociation.

493. Faut-il alors en conclure que le législateur français avait le désir d'exclure de cette réglementation les clauses négociées par les parties au contrat⁵⁸² ? Il ne s'agit pas d'affirmer que cette réglementation avait pour seul objectif de ne s'appliquer qu'aux contrats d'adhésion mais simplement de considérer que le législateur français est parti du constat que la plupart des contrats de consommation contiennent des clauses non négociées à défaut de clauses non négociables. En conséquence le caractère abusif d'une stipulation contractuelle ne pouvait être retenu et sanctionné que lorsque le consommateur démontrait qu'il n'avait pu négocier la clause litigieuse. Il convient de noter que cette restriction du champ d'application de la législation française aux seules clauses non négociées sera envisagée, plus tard, par la directive communautaire du 5 avril 1993, mais elle n'a pas été reprise par le législateur français en 1995, ce dernier ayant préféré élargir le champ d'intervention de la clause abusive, sans distinguer clauses imposées et clauses négociées⁵⁸³.

494. Certes, la clause devait avoir été imposée, c'est-à-dire insérée unilatéralement dans le contrat par un professionnel. Mais, plus encore, son insertion devait avoir été imposée par un professionnel ayant **abusé de sa puissance économique**⁵⁸⁴ (**2^{em} élément**). Le professionnel, lors de la formation du contrat, avait fait un usage de sa puissance économique que l'on qualifiera de défectueux. Pourtant, cette exigence légale a rapidement été minimisée par la jurisprudence qui a affirmé que les contrats-types habituellement proposés par le professionnel aux consommateurs devaient être considérés comme des contrats d'adhésion imposés aux consommateurs par un abus de puissance économique⁵⁸⁵. On en a alors conclu que la présence d'un contrat d'adhésion, ne laissant aucune place à une éventuelle négociation entre contractants, faisait présumer l'abus de puissance économique⁵⁸⁶.

495. Après s'être posé la question du comment, reste alors le troisième et dernier élément de la définition, le pourquoi. Le professionnel n'a abusé de sa puissance économique que pour retirer de la clause un **avantage excessif** (**3^{em} élément**). Pour apprécier le résultat de la clause, la question se pose de savoir si le juge devait se placer uniquement du point de vue du

⁵⁸² LAMBERTERIE de I. et WALLAERT C., Le control des clauses abusives dans l'intérêt des consommateurs dans les pays de la Communauté Economique Européenne – la France, R.I.D.comp.1982, p.673-674

⁵⁸³ SEYSSEL M.-A., L'abus de droit dans les contrats, thèse, Chambéry, 2004, p.225

⁵⁸⁴ CARMET O., Réflexion sur les clauses abusives au sens de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978, R.T.D.com 1982. 1 et 2 ; GRIDEL J.-P., Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, D.1984, Chron., p.153-154

⁵⁸⁵ SEYSSEL M.-A., L'abus de droit dans les contrats, thèse, Chambéry, 2004, p.225

⁵⁸⁶ PAISANT G., note J.C.P.1994, II, n°22237

professionnel ou des deux parties⁵⁸⁷. Ainsi, comme l'avait remarquer M. Paisant G.⁵⁸⁸, le caractère abusif de la clause doit donc être recherché par une comparaison entre les situations contractuelles que la clause procure aux parties contractantes.

496. Ici encore cette solution s'explique sans doute par le fait que le raisonnement des magistrats a été influencé par l'actuel article L.132-1 du Code de la consommation. Nous ajouterons que la référence à l'abus de position dominante démontre que l'avantage excessif est manifestement obtenu dès l'insertion de la clause dans le contrat et non lors de l'exécution.

497. Cette affirmation trouve, par ailleurs, un appui lorsque l'on analyse le contenu des recommandations émises par la commission des clauses abusives dès 1978. Elles ne font référence qu'à l'objet des clauses, c'est-à-dire leur contenu. Jamais la commission des clauses abusives n'a fait référence au premier critère de la clause abusive. Seul compte l'avantage excessif, c'est-à-dire le résultat de la clause sur la situation des contractants, et en particulière, celle du professionnel.

498. Pour une partie de la doctrine, la clause abusive nécessite donc la réunion de quatre critères cumulatifs⁵⁸⁹. En réalité, cette définition repose sur deux critères cumulatifs dont l'un est la conséquence de l'autre : « l'avantage excessif que se ménage le professionnel résulte d'une clause imposée par un abus de la puissance économique dont il est titulaire ». Effectivement, la clause crée un avantage excessif en raison de cet abus de puissance économique. Il faut également rappeler que dans les travaux préparatoires de cette loi de 1978, les parlementaires avaient envisagé le recours au critère de déséquilibre des obligations réciproques. Mais en raison de la confusion possible avec la lésion, interdite en principe dans notre droit et de l'imprécision du critère, cette notion a été écartée au profit de celle d'avantage excessif. Cette notion a posé quelques difficultés en raison de l'absence de quantification⁵⁹⁰, puisque la loi ne précise ni le seuil à dépasser, ni aucun élément de référence précis. Ainsi, l'idée d'un avantage systématique à la faveur du professionnel a été envisagée. La difficulté avait une faible portée jusqu'en 1991, puisque seul le gouvernement pouvait déclarer une clause abusive, le juge n'ayant aucun pouvoir d'appréciation.

⁵⁸⁷ BRICKS H., Les clauses abusives, L.G.D.J., colle. Biblio. Dr. Privé, tome CLXXV, 1982, p.112, n°164-165

⁵⁸⁸ PAISANT G., note J.C.P.2002, II, n°10163

⁵⁸⁹ TROCHU M., TREMORIN Y. et BERCHON P., La protection des consommateurs contre les clauses abusives : Etude de la législation française du 10 janvier 1978, DPCI mars 1981, p. 44 et 45: «elle doit, tout d'abord, figurer dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur (...) Il importe, en second lieu, que le professionnel en retire un « avantage excessif» (...) Il faut, en troisième lieu, que cette clause « apparaisse imposée aux non-professionnels ou consommateur » et qu'elle le soit, enfin, « par un abus de la puissance économique » du professionnel ».

⁵⁹⁰ GODÉ P., op. cit., p. 746 ; REEG A., La lutte contre les clauses abusives des contrats, Esquisse comparative des solutions allemande et française, in Etudes offertes à René Rodière, 1981, p. 239 et 240.

499. En 1991, la Cour de cassation reconnaît ce pouvoir direct au juge⁵⁹¹. La notion de clause abusive nécessite désormais une définition assez précise pour éviter l'arbitraire du juge. Par ailleurs, la Commission des clauses abusives devait réfléchir sur son rôle possible et a proposé une définition plus large de la notion de clause abusive, en supprimant le critère de l'abus de puissance économique⁵⁹².

2. – Après la réforme de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995

500. La loi du 1^{er} janvier 1995 n'est pas l'expression d'une volonté expresse de la part du législateur français de modifier le droit des clauses abusives. En effet, elle ne constitue pas une réforme rendue obligatoire suite au constat d'échec de la loi du 10 janvier 1978, mais une obligation d'intégrer la directive communautaire du 5 avril 1993⁵⁹³. La liberté du législateur s'en est trouvée, en conséquence, restreinte et la définition originellement consacrée a été modifiée en fonction des instructions proposées par les instances communautaires afin d'accorder aux consommateurs une protection suffisamment large et uniforme⁵⁹⁴.

501. Désormais, la clause abusive est plus simplement celle qui est de nature à créer un déséquilibre significatif. Il est devenu inutile de s'intéresser à la façon dont la clause a été insérée dans le contrat. Peu importe que la clause ait été imposée par un abus de puissance économique du professionnel. Il n'est plus question de prendre en compte le comportement du professionnel ayant conduit à l'insertion de la clause. Il s'agit d'un élargissement considérable du champ d'application de l'article L.132-1 du Code de la consommation et ce, même si la jurisprudence avait pu auparavant admettre qu'un abus de la puissance économique était présumé en présence d'un contrat d'adhésion⁵⁹⁵.

502. Cet abandon volontaire de l'analyse du comportement du professionnel a sans aucun doute permis à la notion de clause abusive de s'objectiver. Exception faite de la clause qui peut avoir pour unique objet de créer un déséquilibre au sein du contrat, il n'est plus question d'envisager le professionnel comme un contractant naturellement « malhonnête ». La clause peut revêtir un caractère abusif sans que le professionnel l'ait volontairement recherché. Le droit français de la consommation s'est donc détaché de cette image caricaturale des rapports contractuels entre professionnels et consommateurs.

⁵⁹¹ Civ. I^{ère}, 14 mai 1991, JCP 1991, éd. G, D, 21763, note PAISANT G., D. 1991, 449, note GHESTIN J.

⁵⁹² Rapport de la Commission des clauses abusives à Madame le Secrétaire d'Etat chargé de la consommation, BOCCRF 8 mai 1991, p. 122.

⁵⁹³ Directive Européenne n° 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n°92 du 21 avril 1993, p.29

⁵⁹⁴ JAMIN Ch, R.T.D.civ.1995.437 et s. sur la promulgation de la loi du 1^{er} février 1995

⁵⁹⁵ MAZEAUD D., Le juge face aux clauses abusives, in le juge et l'exécution du contrat, colloque I.D.A. Aix-en-Provence, P.U.A.M. 1993, p.23-24

503. Cette objectivation est confirmée par le fait que le législateur français a retiré de la définition de la clause abusive, l'exigence de bonne foi (étude de la section suivante), définie par la directive comme la volonté par le professionnel de traiter de façon loyale et équitable avec l'autre partie en prenant en compte ses intérêts légitimes⁵⁹⁶. La clause est déclarée abusive dès lors que sont objectivement constatés ses effets néfastes sur l'équilibre général du contrat. Le demandeur en nullité doit rapporter la preuve que le contrat souffre d'un déséquilibre significatif. Des auteurs ont en effet affirmé qu'une clause est dite abusive parce que, lors de la formation du contrat, l'un des contractants a abusé de son droit d'en déterminer le contenu.

504. La directive sur les clauses abusives fut l'occasion notamment de consacrer dans le droit positif français, le pouvoir du juge, ardemment défendu par une partie de la doctrine. Cependant, la notion de clause abusive ne nécessite pas nécessairement une nouvelle définition. En effet, on peut estimer que l'avantage excessif renvoie à la notion de déséquilibre significatif. De plus, le fait d'être imposé par un abus de puissance économique rejoint la limite prévue dans la directive, à savoir les contrats n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle⁵⁹⁷. Cette proposition doctrinale n'a pas été suivie. Le législateur a préféré modifier la définition de la clause abusive en reprenant pour partie les termes de la directive.

505. Le nouveau mécanisme français de lutte contre les clauses abusives s'avère donc plus favorable aux consommateurs qui l'invoqueront considérant que la définition de l'article L.132-1, en ne retenant plus comme critère de la clause abusive que celui du « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » élargit le champ d'application de la réglementation puisque le consommateur confronté à une clause abusive n'a plus à prouver l'abus de puissance économique dont le professionnel profitait pour imposer au consommateur un contrat contenant des clauses abusives (par ex. : dans les contrats de location de véhicules automobiles de longue durée, la clause qui fait supporter au preneur la totalité des risques de perte ou de détérioration de la chose louée est l'expression d'un abus de puissance économique du bailleur, en l'occurrence Renault-Bail, devenue la DIAC⁵⁹⁸).

506. Conclusion. On peut estimer que la substitution du critère du « déséquilibre significatif » au double critère d' « avantage excessif » et d' « abus de puissance économique » n'a pas modifié sur le fond la définition de la clause abusive, car celle-ci dans le contenu du

⁵⁹⁶ Directive Européenne n° 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n°92 du 21 avril 1993, p.29

PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, D.1995, Chron., p.99-100 ;

TROCHU M., Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; directive du 5 avril 1993, D.1993, Chron., p.315-316

⁵⁹⁷ PAISANT G., Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives, JCP 1994, ed. G, I, 3772, n°6

⁵⁹⁸ Cass. Civ., 1^{re}, 6 janvier 1994

Code de la consommation, est issue de la directive de 1993. Elle diffère dans son expression de celle qui résultait de la loi de 1978, la notion d'avantage excessif se trouvant remplacée par celle de déséquilibre significatif, mais rien n'est vraiment changé quand au fond, parce que la loi française de 1978 se référait aussi à l'abus de puissance économique, mais cet abus était toujours présumé des lors que l'avantage excessif était relevé. On peut quand même voir une différence. Il peut en effet y avoir un déséquilibre économique au détriment du consommateur sans que cela procure un avantage excessif au professionnel.

B) – En République de Moldova

507. L'objectif de la République de Moldova est de transposer la directive de 1993 et d'harmoniser la législation nationale à celle européenne. Le législateur moldave définissait la clause abusive à l'article 1 alinéa 18, intitulé « notions utilisées », de la loi de protection des consommateurs du 13 mars 2003, comme « la clause contractuelle qui n'a pas été directement négociée avec le consommateur et qui par soi-même ou avec les autres clauses du contrat, crée, au détriment du consommateur et contrairement aux exigences de bonne foi, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ».

508. Il convient de rappeler qu'actuellement, par la Loi du 9 décembre 2011 sur les clauses abusives, la notion de la clause abusive est reformulée : « la clause abusive est une clause contractuelle qui, n'étant pas négociée individuellement avec le consommateur, crée, contrairement aux exigences de bonne foi, par elle-même ou avec les autres stipulations du contrat, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations contractuels des parties ».

509. En effet, il convient de souligner que la récente modification de la notion de clause abusive a opéré seulement quelques changements d'ordre terminologique, pour l'essentiel, le concept de clause abusive reste le même en présence des mêmes critères d'appréciation : l'absence de la négociation directe, la transgression de la bonne foi et le déséquilibre significatif.

510. Il convient également de préciser que l'idée de clause abusive se retrouve dans le code civil moldave, par exemple en son article 716 qui prévoit le caractère non-obligatoire « de la clause contractuelle standard inéquitable ». Ainsi, selon l'alinéa premier de ce texte, « une clause contractuelle standard est sans effet juridique si elle préjudicie disproportionnellement, contrairement à la bonne foi, à l'autre partie au contrat ».

511. Et suivant les dispositions de l'alinéa 2 de ce même article, il est considéré qu'une clause contractuelle standard préjudicie d'une manière disproportionnée à l'autre partie au contrat dans le cas où:

- a) elle n'est pas compatible avec les principes essentiels des réglementations auxquelles elle déroge. Cette disposition s'applique dans le cas où une clause contractuelle générale contrevient aux principes essentiels d'une norme avec caractère dispositif ;
- b) elle limite les droits et les obligations essentiels qui résultent de la nature du contrat au détriment de l'autre partie au point de faire courir le risque que le but du contrat ne soit pas atteint.
- c) il apparait que de cette clause n'est pas claire ou ne peut être comprise.

512. Les normes du système de droit moldave de protection des consommateurs mettent en évidence la question de l'abus: abus du pouvoir économique et abus de position dominante. Ainsi, cette position de supériorité remarquée, dans des rapports contractuels spécifiques, est la source d'un déséquilibre significatif similaire. Cette position se caractérise par la domination d'une partie, le professionnel, sur l'autre, le consommateur. Face à cette situation, le consommateur n'aura d'autre choix que se plier à la volonté du professionnel.

513. Dans ce sens nous soutenons que la définition actuelle de la notion de clause abusive renvoyant au « déséquilibre contractuel » est la copie servile de l'élément central de la définition communautaire de la clause abusive – neutre eu égard à l'origine de ce déséquilibre : il suffit que la clause touche gravement à l'équilibre du contrat pour qu'elle soit déclarée non écrite.

Section 2 – Le critère de la contrariété à l'exigence de bonne foi

« En droit moderne, les contrats sont de bonne foi ; c'est dans une atmosphère salubre, et non viciée, qu'ils doivent se préparer, se conclure, s'exécuter et se dénouer (...); les éloigner de ce but, c'est commettre un abus du droit contractuel »⁵⁹⁹

514. Dans la Rome antique, la bonne foi était saisie au regard du comportement standard des gens de bien : *Bona fides est officium viri boni*⁶⁰⁰. Ainsi selon A. Volansky, à Rome la bonne foi « ne se réfère pas tant à l'état intérieur des sujets (...) que plutôt à la conformité du lien juridique avec un usage suivi par les gens de bien : elle indique un état de conformité sociale ». Larombière indiquera qu'il s'agit de respecter « la confiance établie entre gens d'honneur et de probité »⁶⁰¹. Un siècle plus tard, J. Dabin, rappelant que les « droits doivent être exercés civilement, dans un esprit de sociabilité humaine et de civilisation », invitera le juge à se référer pour son appréciation à « la morale des honnêtes gens »⁶⁰². Dans cette perspective, l'hypocrisie du contractant, l'incohérence de son comportement et les formes les plus grossières d'indifférence aux intérêts du contractant apparaîtront très généralement comme des déloyautés⁶⁰³.

515. L'introduction de la bonne foi dans la catégorie des critères de détermination des clauses abusives lui confère un nouveau rôle, notamment celui d'un « critère de contrôle des clauses abusives »⁶⁰⁴. Le recours, dans le but de suppression des clauses abusives au critère de la bonne foi, considérée, d'ailleurs, le fondement abstrait des clauses abusives⁶⁰⁵, se motive par l'existence de l'abus de droit exercé de la partie du contrat la plus forte du point du vue économique, abus qui a comme conséquence la rupture de l'équilibre contractuel et ainsi la non-observation de la bonne foi⁶⁰⁶.

⁵⁹⁹ JOSSERAND L., Essai de téléologie juridique, De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus de droit, Dalloz, 1939 (réédition Paris- 2006) p.125, 454 p.

⁶⁰⁰ VOLANSKY A., Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, Thèse Paris, 1929, n°123, p.259

⁶⁰¹ LAROMBIERE L., Théorie et pratique des obligations, tome I, Paris 1857, p.364

⁶⁰² DABIN J., Le droit subjectif, Dalloz, 1952

⁶⁰³ STOFFEL-MUNCK Ph., L'abus dans le contrat, ed. L.G.D.J, Paris 2000, p.197, 649 p.

⁶⁰⁴ JALUZOT B., La bonne foi dans les contrats. Etudes comparative de droit français, allemande et japonais, Dalloz, Paris 2001, p.224-225

⁶⁰⁵ POPA I.-F., Reprimarea clauzelor abusive, în Pandectele romane, n°2/2004, p.208

⁶⁰⁶ JALUZOT B., La bonne foi dans les contrats. Etudes comparative de droit français, allemande et japonais, Dalloz, Paris 2001, p.228

516. Mais qu'est ce que c'est la bonne foi ? En quoi consiste cette obligation d'agir avec bonne foi et diligence ? Le législateur ne définit pas le concept de bonne foi, même s'il l'utilise très souvent. Cette tâche est revenue à la doctrine et à la jurisprudence. La doctrine a identifié deux formes de manifestations de la bonne foi dans les rapports juridiques civils.. Ces deux fonctions sont : la loyauté dans les actes juridiques et en particulier, dans les contrats, et la mauvaise foi, résidant dans le fait de faire croire qu'on agit conformément à la loi et dont on tiendra compte pour protéger celui qui en est la victime⁶⁰⁷. L'auteur M. Gherasim⁶⁰⁸ a relevé les éléments constitutifs de cette forme de manifestation de la bonne foi et notamment :

- a) L'intention honnête, comme résultat de loyauté et probité, implique toujours l'absence de dol, de fraude et de violence, comme la fidélité dans les engagements; en même temps la probité ou la loyauté entraîne l'absence des incertitudes, de l'ignorance correcte et justifiée, qui en droit porte la définition de l'erreur excusable.
- b) La diligence, détermine l'accomplissement des actes ou des faits avec la prévision du résultat placé dans les limites de la loi;
- c) La licéité, donc l'accomplissement des certains actes avec un contenu licite - c'est la façade juridique de l'ordre et de la valeur morale;
- d) L'abstention de la lésion ou du préjudice à l'autre à l'occasion de la conclusion de l'acte juridique.

517. « Obligation de loyauté », « devoir de loyauté », « notion de bonne foi » ou encore « obligation de loyauté ou de bonne foi », telles sont les expressions qui sont révélatrices de la confusion qui règne actuellement tant concernant la nature, que concernant le contenu exact à donner à la notion de bonne foi⁶⁰⁹. Cette confusion est accentuée par le fait qu'aujourd'hui, une doctrine propose, de la même façon, de réfuter l'opinion selon laquelle la mauvaise foi ne serait qu'une absence de bonne foi. Ainsi la clause abusive par son contenu est une application de la violation de la bonne foi.

518. Conformément, cette fois-ci, au droit ancien, et contrairement à la directive, le nouvel art. L. 132-1 du Code de la consommation renonce à caractériser la clause abusive par sa contrariété à « l'exigence de bonne foi »⁶¹⁰. Bien que le concept de bonne foi constitue un principe général d'interprétation en France (art. 1134(3) du Code civil), il n'est toutefois pas

⁶⁰⁷ Commentaire du Code civil moldave art.511 , réalisé par un group des professeurs, 2006 – a compléter

⁶⁰⁸ GHERASIM, D. Buna credința în raporturile juridice civile, București, 1981

⁶⁰⁹ JALUZOT B., La bonne foi dans les contrats. Etudes comparative de droit français, allemande et japonais, Dalloz, Paris 2001

⁶¹⁰ PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 99

utilisé dans le contrôle des clauses contractuelles. Le principe n'a pas été transcrit dans la transposition française dans la mesure où on considère qu'un professionnel dont le comportement crée un déséquilibre significatif ne peut pas, par définition, se comporter de bonne foi. Le législateur français n'a donc pas repris la définition de la « bonne foi », d'autant plus que la version française de la directive (comme l'italienne, *ante*) est considérée comme trompeuse.

519. Le droit allemand au contraire met l'accent, à § 307 du Code civil, sur le principe de bonne foi. Le « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat » n'est en revanche pas mentionné. En vertu de § 307(1) du Code civil, les clauses contractuelles standardisées ne sont pas valables si elles « placent le cocontractant de celui qui les utilise dans une situation excessivement défavorable, en violation des principes de bonne foi ». § 307(2) contient une liste d'exemples de situations où il y a une présomption d'invalidité (incompatibilité avec les principes essentiels de la norme dont s'écarte la clause, restriction des droits et obligations essentielles découlant de la nature du contrat et créant le risque que le but visé par le contrat ne soit pas atteint).

520. Sur ce point, le texte communautaire s'inspirait, notamment, de la loi allemande du 9 décembre 1976 sur les conditions générales d'affaires condamnant à l'inefficacité en son paragraphe 9 les dispositions de ces conditions qui, « contrairement aux impératifs de bonne foi », désavantagent le partenaire contractuel de manière déraisonnable⁶¹¹. D'autres législations allaient dans le même sens⁶¹².

521. L'absence de référence à la bonne foi dans le texte actuel se comprend parfaitement⁶¹³. Non seulement cette notion pouvait introduire un élément supplémentaire d'incertitude dans la définition de la clause abusive, mais surtout elle paraissait inutile, car comment penser que le professionnel pourrait rester de bonne foi en cherchant à retirer des avantages disproportionnés du contrat conclu avec le consommateur ? De surcroît l'art. 1134, al. 3 du Code civile demeure qui exige que les conventions soient exécutées de bonne foi. La proposition de M. Calais Auloy de Code de la consommation de 1990 ignore tout autant cette notion de bonne foi dans sa définition de l'art. L. 104⁶¹⁴. Finalement, pour le système de droit français, il ne reste plus qu'un critère de la clause abusive : celui du « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

⁶¹¹ WITZ C. Droit privé allemand, t. 1, Litec, 1992, n° 452.

⁶¹² Par exemple la loi espagnole du 19 juillet 1984, art. 10, imposant buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones dans les conditions générales des contrats proposés aux consommateurs.

⁶¹³ Comp. toutefois, à propos du texte ancien, BEIGNIER B., note sous Cass. 1re civ., 26 mai 1993, Petites affiches, 9 mars 1994, p. 21.

⁶¹⁴ Doc. fr., coll. Rapp. officiels, avril 1990, art. L. 104.

522. La Loi moldave sur les clauses abusives prévoit dans son art. (3) qu'une stipulation contractuelle qui n'a pas été directement négociée avec le consommateur doit être considérée comme abusive si elle crée, par elle-même ou par une utilisation conjointe avec d'autres clauses du contrat, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur et en violation de l'exigence de bonne foi.

523. Enfin, concernant la notion de bonne foi on peut dire en quelques simples mots : « est de bonne foi celui qui se conduit en homme honnête et consciencieux, celui qui observe un comportement loyal, honnête, dépourvu de malice »⁶¹⁵ ou encore celui qui a « la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère »⁶¹⁶. Pourtant, à en croire une partie de la doctrine, ces définitions seraient inexactes. D'une part, et selon une première proposition, la bonne foi ne doit pas être confondue avec la loyauté (§1^{er}) et d'autre part, selon une tout autre proposition, l'absence de bonne foi n'est pas synonyme de mauvaise foi (§2nd).

§ 1^{er} - La loyauté au-delà de la bonne foi

524. En doctrine, il est fréquent, de confondre « loyauté » et « bonne foi »⁶¹⁷, certains auteurs ont, malgré tout, tenté de distinguer les deux notions, considérant que le terme « loyauté » est plus précis ou plu large⁶¹⁸, ce qui n'est pas sans conséquence concernant la compréhension du mécanisme de l'abus de droit dans les contrats. Ainsi, dans sa thèse consacrée au « devoir de loyauté dans l'exécution du contrat »⁶¹⁹, M. Y. Picod tente de démontrer que les deux notions, loyauté et bonne foi ne peuvent être assimilées. Constatant le caractère polysémique de la « bonne foi », l'auteur tend à faire admettre qu'il est préférable d'utiliser le vocale « loyauté » selon lui plus précis, et en conséquence, plus adapté à régir les relations contractuelles. De plus, M. Picod, au sein de la loyauté, propose de distinguer deux tendances, la loyauté contractuelle (a) et la loyauté des contractants (b).

525. **a) La loyauté contractuelle**, tout d'abord, permet de déterminer le contenu obligatoire du contrat et impose une exécution utile du contrat⁶²⁰. La notion de bonne foi

⁶¹⁵ FLOUR J., AUBERT J.-L. ET SAVAUX E., Les obligations, tome 2 : Le fait juridique, Armand Colin, 10e édition, 2003, p.278

⁶¹⁶ SERIAUX A., Les obligations, P.U.F., coll.dr. fondamental, 1992, p.201

⁶¹⁷ BIGIAOUI-DUHAMEL L., L'abus de droit en droit du travail, thèse dact. Paris I, 2002, p.233; AYNES L., L'obligation de loyauté, in L'obligation, Archives de philosophie du droit, tome 44, Dalloz, 2000, p.195-196

⁶¹⁸ CORRIGNAN-CARSIN D., Loyauté et droit du travail, in Mélanges en l'honneur d'Henry Blaise, Economica, 1995, p.125-126

⁶¹⁹ PICOD Y., Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J., coll.biblio. dr. prive, tome 208, 1989, PICOD Y., L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, colloque IDA Aix-en Provence, P.U.A.M. 1993, p.57-58

⁶²⁰ PICOD Y., L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, colloque IDA Aix-en Provence, P.U.A.M. 1993, p.57-58

renverrait à une attitude diligente de la part du créancier ou du débiteur. Pour M. Stoffel-Munck, cela revient à envisager le respect du but économique recherché⁶²¹ et explique le lien qui existe entre l'article 1134 et l'article 1135 du Code civil

526. **b)** Aux cotés de cette loyauté contractuelle, apparaît **la loyauté du contractant** qui permet d'apprécier la conduite des partenaires contractuels. Il s'agit alors de contrôler les comportements des contractants en tant que débiteur, mais aussi, en tant que créancier. La loyauté du contractant concerne l'exécution de la convention, qu'il s'agisse des droits et obligations. En conclusion, la loyauté doit être envisagée comme une notion beaucoup plus large que la bonne foi, et en conséquence plus large que l'abus de droit dans le cas des clauses abusives.

§ 2nd - La mauvaise foi au-delà de l'absence de bonne foi

527. Ce n'est pas parce que je ne t'aime pas que je te hais ! Voici quelque peu modifiée l'image originale mais néanmoins explicite qu'un auteur⁶²² n'a pas hésité à emprunter afin de démontrer que l'absence de bonne foi n'équivaut pas à la mauvaise foi. Selon M. Picod, « serait-il admissible d'affirmer dans le langage littéraire qu'aimer, c'est s'abstenir de toute haine. Ce serait une conception bien triste et bien pessimiste de l'amour ». Ainsi, chaque notion aurait un contenu propre. Mais manquerait au devoir de bonne foi le débiteur qui ne ferait pas tout son possible pour assurer l'exécution de son obligation.

528. Selon, M. Fages⁶²³, les attitudes positives au sein du contrat au service d'un intérêt contractuel commun doivent être gouvernées par la bonne foi. Les attitudes plus négatives, c'est-à-dire les actes dont les contractants doivent s'abstenir, sont contrôlées par la mauvaise foi. Ainsi la mauvaise foi ne remplirait pas la même fonction au sein de la relation contractuelle que la bonne foi. Si, pour certains, la bonne foi implique une attitude neutre, pour d'autres, c'est elle qui permet de contrôler les comportements positifs. Autrement dit, « je peux être de bonne foi parce que je respecte le contrat, notamment en exécutant mon obligation, mais je peux être de bonne foi parce que, outre le respect du contrat, je respecte mon partenaire contractuel »⁶²⁴.

529. Le rapprochement entre la bonne foi et la mauvaise foi ne pouvant être envisagé, les mêmes auteurs admettent alors qu'à la mauvaise foi correspond l'abus de droit⁶²⁵. Par conséquent, la notion de bonne foi peut être comprise différemment en fonction de l'élément qui

⁶²¹ STOFFEL-MUNCK Ph., L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie, ed. L.G.D.J, Paris 2000, p.83, 649 p.

⁶²² PICOD Y., L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, colloque IDA Aix-en Provence, P.U.A.M. 1993, p.25

⁶²³ FAGES B., Le comportement du contractant, thèse P.U.A.M., 1996

⁶²⁴ SEYSSEL M.-A., L'abus de droit dans les contrats, thèse, Chambéry, 2004, p.225

⁶²⁵ LAURENT Ph., La bonne foi et l'abus de droit de résilier unilatéralement les contrats de concession, Petites affiches 8 mars 2000, n°48, Doctr., p.8

prédomine dans le contenu de celle-ci : celui subjectif ou celui objectif⁶²⁶. Ainsi par le prisme de l'élément subjectif, la bonne foi implique un comportement de coopération en vue de réaliser le but du contrat et de fidélité en ce qui concerne son exécution, fait qui a pour conséquence l'appréciation de la bonne foi *in concreto*. D'autre part, l'élément objectif transforme la bonne foi en une modalité de l'établissement d'un déséquilibre et, en ce cas, celle-ci sera établie *in abstracto*.

530. En droit français, c'est l'article 1134, alinéa 3 du Code civil qui réglemente l'institution de bonne foi qui a, en effet, subi de profonds bouleversements au cours du vingtième siècle⁶²⁷. Le Doyen Carbonnier⁶²⁸, débutant son propos par l'affirmation selon laquelle il est rare que les tribunaux fassent appel à cette notion « au point qu'on a pu la considérer comme inutile », n'a pu alors que constater qu'« on a finalement l'impression que l'exigence de bonne foi tend à devenir une notion générale du droit des contrats »⁶²⁹.

531. La bonne foi est très souvent utilisée par les magistrats, même s'il convient dès à présent de préciser que la plupart des décisions de justice se réfèrent à l'article 1134 dans sa globalité⁶³⁰. Aujourd'hui quel que soit le mécanisme utilisé, la bonne foi ou les droits contractuels ne peuvent se réaliser que conformément au bon sens et à l'équité. Selon le doyen Ripert, la bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif⁶³¹.

532. Dans le système de droit moldave, la bonne foi est réglementée dans le contenu de l'article 513, alinéa 1 du Code civil: « le débiteur et le créancier doivent se comporter avec bonne foi et diligence au moment de la formation pendant l'existence, au moment de l'exécution et de l'extinction de l'obligation ». En effet, le texte de l'alinéa 1 est une réitération et un développement du domaine des obligations et des dispositions à caractère général de l'article 9 du Code civil moldave qui prévoit que « les personnes physiques et juridiques doivent exercer leurs droits et exécuter les obligations avec bonne foi, en conformité avec la loi, avec le contrat, avec l'ordre public et avec les bonnes mœurs. La bonne foi se présume jusqu'à la preuve contraire ». Si l'article 9 du Code civil moldave se réfère seulement à l'exercice des droits et l'exécution des obligations, l'article 513 étend cette obligation de diligence et de comportement

⁶²⁶ JALUZOT B., La bonne foi dans les contrats. Etudes comparative de droit français, allemande et japonais, Dalloz, Paris 2001, p.229-230

⁶²⁷ BENABENT A., La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français, in La bonne foi, Travaux de l'Association H.Capitant, tome XIII, Litec, 1992, p.291-292 ; PYCOD Y., L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in Le juge et l'exécution du contrat, colloque IDA Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1993, p.57-58

⁶²⁸ CARBONNIER J., Droit civil, tome 4: les obligations, P.U.F., coll.Thémis dr. privé, 21^e édition, p.218

⁶²⁹ Ibidem

⁶³⁰ SEYSSEL M.-A., L'abus de droit dans les contrats, thèse, Chambéry, 2004, p.141 ; KARIMI A., Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, éd. L.G.D.J., Paris 2001, p.288, 414 p.

⁶³¹ RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 4^e édition, 1949, p.157-158

de bonne foi, à la conclusion et pour toute la durée de l'existence, l'exécution et l'extinction du rapport obligataire⁶³².

533. La directive C.E.E. 93/13 du 5 avril 1993 dispose que « Considérant que l'appréciation, selon les critères généraux fixes, du caractère abusif des clauses notamment dans les activités professionnelles à caractère public fournissant des services collectifs prenant en compte une solidarité entre usagers, nécessite d'être complétée par un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués ; que ceci constitue l'exigence de bonne foi ; que, dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur ; que l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes ».

534. Ainsi la directive 93/13/CEE, dans son préambule, justifie le recours au critère général de la bonne foi par le prisme de la nécessité d'une évaluation globale des différents intérêts des parties au contrat. En même temps, on souligne le fait que l'exigence de la bonne foi sera considérée comme respectée lorsque le professionnel se comportera de manière équitable envers le consommateur. L'accent pourra ainsi être mis sur le pouvoir de négociation du cocontractant et sur le respect du consentement du consommateur ou sur la bonne exécution, par le professionnel, de la prestation à laquelle il s'était engagé⁶³³. Ainsi la théorie de la bonne foi se trouve à la racine de la lutte contre les clauses abusives, car son application à l'étape de l'exécution du contrat est unanimement admise par la doctrine.

535. S'agissant de la question centrale de savoir si la clause litigieuse revêt en soi un caractère abusif, il convient de constater que, en se référant aux notions de bonne foi et de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, l'article 3 de la directive 93/13 ne définit que de manière abstraite les éléments qui donnent un caractère abusif à une clause contractuelle qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle.

536. Conclusion comparative de la définition. Même s'il y a seulement quelques éléments communs, il faut remarquer que les notions utilisées par des textes différents (français communautaire et moldave) permettent de faire le lien entre l'abus et l'excès en donnant ainsi accès à des réponses intuitives sur la nature des clauses abusives. En traçant les lignes communes pour plusieurs systèmes de droit, on peut énumérer des similitudes en ce qui concerne la définition de la clause abusive, et notamment :

⁶³² Commentaire du Code civil moldave art.513 , réalisé par un group des professeurs, 2006 – a compléter

⁶³³ POPA I.-F., Reprimarea clauzelor abusive, în Pandectele romane, n°2/2004, p.208

1. les deux définitions (français et moldave) ont comme source d'inspiration la Directive européenne concernant les clauses abusives, ainsi que l'unique différence du système de droit étant que la France comme état membre de l'UE a l'obligation en faire la transposition minimale de la Directive, mais la République de Moldova comme état hors de l'UE et qui souhaite s'intégrer à la recommandation d'harmoniser la législation au niveau communautaire ;
2. La clause abusive a pour *effet*, et éventuellement pour *objet*, de créer un *déséquilibre significatif* au détriment du consommateur⁶³⁴.
3. l'excès, le déséquilibre significatif résulte de ce que l'avantage n'a ni contrepartie, ni motif légitime.
4. l'idée de bonne foi contractuelle est mise en œuvre dans la définition de clause abusive pour justifier l'annulation de certaines clauses comme celle d'irresponsabilité ou de non-obligation par tous les systèmes de droit communautaire et moldave. Ce n'est pas dans la définition française – sauf à considérer que c'est implicite.
5. l'impossibilité de la partie faible d'influencer le contenu du contrat proposé.

537. La directive exige par ailleurs que le déséquilibre existe « en dépit de l'exigence de bonne foi ». Le lien entre le principe de bonne foi et le « déséquilibre » n'est pas clair. La formulation de la directive suggère que la clause est abusive uniquement si elle crée un déséquilibre et que ce déséquilibre est contraire au principe de bonne foi. En vertu de cette approche, une clause pourrait causer un déséquilibre sans pour autant être contraire à l'exigence de bonne foi. Certains estiment toutefois que toute clause qui crée un déséquilibre significatif est toujours (automatiquement) contraire à l'exigence de bonne foi⁶³⁵. Enfin on pourrait se demander si les critères du « déséquilibre significatif » et de la contrariété à « l'exigence de bonne foi » sont alternatifs ou pas, opérant indépendamment l'un de l'autre. Si c'était le cas, une clause pourrait être abusive si elle crée un déséquilibre significatif ou si elle est contraire à l'exigence de bonne foi. Cette multiplicité d'interprétations explique les modes de rédaction très variés de cette règle générale dans les États membres.

538. Ainsi, on peut conclure qu'il est nécessaire de préciser la formulation de l'art. 3(1), qui est trompeuse dans certaines versions linguistiques et, notamment, en annonçant le caractère cumulatif ou alternatif des critères « bonne foi/déséquilibre » ou en disant si une clause qui crée un déséquilibre significatif est systématiquement contraire au principe de bonne foi.

⁶³⁴ LAGARDE X., Qu'est-ce qu'une clause abusive ?, JCP/ La semaine juridique – édition générale nr 6 du 8 février 2006, p.256

⁶³⁵ Cf. Tenreiro, REDP 1995, 273, 279.

Chapitre II – L’appréciation du caractère abusif des clauses

539. Plusieurs dispositions du nouvel art. L. 132-1 du Code de la consommation sont consacrées à la question de l’appréciation du caractère abusif. Elles sont regroupées aux alin. 5 et 7. En ce sens, en vue d’apprécier les clauses abusives dans les contrats conclus entre consommateurs ou non - professionnel et professionnels il est important de déterminer le moment de l’appréciation (**Section 1**) et d’énumérer les modalités de cette appréciation (**Section 2**).

Section 1 – Le moment de l’appréciation – la conclusion du contrat

540. Toujours en conformité avec la directive du 5 avril 1993, la loi précise que l'abus s'apprécie en se référant « à toutes les circonstances » qui entourent la conclusion du contrat, « de même qu'à toutes les autres clauses » dudit contrat. A l'instar de la directive du 5 avril 1993, la loi du 1er février 1995 innove en adoptant des dispositions concernant l'appréciation des clauses abusives dans un contrat déjà conclu. Elle guide ainsi le juge dans son appréciation du déséquilibre significatif en lui demandant de l'estimer au moment de la conclusion du contrat et en tenant compte d'un ensemble d'éléments.

541. Tout d'abord, « sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux art. 1156 à 1161, 1163 et 1164 c. civ. »⁶³⁶, l'article L 132-1 alinéa 5 du Code de la consommation indique que le caractère abusif d'une clause s'apprécie « au moment de la conclusion du contrat ». Cette référence à la formation du contrat est encore une reprise d'une disposition de la directive européenne : l'article 4 de la directive du 5 avril 1993 prévoit, en effet, l'appréciation *in concreto* du caractère abusif d'une clause au stade de la conclusion du contrat⁶³⁷.

542. Mais si cette référence convient à la clause qui a pour objet de créer le déséquilibre significatif, se comprend moins quand la stipulation a seulement eu pour effet de le faire naître car alors l'abus est inhérent à l'exécution du contrat. Sans doute pourrait-on être tenté de trouver une conciliation en considérant, lors de la formation du contrat, la probabilité d'un déséquilibre à naître au détriment du consommateur du fait de l'application de la clause. Mais la réponse est double. D'une part, si la rédaction de la clause invite à ce pronostic, n'est ce pas tout simplement parce qu'elle avait d'abord pour objet d'avantager le professionnel au-delà du raisonnable ? D'autre part, une telle proposition induit une appréciation *in abstracto* du caractère abusif de la clause qui ne convient qu'aux actions en suppression menées par les associations agréées⁶³⁸.

543. Ne délimitant donc pas le champ d'application de la directive, les clauses relatives aux prix relèvent bien du champ harmonisé, l'article 4.2 ne faisant que les exclure de la seule appréciation du caractère abusif, au même titre que l'article 4.1 précise les éléments à prendre en compte pour cette appréciation (nature du bien ou des services, moment et circonstances de la conclusion du contrat). Etant dans le champ harmonisé, ces clauses sont soumises au principe de son harmonisation minimale (art. 8), permettant aux Etats membres de protéger davantage le consommateur : libres alors sont les Etats, comme l'Espagne, d'inclure les

⁶³⁶ PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 99

⁶³⁷ Ibidem

⁶³⁸ PAISANT G., art. prec.

clauses relatives au prix dans ce but de protection. A vrai dire, on pourrait s'en tenir à ce seul constat. Mais cette appréciation du caractère abusif au moment de la conclusion du contrat laisse de côté certaines situations de déséquilibre contractuel.

544. Le déséquilibre significatif peut survenir lors de l'exécution et non à la formation du contrat⁶³⁹. Or si l'appréciation au moment de la formation du contrat est adaptée à une clause qui a pour objet ce déséquilibre, elle ne l'est plus vraiment pour une clause ayant pour effet un tel déséquilibre qui apparaît nécessairement au cours de l'exécution du contrat...sauf à se satisfaire d'une contorsion intellectuelle consistant à tenir compte d'un déséquilibre à naître lors de la formation du contrat⁶⁴⁰.

545. L'approche moldave du moment de l'appréciation. En comparaison avec la France où la législation sur les clauses abusives régit l'appréciation des clauses abusives, il faut mentionner qu'en République de Moldova la Loi sur la protection des consommateurs et la Loi sur les clauses abusives ne prévoient pas des normes expresses sur le problème du moment de l'appréciation des clauses abusives. Dans la législation moldave, la source pour l'appréciation du caractère abusif dans les contrats de consommation, se retrouve dans les prévisions de l'art.1 alin.(18) de la Loi n° 105-XV du 13 mars 2003⁶⁴¹ et dans l'art. 5 de la Loi sur les clauses abusives qui dispose qu' « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Selon la définition donnée, on peut déduire que le moment de l'appréciation de la clause abusive a été pris totalement d'art.3 alin.(1) de la directive du 5 avril du 1993.

⁶³⁹ BAZIN E., op.cit, p.344

⁶⁴⁰ PAISANT G., D. 1995, chron., p 100, spéc. n° 11.

⁶⁴¹ Dans le chapitre des prévisions générales – notions utilisées.

Section 2 – Les modalités de l’appréciation

546. Dans de nombreux Etats membres, les modalités d’appréciation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ont entraîné d’importantes réformes du droit dans le sens d’une protection accrue du consommateur. C’est l’art. 4, § 1er de la Directive qui précise également les modalités d’appréciation du caractère abusif d’une clause en stipulant qu’il faut tenir compte « de la nature des biens ou services qui font l’objet du contrat » et qu’il est nécessaire de se référer « au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu’à toutes les autres clauses du contrat, ou d’un autre contrat dont il dépend ».

547. Cette règle n’est, toutefois, applicable que lorsque les clauses dont s’agit sont rédigées de façon claire et compréhensible. De même l’objet principal du contrat et le rapport qualité/prix peuvent être pris en considération dans l’appréciation du caractère abusif d’autres clauses.

548. Dans cet ordre d’idée nous avons estimé que les modalités générales d’appréciation du caractère abusif des clauses doivent être recherchées autour de deux circonstances essentielles et notamment : de la combinaison de clauses (§ 1^{er}) et du caractère *in concreto* ou *in abstracto* de l’appréciation (§ 2nd).

§ 1^{er} – La combinaison des clauses

549. En ce qui concerne les modalités d’appréciation du caractère abusif d’une clause, le législateur français indique que le magistrat doit tenir compte du contrat dans son ensemble, celui-ci formant un tout, car un déséquilibre contractuel ne peut être apprécié que dans son ensemble et non par rapport à une seule clause isolée du contrat⁶⁴². On peut imaginer un cas dans lequel le déséquilibre significatif résulte d’une accumulation de clauses. Par exemple, des contrats qui prévoient toute une série de pénalités plus ou moins redondantes en prévision de l’éventuelle défaillance du consommateur. Si le principe même d’une clause pénale est difficilement contestable, l’accumulation des sanctions contractuelles peut engendrer un déséquilibre contractuel injustifié.

550. Une clause qui, prise isolément, serait licite, pourrait ainsi se révéler abusive lorsqu’elle est mise en rapport avec une ou plusieurs autres pourtant sur le même objet. Par exemple, une combinaison de clauses exonératoires de responsabilité. Inversement, une clause

⁶⁴² DANGLEHANT C., Commentaire de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats, Recueil Dalloz 1995 p. 127

apparemment déséquilibrée pourrait s'avérer raisonnable lorsqu'elle se combine à une autre. C'est le cas par exemple d'une clause portant sur l'augmentation du prix qui, couplée à une faculté de résiliation, deviendrait équitable. Ce critère d'appréciation ne peut toutefois conduire à ce qu'une clause abusive perde ce caractère uniquement parce qu'une autre clause du contrat serait favorable au consommateur. Une lecture combinée ne peut porter que sur les clauses abusives qui présentent un rapport direct entre elles⁶⁴³.

551. En application de ce critère, il a ainsi été jugé qu'une clause prévoyant une indemnité de dédit en cas de renonciation à la commande par l'acheteur ne peut s'apprécier par référence aux clauses régissant l'hypothèse d'un paiement tardif par l'acheteur dans la mesure où celle-ci suppose l'exécution de la commande, ce qui constitue l'hypothèse inverse de la renonciation à la commande. En revanche, les clauses relatives au délai de livraison sont susceptibles d'entrer en combinaison avec la clause de dédit et doivent à ce titre être examinées⁶⁴⁴.

552. Cette appréciation fait réapparaître le critère subjectif de la clause abusive. La clause abusive ne peut être uniquement définie sur un critère objectif du déséquilibre. Il ne faut pas oublier que le déséquilibre ne se justifie que par un rapport de force inégalitaire entre les parties au contrat⁶⁴⁵. Cette méthode peut se rapprocher de celle prévue à l'art. 1156 du Code civil, le législateur prévoit d'ailleurs que ces règles d'appréciation s'appliquent « sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux art. 1156 à 1161, 1163 et 1164 c. civ. »⁶⁴⁶.

553. Dans certains cas, la démonstration risque d'être difficile dans la mesure où il faudra tenir compte non seulement des circonstances ayant entouré la conclusion du contrat mais surtout de toutes les clauses du contrat, voire même, de celles figurant dans un autre contrat lorsque « la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'un de l'autre ». Pour cette appréciation du caractère abusif, le législateur ne fournit aucune clef⁶⁴⁷. Il ne dit pas par exemple que, pour le déterminer, les juges devront confronter les différentes clauses du contrat en mettant en balance les prestations réciproques des parties⁶⁴⁸. Il ne dit pas davantage qu'un tel déséquilibre pourra être établi par la disproportion entre les termes du contrat, car tout en parlant d'excès, il ne donne pas les coordonnées du rapport⁶⁴⁹.

⁶⁴³ Caluwé A., Les pratiques du commerce: l'information et la protection du consommateur, Editions Larcier, 2004 P.289

⁶⁴⁴ Ibidem

⁶⁴⁵ DANGLEHANT C., art. prec.

⁶⁴⁶ Art. 1^{er} L. 1995 ; art. L. 132-1, al. 5, c. consomm

⁶⁴⁷ On peut cependant interpréter la directive d'interprétation comme une volonté d'approcher l'équilibre global du contrat ou de group contractuel. Cette dernière référence constitue, à notre connaissance, la première référence législative aux groupes des contrats. Il aura fallu plus de vingt ans pour qu'un hommage « officiel » leur soit rendu, TEYSSIE B., Les groupes de contrats, pref. J-M. Mousseron, LGDJ, 1975, t.139 ; SERIAUX A., op.cit et loc.cit.

⁶⁴⁸ LE GAC-PECH S., La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000, n° 226, p.100

⁶⁴⁹ LE GAC-PECH S., op.cit.

554. Toujours en accord avec le texte communautaire, l'alinéa 5 du nouvel article L, 132-1 du Code de la consommation prévoit que l'abus s'apprécie non seulement par rapport aux autres clauses du contrat, mais éventuellement par rapport à celles d'un autre contrat dépendant juridiquement du premier⁶⁵⁰. Cette rédaction n'est que la transcription - précisée - des prescriptions communautaires. A suivre la logique de cet al. 5, ce devrait toujours être au jour de la conclusion du contrat qui contient la clause litigieuse qu'il conviendrait d'en apprécier le caractère abusif. A priori, il n'y a rien de bien extraordinaire à vouloir examiner le caractère abusif d'une clause en se référant à toutes les autres clauses du contrat. Ce n'est après tout que l'application de l'article 1161 du Code civil⁶⁵¹.

555. Plus intéressant est la prise en considération du contexte contractuel d'une clause pour pouvoir la qualifier d'abusive. D'une part, la clause isolée, en soi non abusive, peut être abusive par la combinaison d'autres clauses. Ainsi le professeur Paisant a raison de dire que « le déséquilibre significatif combattu par la loi « peut être » inhérent à une conjonction de clauses plutôt qu'à une stipulation en particulier »⁶⁵². Par exemple en matière d'assurance, la clause dite de réclamation, qui permet à un assureur de résilier le contrat et d'opposer simultanément la clause limitative de garantie aux réclamations survenant pendant le contrat⁶⁵³. D'autre part, par l'appréciation globale du contrat, le juge pourra tenter de déclarer une clause "suspectée abusive" non abusive si le déséquilibre qu'elle engendre est compensé ailleurs dans le contrat notamment par une contrepartie autre que financière⁶⁵⁴.

556. Enfin, l'appréciation du caractère abusif d'une clause au regard d'un groupe de contrats constitue une innovation⁶⁵⁵. Mais celle-ci pose des difficultés. Il y a à parier que le juge devra dans une telle hypothèse prendre en compte l'équilibre global de l'ensemble contractuel. Tout le monde connaît la charge de travail des juridictions. En outre, la rédaction de l'article L.132-1 alinéa 5 du Code de la consommation ne précise pas si le second contrat est un contrat conclu avec les mêmes parties ou avec des tiers. C'est une difficulté supplémentaire que le juge devra résoudre. Par exemple, comment appréciera-t-il la clause limitative de garantie stipulée dans le contrat conclu entre le professionnel fabricant et l'entrepreneur ? Pourra-t-elle être qualifiée d'abusive ou sera-t-elle exclue du champ de la législation sur les clauses abusives? Agissant par la voie de l'action directe, le consommateur est intéressé par l'inopposabilité d'une

⁶⁵⁰ Lamy Droit économique 1997, n° 4321.

⁶⁵¹ Article L 132-1 al.5 du C. Consom .et l'article 4-1 de la directive du 5 avril 1993.

⁶⁵² D. 1995, chron., p 101 , spéc. n° 12

⁶⁵³ COURTIEU G., clauses abusives : l'épée de Damoclès, Rev. Resp. civ. et assur. janvier 1996 , JCP 1996 Ed E, I, 556, p 205 et ibid, Présent et futur des clauses abusives en assurance Gaz. Pal. 1997 , p 130 ; CA Lyon 1re ch. 28 mars 1991, RGAT 1991, p 900, note KULLMANN J.

⁶⁵⁴ BAZIN E., op.cit., p.347

⁶⁵⁵ MESTRE J, RTD civ. 1995, p 439.

telle clause à son égard. La jurisprudence devra en conséquence trancher, mais ne pourra pas se faire aider par la doctrine largement partagée. Il est dommage que le législateur n'ait pas vu ce problème d'un consommateur à qui on oppose une clause d'un contrat auquel il n'est pas partie⁶⁵⁶.

§ 2nd – Le caractère *in concreto* ou *in abstracto* de l'appréciation d'une clause abusive

557. Ce rapprochement pose un problème. Il ne s'agit pas ici d'avoir une méthode d'interprétation, conformément aux articles précités, pour procéder à l'exécution du contrat. Il s'agit au contraire, selon le législateur, d'utiliser une méthode d'interprétation pour déduire l'existence du caractère abusif d'une clause⁶⁵⁷. Dès lors, la Cour de cassation pourra-t-elle encore faire de la notion de clause abusive une question de droit, alors que la méthode d'interprétation subjective du contrat relève du pouvoir souverain des juges du fond?⁶⁵⁸ Il est difficile d'imaginer la Cour de cassation contrôlant les circonstances de la conclusion des contrats, sauf à prendre le risque de s'ériger en troisième degré de juridiction dans ce domaine⁶⁵⁹.

558. C'est pourquoi il faut regretter que la définition de la clause abusive au niveau européen n'ait pas été plus précise⁶⁶⁰. Il était en effet possible de combiner la considération objective du défaut d'équivalence et la situation subjective d'infériorité d'une partie au contrat⁶⁶¹. La définition de la clause abusive aurait été complétée et la Cour de cassation aurait pu, plus facilement, exercer un contrôle.

559. Mise à part cette précision, il n'est pas possible de définir avec exactitude une clause abusive. Le législateur ne peut donner qu'un cadre général. Il faut donc pour sa mise en œuvre établir une liste de clauses abusives que l'on trouve fréquemment dans les contrats proposés par les professionnels. C'est le système adopté par la directive européenne et le droit français. Néanmoins, les dispositions de la nouvelle loi française à ce sujet montrent une mise en œuvre délicate des critères généraux d'application de la loi.

⁶⁵⁶ KARIMI A., Les modifications des dispositions du Code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n° 95-96 du 1er février 1995, Petites Affiches 5 mai 1995, p 9 ; MAZEAUD D., art. préc., Droit et Patrimoine juin 1995, p51 et 52.

⁶⁵⁷ Selon PAISANT G., préc., il y a là une confusion de la part du législateur entre interpréter et apprécier

⁶⁵⁸ TERRE Fr., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., préc., n° 431 s. La Cour de cassation a même refusé de contrôler l'interprétation des contrats standardisés. V. not. Cass. com., 17 déc. 1991, Bull. civ. IV, n° 396.

⁶⁵⁹ DANGLEHANT C., art. préc.

⁶⁶⁰ En effet, le législateur français ne peut pas prévoir une exigence supplémentaire à celle du déséquilibre, car la loi française aurait été moins protectrice que la directive. Certains parlementaires avaient voulu réintroduire le concept d'abus de puissance économique. V. not. JO Sénat CR, 16 nov. 1994, p. 5566 et 5567.

⁶⁶¹ Certaines législations étrangères combinent d'ailleurs ces deux critères pour admettre de façon générale la rescision pour lésion. V. GHESTIN J., préc., n° 197.

560. Ainsi, l'appréciation du caractère abusif d'une clause doit être faite *in concreto*, "en tenant compte des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend"⁶⁶². En même temps le juge doit tenir compte de la situation particulière des contractants : telle clause, qui serait abusive dans tel contrat, ne le sera peut-être pas dans tel autre si elle a donné lieu à négociation et à contrepartie. Ainsi, dans les contrats déjà conclus, les clauses abusives sont éliminées par l'effet d'une espèce de fiction juridique : bien qu'elles soient écrites, le juge fera comme si elles ne l'étaient pas.

561. L'élément déterminant de la définition des clauses abusives résulte de la conséquence de l'insertion d'une telle clause sur l'économie générale du contrat. Elle crée un déséquilibre en procurant un avantage excessif à une partie, le professionnel.

562. Dans le cas où l'appréciation du caractère abusif concerne un contrat déterminé déjà conclu, elle doit se faire *in concreto*, en considération du consommateur contractant et des circonstances de la conclusion. Mais, si l'appréciation du caractère abusif porte sur des conditions générales, sans référence à un contrat particulier, elle se fera nécessairement *in abstracto*⁶⁶³, en considération du consommateur moyen et de circonstances habituelles.

563. En particulier, l'interprétation au bénéfice du doute peut-elle conduire le juge à déclarer une clause abusive pour l'effacer du contrat ? Dans une première approche, l'affirmative l'emporte⁶⁶⁴. Quand, dans sa dernière phrase, le texte nouveau dispose que cette règle du bénéfice du doute n'est pas applicable aux actions en suppression engagées par les associations agréées sur le fondement de l'art. L. 421-6, c'est bien, *a contrario*, qu'il l'admet au profit du consommateur individuel. Le doute sur le caractère abusif d'une clause jouerait donc en faveur de ce dernier. D'ailleurs, quand l'al. 5 de l'art. L. 132-1 envisage les modalités d'appréciation de ce caractère abusif, il renvoie expressément aux textes sur l'interprétation des contrats.

564. Ajoutons que la distinction, ici faite par le législateur, entre l'action conduite par les associations agréées et celles impliquant un consommateur individuel s'explique par le fait que, dans le premier cas et contrairement au second, le juge est conduit à porter une appréciation *in abstracto* sur l'existence ou non d'un abus⁶⁶⁵. Si donc la restriction n'avait pas été retenue, les associations eussent été en position par trop favorable à l'égard des professionnels. Cette restriction était aussi celle de la directive⁶⁶⁶.

⁶⁶² Directive 93/13 du 5 avril 1993, art. 4, § 1)

⁶⁶³ C'est le cas pour la Commission des clauses abusives et les actions collectives en cessation.

⁶⁶⁴ PAISANT G., art. prec.

⁶⁶⁵ JO Sénat (CR), 16 nov. 1994, p. 5571 ; rapport Charié, préc. note 50, p. 21.

⁶⁶⁶ Art. 5.

565. Dans une deuxième approche, le doute s'installe. Interpréter une clause d'un contrat c'est rechercher sa signification avant de l'appliquer⁶⁶⁷. Et l'art. 1157 dit bien que «lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens dans lequel elle pourrait n'en produire aucun».⁶⁶⁸ Or, dire que le doute sur le caractère abusif d'une clause profite au consommateur revient à ne pas appliquer cette clause ; disparaissant, elle ne produira aucun effet. Est-ce toujours une question d'interprétation ? N'est-ce pas plutôt une question d'appréciation ? Le législateur semble avoir confondu ces deux notions. Dans interpréter, il y a l'idée de donner un sens en clarifiant ce qui est obscur, tandis qu'apprécier implique l'existence d'un jugement de valeur que n'inclut pas l'interprétation. Logiquement l'interprétation précède l'appréciation. Si la Cour de cassation privilégie la volonté du législateur à cette sémantique, nul doute que le bénéfice du doute profitera doublement au consommateur⁶⁶⁹.

566. La directive fixe une règle d'interprétation en tenant compte de la situation de supériorité du professionnel et du fait que les contrats conclus par des consommateurs doivent être rédigés de manière claire et compréhensible. La directive fait application de l'adage *contra proferentem* : les clauses sont interprétées contre l'offrant. En cas de doute sur le sens d'une clause contenue dans un contrat de consommation, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut⁶⁷⁰.

567. Cependant la troisième phrase de l'article 5 de la directive interdit au professionnel d'invoquer, durant une procédure en cessation, le principe de l'interprétation la plus favorable au consommateur si cela lui permet de s'opposer à l'injonction lui ordonnant de cesser d'utiliser une clause ambiguë, qui fait partie des clauses contractuelles auxquelles le professionnel recourt de façon généralisée dans ses relations avec les consommateurs⁶⁷¹. Ainsi la seule protection contenue dans la directive contre les clauses insuffisamment claires et compréhensibles est l'interprétation favorable au consommateur. Mais malgré cette irrégularité, la clause subsiste dans le contrat. Cette lacune est soulevée par la Commission Européenne dans son rapport du 27 avril 2000 sur l'application de la directive⁶⁷².

568. Conclusion du chapitre. À cet égard, deux situations doivent être distinguées. Lorsque le caractère abusif d'une clause est invoqué à propos d'un contrat déjà conclu, l'appréciation se fera *in concreto*, en fonction de la situation du consommateur et des conditions

⁶⁶⁷ MALAURIE P. et AYNES L., Les obligations, Cujas, 1994, n° 630.

⁶⁶⁸ Cass. 3^e civ., 19 déc. 1968, Bull. civ. III, n° 573.

⁶⁶⁹ PAISANT G., art. prec.

⁶⁷⁰ Directive. 93/13 du 5 avril 1993, art. 5

⁶⁷¹ TIZZANO, commentaire sur l'aff. Commission c/ Pays-Bas, C-144/99 : Rec. CJCE, 2001, I, p. 3541

⁶⁷² (COM (2000) 248 final).

de conclusion du contrat. Cela paraît signifier au demeurant que, selon les cas, une même clause pourra être considérée comme abusive ou non. Lorsqu'en revanche le caractère abusif de la clause est invoqué dans le cadre de l'action en suppression, l'appréciation ne pourra se faire qu'*in abstracto*, par rapport à un consommateur normalement diligent, et en fonction des circonstances habituelles de passation du contrat⁶⁷³.

569. Problèmes sur le plan moldave. Même s'il existe certaines exigences sur l'appréciation des clauses abusives dans la Loi sur la protection des consommateurs et la Loi sur les clauses abusives qui ne peuvent pas être introduites dans les contrats, il faut reconnaître que ce système n'assure pas un cadre légal suffisant pour la protection des consommateurs contre les clauses abusives.

570. Actuellement, le problème réside dans l'insuffisance du cadre qui pourrait prévoir les exigences générales concernant l'interdiction de l'introduction, dans les contrats conclus par les professionnels avec les consommateurs, des clauses abusives qui, par leur contenu, créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations de parties. Il faut reconnaître que ce fait crée un obstacle significatif pour la prise des décisions par les instances judiciaires moldaves. Ainsi, cette absence réglementaire crée plusieurs problèmes pour les praticiens moldaves (juges et avocats). Enfin, défavorisés sont les consommateurs, qui n'ont pas de confiance dans le système moldave de lutte contre les clauses abusives.

571. Perspectives pour le droit moldave. Tenant compte que pour établir le caractère abusif d'une clause contractuelle, les clauses abusives doivent être évaluées en rapport direct avec des critères clairement établis, ce problème a été mis en discussion et enfin a été réglé dans la Loi sur les clauses abusives. Cette loi propose le développement du cadre légal dans le domaine de la protection des intérêts économique des consommateurs par l'établissement des exigences légales pour l'interdiction de l'introduction des clauses qui peuvent créer un déséquilibre significatif.

572. En conclusion du premier titre, on retient que le concept de clause abusive est bien défini dans chaque système de droit, avec des éléments communs. De notre analyse, résulte que les modalités d'appréciation des clauses abusives varient du système du droit français à celui communautaire et moldave. Même si les Etats membres de la Communauté Européenne ont eu la tâche de transposer indépendamment la directive concernant les clauses abusives, la République Française a transposé la définition de clause abusive en absence de l'élément de la négociation directe.

⁶⁷³ CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F., op. cit., n° 188

573. Pour sa part, le législateur moldave a transposé intégralement la directive mentionnée, ne faisant aucune dérogation de la notion de clause abusive, tous les éléments d'appréciation du caractère abusif de la directive étant compris. Cela s'explique évidemment par le fait que la République de Moldova est un Etat assez jeune. Tenant compte que l'institution de clause abusive est une nouveauté et qu'à présent il n'existe pas une jurisprudence et une doctrine en cette direction, le choix idéal était de se conformer aux exigences communautaires, afin de réaliser le plan d'intégration proposé par l'Union Européen dans le domaine de protection des consommateurs.

Titre II - Le domaine d'application de la législation légale relative aux clauses abusives

574. Le domaine d'application de la législation légale relative aux clauses abusives est un champ très large. La matérialisation des clauses abusives dépend directement du domaine d'application de la législation y relative⁶⁷⁴. Ainsi, la législation consumériste invite à préciser le champ d'application de la lutte contre les clauses abusives à un triple point de vue : quels sont les contractants visés (**Chapitre I**), pour quels contrats (**Chapitre II**) et quelles stipulations (**Chapitre III**)⁶⁷⁵?

⁶⁷⁴ PAISANT G., note sur Civ 1, 19 juin 2001, J.C.P., 2001, II, n°10631; ROCHFELD V., Les clairs-obscur de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives, Mélanges Calais-Auloy, Dalloz 2004, p.981

⁶⁷⁵ PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 99

Chapitre I - Quant aux contractants

575. Le droit commun des contrats, énoncé dans le Code civil, repose sur le postulat de l'égalité et de la liberté des parties contractantes. Or, il est constant que ce postulat n'est qu'un leurre car, dans de nombreuses relations contractuelles, et plus particulièrement dans la relation professionnel – consommateur, ni la liberté ni l'égalité n'existent effectivement. La liberté n'existe pas parce que le consommateur est tenu de se procurer le produit ou le service dont il a besoin, quant à l'égalité elle n'existe pas non plus car le professionnel dispose de compétences que ne possède pas le consommateur et il est en mesure d'imposer ses conditions pour conclure le contrat. D'où l'expression de contrats égalitaires que l'on oppose aux contrats de consommation. Cette inégalité entre les parties a conduit un certain nombre d'auteurs à réduire le droit de la consommation à un ensemble de mesures de protection du consommateur, certains ont même été jusqu'à dire que les consommateurs étaient les nouveaux incapables du monde moderne.

576. Cette idée d'inégalité, ou d'incompétence, a été l'un des critères d'identification du consommateur, ce qui conduisait à dire que le professionnel pouvait être dans certains cas un consommateur. Ainsi déterminait-on le champ d'application du droit de la consommation. Le droit de la consommation cherche à équilibrer les relations entre les professionnels et les consommateurs : il met à la charge des premiers des obligations qui sont autant de droits pour les seconds. Professionnels d'un côté, consommateurs de l'autre, sont les sujets du droit de la consommation. Définir ces deux catégories sous l'aspect comparatif franco-moldave-communautaire permet à la fois de comprendre la philosophie de la matière et d'en tracer les limites. Certes, il peut arriver que certaines règles protectrices débordent le cadre strict des relations entre les professionnels et consommateurs. Celles-ci n'en constituent pas moins le noyau dur de la consommation et son principal domaine d'application⁶⁷⁶.

577. A l'heure actuelle, la législation communautaire sur la protection des consommateurs est éclatée en raison de l'approche « verticale » retenue : à chaque question sa directive propre, avec ses solutions. L'idée de la Commission européenne serait de développer une approche horizontale grâce à l'adoption d'un instrument cadre qui régirait les questions communes à toutes les directives composant l'acquis en matière de protection des consommateurs, et qui pourrait se combiner avec les actions sectorielles, dites « verticales ». Ainsi, un même texte traiterait des questions communes aux directives composant l'acquis en matière de protection des

⁶⁷⁶ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e édition, Dalloz, Paris, 2010, p.3

consommateurs, y compris sur la définition des notions fondamentales comme celle de consommateur (**Section 1**) ou de professionnel (**Section 2**)⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ Comp. le projet de loi français « en faveur des consommateurs ». Ce projet avait été critiqué notamment en raison du fait que, loin de redonner cohérence à l'ensemble de la matière, il renforçait la « spécialisation » et l'émiettement du droit de la consommation par « l'empilement de règles de droit successives ». FENOUILLET D., Premières remarques sur le projet de loi « en faveur des consommateurs », D. 2006. Chron. 2989). C'est ce phénomène, quasi inéluctable, que la démarche horizontale préconisée par la Commission tâche précisément d'enrayer. Ce projet a été retiré et l'action groupe qu'il consacrait ne sera donc pas introduite. Le projet prévoyait également la transposition de la directive « Pratiques commerciales illicites » du 11 mai 2005, au sein du Code de la consommation (art. L. 122-11 s.)

Section 1 - Le consommateur

578. Pour les économistes, la consommation est la forme du dernier stade du processus économique. Consommer vient du latin « *consummare* », qui signifie accomplir, achever⁶⁷⁸. Ainsi la consommation achève le processus économique. La consommation se distingue de la production et de la distribution, qui consistent à recueillir, transformer et répartir les richesses. « Consommation, consommateur », ces mots, venus de la science économique, font aujourd'hui partie de la langue juridique. Les personnes qui répondent à la définition qui vient d'être développée sont des consommateurs. À leur égard, l'accord est à peu près unanime.

579. La doctrine française du droit de la consommation a produit de nombreux travaux pour essayer de préciser la notion du consommateur. Si le droit français de la consommation s'est édifié en faisant l'économie d'une définition du consommateur, il ne saurait en être de même du droit communautaire. Partant d'une approche simplement sectorielle, l'ambition du législateur communautaire s'oriente de manière ostensible vers l'érection de principes généraux en la matière. Ainsi, contrairement au droit français de la consommation, le droit communautaire sera centré sur la personne du consommateur. Circonscrire la notion de consommateur européen s'avère dès lors nécessaire⁶⁷⁹.

580. Au niveau communautaire l'article 2 de la directive du 22 mai 1997 sur la vente à distance définit le consommateur comme « Toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »⁶⁸⁰. Cette définition est reprise à l'article 2 de la directive sur les clauses abusives du 25 octobre 2011⁶⁸¹.

581. S'inspirant de la définition européenne, les pays de l'UE doivent l'adapter à leur propre système de droit. C'est ici que commencent les difficultés de la définition française (§ 2nd), mais avant de clarifier la notion incertain en France, il convient de rechercher une définition commun du consommateur pour chaque système de droit (§ 1^{er}), ensuite on pourra se demander ensuite si, autour de ce noyau, des extensions sont possibles.

§ 1^{er} - Une définition commune du consommateur

582. Alors que la simplification législative et réglementaire est une des priorités des pouvoirs publics et une attente des parties prenantes, il est essentiel de s'accorder sur une

⁶⁷⁸ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e édition, Dalloz, Paris, 2010, p.7

⁶⁷⁹ MEL J., La notion du consommateur européen, Petite affiches, 31 janvier 2006, n°22, p.5

⁶⁸⁰ Directive n° 97/7/CE du 22 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE L n° 144 du 4 juin 1997, p. 19.

⁶⁸¹ Directive n° 93/13/CE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L n° 95 du 21 avril 1993, p. 29.

définition précise au niveau communautaire (A) et une définition donnée par le droit positif moldave (B). Professionnels et consommateurs auraient tout à gagner d'une telle démarche.

A) – Une définition précise au niveau communautaire

583. A la différence du droit français, le droit de l' Union Européenne est plus précis sur la notion de consommateur grâce aux textes qui le définissent (1) et à la jurisprudence communautaire de la Cour de Luxembourg (2).

1 – Les textes communautaires définissant le consommateur

584. Un certain nombre de directives énoncent une définition commune du consommateur:

– article 2 de la directive du 22 mai 1997 sur la vente à distance et article 2 de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives: « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* ».

– article 1er de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation : « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle et commerciale* ».

– article 2 de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales : « *toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, artisanale, industrielle ou libérale*».

– article 3 de la directive du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs : « *toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle*».

– article 2 de la directive du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation des biens à temps partagé, des contrats de produits de vacance à long terme et des contrats de revente et d'échange (directive « timeshare ») : « *toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* » ;

– article 2 de la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du

Parlement européen et du Conseil: « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

585. En récapitulant les textes communautaires on peut mentionner que par opposition avec la notion de professionnel, la notion de consommateur vise exclusivement les personnes physiques intervenant au stade final du processus économique, dans but un non professionnel.

2 – Une jurisprudence clairement établie pour une définition du consommateur

586. La jurisprudence communautaire s'est d'abord interrogée sur l'applicabilité des dispositions du droit de la consommation à une personne physique professionnelle, agissant en dehors de sa spécialité ou de ses compétences. Ainsi, l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) du 20 janvier 2005⁶⁸² souligne la nécessité d'interpréter strictement l'usage professionnel. La part d'activité professionnelle doit être insignifiante, par rapport aux besoins satisfaits par le contrat pour que le droit de la consommation s'applique.

587. Par ailleurs, saisie à titre préjudiciel par une juridiction italienne, la CJCE a précisé le 22 novembre 2001 que la notion de consommateur ne vise que les personnes physiques⁶⁸³. Comme a mentionné précédemment, la CJCE a estimé que « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13 (...) du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques ».

588. A la différence de la jurisprudence française, la CJCE affirme clairement que les personnes morales sont exclues du champ d'application des dispositions concernant les clauses abusives. Cette précision est d'importance car la notion de consommateur telle qu'exprimée par la directive 93/13/CE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, est en effet reprise de façon similaire dans divers textes communautaires. Par conséquent, si la décision du 22 novembre 2001 intéresse la seule directive 93/13/CE, elle paraît pouvoir être étendue à l'ensemble des dispositions du droit de la consommation⁶⁸⁴.

589. Sur la base de la jurisprudence communautaire, seules les personnes physiques non professionnelles sont visées par les dispositions du droit de la consommation. Sont non seulement exclues du champ d'application de ce dernier les personnes physiques qui n'agissent

⁶⁸² CJCE, 20 janvier 2005, Gruber, C-464/01, D.2005, chr.p.1948.

⁶⁸³ CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-541/99 et C-542/99, Cape Snc c/ Idealservice Srl et Idealservice MNRE Sas c/ OMAL Srl.

⁶⁸⁴ Concl. Av. gén., 14 juin 2001, aff. C-541/99, pts. 23 s.

pas exclusivement ou tout au moins essentiellement dans un but personnel mais aussi les personnes morales. La jurisprudence communautaire n'a donc pas recours à la notion de « non-professionnel » pour étendre le champ d'application du droit de la consommation à des personnes morales. Cette démarche a pour avantage de clarifier l'application du droit de la consommation et d'éviter toute incertitude en reconnaissant son bénéfice à différents destinataires.

590. Conclusion. Bien que le droit l'Union soit plus précis sur la notion de consommateur, des travaux européens sont en cours afin de proposer une définition uniforme du consommateur avec l'objectif à terme de l'harmoniser dans l'ensemble des Etats membres. Peuvent être mentionnés, dans l'optique d'une harmonisation de la notion de consommateur, les travaux sur le droit européen des contrats⁶⁸⁵. Constatant les problèmes posés par l'application du droit de la consommation aux personnes morales, une définition stricte du consommateur a été proposée, celle-ci excluant de son champ la notion de personne morale : un consommateur doit être entendu comme une personne physique qui agit essentiellement dans un but qui n'est pas lié à son commerce, ses affaires ou sa profession.

B) – Une définition dans le droit moldave

591. Dans la législation moldave, la notion du consommateur a été réglementée pour la première fois par la Loi sur la protection des consommateurs nr.1453-XIII du 25.05.1993. A cette époque, le législateur a essayé de donner plutôt une notion générale du consommateur pour garantir et assurer au minimum les droits des citoyens dans les relations de consommation : « le consommateur est la personne physique qui se procure, utilise ou consomme, comme destinataire final, les produits fournis par des professionnels ou qui bénéficie des services prestés par ceux-ci »⁶⁸⁶.

592. Dans le contexte de la présente notion, on peut remarquer que la personne qui a l'intention seulement de commander un produit ou de bénéficier d'un service ne peut pas être considérée comme « consommateur ». La notion de consommateur est équivalente à la définition donnée par les normes civiles concernant le sujet du contrat de vente-achat, et notamment de l'« acheteur ».

593. Egalement, suite à la notion donnée par la loi de 1993, il a été reconnu qu'en réalité le législateur moldave ne faisait pas une différence entre le consommateur qui se procure des

⁶⁸⁵ Study Group on a European Civil Code (Chairman: Prof. Dr. Dr. h.c. Christian von Bar, FBA), Task Force on Consumers and Professionals (Chair: Prof. Johnny Herre / Other members: Profs. Guido Alpa and Ewoud Hondius) <http://www.sgecc.net/pages/en/home/index.htm>

⁶⁸⁶ La loi sur la protection du consommateur de la R.Moldova nr.1453 du 25.05.93, Monitorul Oficial nr. 10/281, 30.10.1993// abrogée

produits ou qui bénéficie des services dans un but individuel de celui qui se les procure ou en bénéficie dans un but professionnel. Dans cet ordre d'idées, il est évident que la notion de consommateur réglementée par la loi du 1993 n'a pas trouvé une application efficace dans les rapports de la consommation. En effet, les normes civiles ont la priorité sur celles de la consommation, en offrant aux consommateurs dans les contrats d'adhésion les mêmes droits que l'acheteur et en garantissant le principe de l'égalité des parties dans les rapports contractuels. Il faut mentionner que le législateur moldave, en effet, a évité la nature du contrat, celui de consommation, qui défavorise le consommateur comme partie faible du contrat.

594. Tenant compte de la politique de l'état vers l'intégration de la Moldova dans l'Union Européenne et ayant en considération les nouveaux facteurs sur le marché qui ont influencé le bon développement des relations de consommation, en 2003, le législateur a décidé d'abroger la Loi sur la protection des consommateurs du 1993 et a adopté une nouvelle loi, conformément à l'exemple du droit roumain et celui de l'U.E.⁶⁸⁷.

595. La nouvelle loi sur la protection des consommateurs est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2003. La supériorité nette de la présente loi en comparaison avec celle de 1993, du point de vue du contenu et de la transposition en pratique, a dynamisé l'activité dans le domaine et a augmenté la confiance des consommateurs dans le nouveau système de protection. En même temps, ont été clarifiées les notions de base, en excluant une série d'ambiguïtés qui pourraient donner naissance aux équivoques du point de vue juridique, spécialement en ce qui concerne la notion de « consommateur ».

596. Ainsi, dans l'art.1 de la Loi nr.105-XV du 13.03.2003 on a une nouvelle notion, qui est plus claire et qui prévoit expressément les critères exigés dans la qualification de consommateur propres aux rapports contractuels de consommation, et notamment « consommateur est toute personne physique qui a l'intention de commander ou de procurer ou qui commande, procure ou utilise les produits, les services pour les nécessités qui ne sont pas liées avec l'activité d'entrepreneur ou professionnel».

§ 2nd – Une définition incertaine en France

597. En France, la définition du consommateur est au cœur des incertitudes. Elle apparaît comme un concept à géométrie variable. Dans le droit positif français les divergences apparaissent, en doctrine et en jurisprudence, quand il s'agit de définir le consommateur ou s'il faut élargir la définition à d'autres personnes (**A**). Les questions pratiques de la définition sont de

⁶⁸⁷ La loi sur la protection des consommateurs de la R. Moldova nr. 105-XV du 13.03.2003, Monitorul Oficial 2003, nr. 126 - 131, art. 507

permettre à ces personnes de bénéficier des règles protectrices du droit de la consommation **(B)**. On observera que le problème de fond est théoriquement séparable de la question du vocabulaire. On peut étendre le bénéfice des règles protectrices à des personnes que l'on ne qualifie pas de consommateurs ou que l'on se borne à « assimiler » à des consommateurs. Cependant, le problème de fond est généralement abordé autour des quelques questions actuelles posées par la doctrine et la jurisprudence.

A) – La diversité des approches et des enjeux

598. La loi française du 1^{er} février 1995 a choisi de ne pas reprendre à son compte la définition communautaire du consommateur. Le flou ainsi gardé sur le contenu des notions de consommateur laisse le champ libre au juge pour leur donner une signification concrète au gré des espèces, mais davantage encore à la Cour de cassation pour fixer une certaine politique jurisprudentielle⁶⁸⁸.

599. Ainsi, la notion de consommateur en droit interne français reste incertaine. Il y a plusieurs approches possibles de cette notion en droit positif français **(1)**, ce qui n'est pas sans enjeux **(2)**.

1 – Les approches

600. Plusieurs articles du Code de la consommation participent à la détermination de la notion de consommateur, sans pour autant la définir de façon transversale : article L.121-22 relatif au démarchage, article L.132-1 relatif aux clauses abusives, article L.211-3 relatif aux défauts de conformité... Parallèlement, le Code de la consommation a recours à une terminologie variée pour définir ce qu'est un consommateur. En effet, outre le terme « consommateur », plusieurs expressions sont employées pour définir le champ d'application de tel ou tel article : « acheteur d'un produit » (L.121-16 ; L.121-21) ; « contractant » (L.213-1) ; « emprunteur » (L.311-1 ; L.312-1)...

601. La loi Chatel n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur apporte une première précision sur la définition du consommateur dans les textes français en vigueur. Bien que non intégré au Code de la consommation mais au Code des assurances, l'article 2 de cette loi vise « les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles ». A noter que le sénateur Gérard Cornu, rapporteur de la loi Chatel, avait rappelé que « la notion de consommateur définie par la directive n°93/13/CE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs est

⁶⁸⁸ BOUJEKA A., Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français, D. 2005 p. 1948

exclusivement limitée aux personnes physiques, ce qu'a confirmé la Cour de Justice des Communautés Européennes par un arrêt du 22 novembre 2001 » et précisé dans le cadre des débats parlementaires : « *ainsi en ne mentionnant que le consommateur, le nouvel article L.136-1 du Code de la consommation ne serait pas applicable aux contrats souscrits par des personnes morales, tels que des syndicats de copropriétés, des associations, des comités d'entreprise...* ».

602. La loi n°151 du 2 juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation confirme cette orientation. Son article 3, qui modifie l'article L.311-1 du Code de la consommation, définit l'emprunteur ou le consommateur comme : « *toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle* ». Cet article est conforme au droit communautaire, la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs définissant en son article 3 le consommateur comme : « *toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle* ».

603. Au titre de la sécurité juridique et de la conformité au droit communautaire, le législateur français s'oriente vers une définition stricte et précise de la notion de consommateur. Ainsi, un récent avis du Conseil National de la Consommation (organisme paritaire placé auprès du ministre de la consommation) adopté à l'unanimité des collèges professionnels et consommateurs le 14 juin 2010 donne une définition sans ambiguïté du consommateur. DGCCRF, associations de consommateurs et professionnels se sont en effet accordés pour définir les consommateurs comme « *personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle* »⁶⁸⁹. Les parties prenantes de la consommation en France ont confirmé le besoin de définir strictement le consommateur et se sont accordées sur une définition commune qui devrait constituer une référence supplémentaire pour le législateur dans la perspective des évolutions à venir du Code de la consommation⁶⁹⁰.

604. Il faut reconnaître qu'entre droit communautaire et droit français sur la notion de consommateur il y a une apparente divergence. En France, pour les clauses abusives il y a une application à deux catégories : le consommateur et le non-professionnel. La question est ici de savoir si les dispositions relatives aux clauses abusives demeurent cantonnées aux seules personnes physiques ou si elles sont également applicables aux personnes morales. Ici apparaît le débat sur l'unité ou la dualité de notions et notamment, le consommateur – une interprétation par rapport à la directive **(a)** et le non-professionnel – une liberté d'interprétation **(b)**.

⁶⁸⁹ Avis du CNC relatif à l'information des consommateurs sur la présence de nanomatériaux dans les biens de consommation, adopté le 14 juin 2010.

⁶⁹⁰ www.conso-confiance.fr/attachment/229671/

a. – Le consommateur – interprétation par rapport à la Directive

605. Le terme de «consommateur» de l'art. L.132-1 du Code de la consommation doit être interprété dans le sens que lui donne la directive. La directive européenne du 5 avril 1993 a clairement opté pour le cantonnement de la notion de consommateur aux personnes physiques. Devant ces ambiguïtés persistantes, force est de privilégier une réflexion qui tient compte de l'essence de la notion de consommateur. Le droit communautaire est, quant à lui, hostile à l'octroi aux personnes morales de la qualité de consommateur. La Cour de justice des Communautés européennes a « dit pour droit : la notion de consommateur telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques »⁶⁹¹.

606. Intervenant à la procédure, les gouvernements espagnol et français ont fait valoir que « la définition du consommateur donnée par la directive n'exclut pas la possibilité pour les droits nationaux des États membres, lors de la transcription de celle-ci, de considérer une société comme un consommateur »⁶⁹². Mais la Cour de justice, nonobstant l'article 8 de la directive de 1993 qui autorise les États membres de l'Union à aller au-delà des dispositions de la directive, afin d'assurer aux consommateurs un niveau de protection plus élevé, leur répond « qu'une personne autre qu'une personne physique, qui conclut un contrat avec un professionnel, ne saurait être regardée comme un consommateur au sens de ladite disposition »⁶⁹³.

607. Selon M. Nourissat ⁶⁹⁴, cette décision qui lie le juge français, en raison de la construction jurisprudentielle de l'interprétation conforme, contraignant le juge national à interpréter son propre droit à la lumière du texte et de la finalité de la directive, n'interdirait pas aux États membres d'indiquer expressément dans leur législation que les dispositions relatives à la lutte des clauses abusives s'appliquent également aux personnes morales. Elle signifierait seulement que, en l'absence d'une telle précision - comme c'est le cas en droit français -, le droit de la consommation ne protège, contre les clauses abusives, que les seules personnes physiques. Cette opinion semble toutefois contredite par trois arrêts de la Cour de justice, qui estiment que la directive n° 83/374 du 25 juillet 1985, sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁶⁹⁵, poursuit une harmonisation complète, et non minimale, des droits des États membres et qu'aucune « de ses dispositions n'autorise le législateur national à adopter des mesures s'écartant

⁶⁹¹ CJCE 22 nov. 2001

⁶⁹² point 14 des motifs

⁶⁹³ point 16 des motifs

⁶⁹⁴ note NOURISSAT C., RTD civ. 2002.397

⁶⁹⁵ JOCE, n° L 210, 7 août

de la directive », sous peine d'instaurer des distorsions de concurrence incompatibles avec l'objectif d'unité du Marché commun⁶⁹⁶. Certes, la directive du 25 juillet 1985 ne contient pas un article autorisant expressément les législateurs internes à renforcer le niveau de protection, mais cette possibilité semblait acquise. Toujours est-il que l'article 8 de la directive du Conseil du 5 avril 1993 n'autorise cette possibilité d'augmenter l'intensité de protection qu'à condition de rester à l'intérieur du domaine de celle-ci et sous réserve de compatibilité des dispositions plus strictes avec le Traité de l'Union⁶⁹⁷.

608. Sur un plan strictement communautaire, la solution demeure perméable à la critique des partisans d'une analyse stricte de la notion de consommateur. Le texte de la directive tel qu'interprété par la Cour de justice des communautés européennes⁶⁹⁸ est en effet absolument dénué de toute équivoque (art. 2, sous b).

609. L'exclusion paraît d'autant plus manifeste que la disposition suivante qui définit le professionnel embrasse la « *personne physique* » et la « *personne morale* »⁶⁹⁹. Le syndicat demandeur au pourvoi devrait donc en principe être exclu du bénéfice du mécanisme des clauses abusives du seul fait de sa qualité de personne morale. Cette qualité est supposée rendre inutile toute recherche portant sur le critère matériel de la qualification de consommateur, savoir la conclusion du contrat à des fins étrangères à une activité professionnelle. Au surplus, et pour reprendre une forte expression extraite d'un autre contexte, « *la directive ne peut avoir pour vocation de se saborder* »⁷⁰⁰. Dans le présent cas de figure, la directive perdrait en cohérence en posant sans ambiguïté une définition précise du consommateur tout en permettant aux Etats membres de la vider de sa substance. Toutefois, ce positionnement univoque du droit communautaire ne dissipe qu'en apparence le doute sur la notion de consommateur⁷⁰¹ qui doit pouvoir inclure la personne morale. En effet, la Cour de justice des communautés européennes se prononçait en 2001 dans un litige où la loi italienne de transposition de la directive de 1993 définissait le consommateur en recopiant servilement l'article 2, sous b), de cette directive⁷⁰². Le contexte du droit français est bien différent.

⁶⁹⁶ CJCE 25 avr. 2002, Comm. CE c/ Rép. française [aff. C-52/00], Comm. CE c/ Rép. hellénique [aff. C-154/00], et Gonzalez Sanchez, aff. C-183/00, JCP 2002. I. 153, n° 9, obs. LUBY M.

⁶⁹⁷ CHAZAL J.-P., Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997 p. 260

⁶⁹⁸ CJCE, 22 nov. 2001, préc.

⁶⁹⁹ BOUJEKA A., Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français, D. 2005 p. 1948

⁷⁰⁰ ROBIN-OLIVIER S. et BERGE J.-S., La difficile question de la marge de manœuvre conférée par le droit communautaire aux droits nationaux dans la transposition des directives ..., in chron. n° III du CEJEC, LPA 19 mai 2003, p. 9, spéc. p. 11.

⁷⁰¹ CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, Précis Dalloz, 8e éd. 2010, n° 178, p. 198

⁷⁰² BOUJEKA A., Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français, D. 2005 p. 1948

b. – Le non-professionnel – une liberté d'interprétation

610. Le cas de la France présente, en l'occurrence, une particularité qui mérite d'être mentionnée. En diverses occasions, notamment dans le domaine des clauses abusives, la protection légale bénéficie au consommateur ainsi qu'au « non-professionnel ». Dans la mesure où ce terme est inconnu des directives communautaires, la Cour de cassation française a pu décider que le juge national restait libre de l'interprétation à donner à ce terme et qu'ainsi rien n'empêchait de l'appliquer au profit de personnes morales⁷⁰³.

611. La conception extensive de la notion de consommateur part de l'idée juste selon laquelle il existe des professionnels qui se trouvent dans des situations de faiblesse économique équivalentes à celles du consommateur. Les arguments en faveur de cette conception se sont fondés sur le texte de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 qui oppose les professionnels, d'une part, et les « non-professionnels ou consommateurs », d'autre part. En partant du principe de rationalité du législateur, il est impossible de considérer ces deux derniers termes comme des synonymes. Le syntagme « non-professionnels » désignerait les personnes qui contractent pour les besoins de leur profession, mais en dehors de leur domaine habituel de compétence, ce qui justifierait une protection similaire à celle dont bénéficient les consommateurs⁷⁰⁴. Le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale a clairement opiné en faveur de l'acception large de la notion de consommateur : « Le mot consommateur qui figure dans le titre de la loi doit être interprété dans son sens le plus large et d'ailleurs le moins exact »⁷⁰⁵. Quand on sait que ce même président s'est élevé contre les pléonasmes législatifs⁷⁰⁶, il est peu probable que, dans l'esprit du législateur de 1978, le terme « non-professionnel » soit une pure redondance du mot « consommateur ». Pourtant, le manque de réflexion préalable et les circonstances préélectorales dans lesquelles la loi a été votée⁷⁰⁷ n'incitent pas à accorder de crédit à ces propos. D'ailleurs, l'année suivante, une réponse ministérielle a défini le « non-professionnel » comme « celui qui contracte en vue d'obtenir un bien ou un service pour satisfaire ses propres besoins, et non pas celui qui contracte un bien ou un service pour le revendre, le transformer ou l'utiliser dans le cadre de sa profession »⁷⁰⁸. Cette définition assimile, à l'évidence, le non-professionnel et le consommateur.

⁷⁰³ Cass.civ. 1^{re} 15 mars 2005, Bull.civ.I. n° 135 ; JCP G 2005,II,10114, note PAISANT G..

⁷⁰⁴ BERLIOZ G., *Droit de la consommation et droit des contrats*, JCP, éd. CI, 1979. II. 13019 ; CAS G. et FERRIER D., *Traité de droit de la consommation*, PUF 1983, n° 8.

⁷⁰⁵ JOAN 1977, p. 8598

⁷⁰⁶ JOAN 1977, p. 8591

⁷⁰⁷ BERLIOZ G., *article préc.*, spéc. n° 4

⁷⁰⁸ JOAN Q 1979, p. 3448

612. Cet argument de texte a de nouveau été discuté lors de la transposition en droit français de la directive européenne du 5 avril 1993, celle-ci consacrant, dans son article 2, b), une définition restrictive du consommateur, sans utiliser l'expression « non-professionnel » : « Toute personne physique qui [...] agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »⁷⁰⁹. Mais, dans la mesure où l'article 8 de la directive européenne de 1993 laisse aux États membres la possibilité d'instaurer ou de maintenir un niveau de protection plus élevé, la conception extensive du consommateur ne serait pas interdite⁷¹⁰. Le débat est paradoxalement relancé avec la loi du 1^{er} février 1995⁷¹¹ dont l'un des objectifs était de retranscrire en droit interne la directive de 1993 relative aux clauses abusives. En effet, l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation⁷¹² dispose désormais : « 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 ». Selon M. Paisant⁷¹³, l'article définit « du » précédant le mot « consommateur » écarte l'hypothèse de la redondance et révèle la volonté du législateur d'appliquer à certains professionnels les dispositions protectrices des consommateurs. Même si les travaux parlementaires préparatoires corroborent cette opinion⁷¹⁴, cette modification rédactionnelle ne permet pas de trancher le débat⁷¹⁵.

613. Ainsi, après un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 15 mars 2005⁷¹⁶ et la loi du 3 janvier 2008 sur le développement de la concurrence et de la consommation⁷¹⁷, la notion de non-professionnel revient à l'ordre du jour et suscite un regain d'intérêt.

⁷⁰⁹ HUET J., *Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives*, JCP, éd. E, 1994.309 ; TENREIRO M., *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, *Contrats, conc., consom.* 1993, chron. 7 ; TESTU F.-X., *La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives*, *Dalloz Affaires* 1996.372 ; TROCHU M., *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, *D.* 1993, chron. 315 ; PAISANT G., *Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives*, JCP 1994. I. 3772

⁷¹⁰ HUET J., *article préc.* Toutefois CJCE 22 nov. 2001, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, JCP 2002. II. 10047, note PAISANT G., *Petites affiches* 22 mai 2002, n° 102, p. 16, note NOURISSAT C., *RTD civ.* 2002.397, obs. RAYNARD J.

⁷¹¹ CHAZAL J.-P., *Le consommateur existe-t-il ?*, *D.* 1997 p. 260

⁷¹² Anc. L. 10 janv. 1978, art. 35

⁷¹³ PAISANT G., *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995*, *D.* 1995, chron. 99, spéc. n° 17

⁷¹⁴ CHARIE J.-P., *Rapport*, Doc. AN n° 1775, 1994-1995, p. 12 ; GHESTIN J. et MARCHESSAUX-VAN MELLE I., *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives*, JCP 1995. I. 3854 ; BOUT R. [sous la dir. de], *Lamy Droit économique* 2002, n° 4641 et 4649

⁷¹⁵ RAYMOND G., obs. *Contrats, conc., consom.* 1995, comm. 56

⁷¹⁶ *Ibidem*

⁷¹⁷ JO 4 janvier 2008, p.258

614. Cette notion était apparue dans la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, celle des lois Scrivener relative aux clauses abusives. Celle-ci prévoyait en effet, en son article 35, que des décrets pourraient être pris pour interdire de telles stipulations injustes « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs »⁷¹⁸. Les notions de non-professionnel et de clauses abusives se trouvaient ainsi liés par leur naissance.

615. Le projet qui allait devenir la loi du 10 janvier 1978 n'entendait protéger que le « consommateur » contre les clauses abusives des contrats⁷¹⁹. Mais, alors qu'en première lecture le Sénat avait accepté cette rédaction, l'Assemblée Nationale décida de protéger « le non-professionnel » dans le but d'apporter de la « certitude » sur ce point capital de la détermination des contrats concernés par le texte nouveau ...⁷²⁰ C'est donc par souci de conciliation entre les deux Assemblées qu'en commission mixte paritaire il fut décidé de joindre les deux termes en multipliant ainsi par deux les difficultés d'interprétation⁷²¹.

616. La première question à s'être posée a été celle de savoir si « consommateur » et « non-professionnel » représentaient une seule et même notion ou si ces deux expressions devaient être comprises de manière différente. Pour certains⁷²², la loi exprimait une redondance, la notion de non-professionnel se confondant avec celle de consommateur entendu comme le contractant désireux d'obtenir un bien ou un service en vue de satisfaire un besoin personnel ou familial.

617. En revanche, pour d'autres⁷²³, la loi ayant plus largement pour but de réglementer les contrats d'adhésion, son domaine d'application ne pouvait se restreindre à la notion de consommateur ; il était étendu aux non-professionnels. Au demeurant, à l'occasion des débats parlementaires, le Président de la commission des lois de l'Assemblée Nationale n'avait-il pas relevé, à propos du même article, qu'il convenait « d'éviter une redondance peu souhaitable dans un texte législatif »⁷²⁴?

618. Dans le même esprit, la Commission des clauses abusives alors instituée se voyait attribuer compétence pour connaître des modèles de convention habituellement proposés « par les professionnels à leurs contractants non-professionnels ou consommateurs ». Et le premier décret d'application du 24 mars du 1978 allait naturellement conserver le même domaine d'application.

619. Pour sa part, la Commission des clauses abusives nouvellement installée, suggérait, de manière très pragmatique, trois interprétations possibles selon les situations et les

⁷¹⁸ PAISANT G., Retour sur la notion du non-professionnel, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross, p.231

⁷¹⁹ Doc. Ass. Nat. n° 3154, I^{re} sess. ord. 1977-78, p. 24.

⁷²⁰ Décl. Foyer, JOAN (CR) 13 déc. 1977, p. 8590.

⁷²¹ PAISANT G., art. préc. p.233

⁷²² MALINVAUD Ph., « La protection des consommateurs », D. 1981. Chron. 49, n° 2.

⁷²³ PIZZIO. J.-P. , « L'introduction de la notion de consommateur », D. 1982. Chron. 91, n°21

⁷²⁴ Décl. Foyer, JOAN(CR) 13 décembre 1977, p.8591.

appréciations judiciaires⁷²⁵. Tout d'abord, le non professionnel pourrait être «celui dont la profession est différente de celle exercée par son cocontractant». Ce serait donc la personne contractant en situation d'infériorité technique par rapport à l'autre partie. Dans une deuxième interprétation, l'expression légale désignerait celui qui conclut un contrat pour des besoins autres que professionnels, ce qui reviendrait alors à le confondre avec le consommateur. Enfin, la Commission songeait à celui qui offre de façon non habituelle un produit ou un service.

620. Au visa de cette même loi, un décret du 22 décembre 1987⁷²⁶ continua de lier le sort du non-professionnel à celui du consommateur pour la présentation des écrits constatant les contrats relatifs à la garantie et aux services après vente de divers appareils d'équipement ménagers énumérés par un arrêté complémentaire⁷²⁷. Puis, à l'occasion de la transposition de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives par la loi du 1er février 1995, non seulement l'expression de non-professionnels, pourtant ignorée du texte communautaire, fut maintenue dans le nouvel article L. 132-1 du Code de la consommation, mais encore étendue à la question de l'interprétation des contrats conclus avec les professionnels⁷²⁸.

621. Aujourd'hui, après la loi du 3 janvier 2008, les non-professionnels viennent de conquérir de nouveaux territoires jusqu'alors réservés aux consommateurs: celui de la reconduction des contrats⁷²⁹ et celui des contrats de services de communications électroniques⁷³⁰. Les arguments de texte sont, en effet, trop faibles pour emporter la conviction. La vraie question est celle de l'opportunité de protéger certains professionnels en leur permettant d'invoquer les dispositions du Code de la consommation relatives à l'élimination des clauses abusives. On peut penser que ce détour par le droit de la consommation est inutile, puisque le droit commun des contrats est suffisamment armé pour les éliminer lorsqu'elles sont conclues entre professionnels. Mais, si l'on ne partage pas cette opinion, le seul moyen de protéger ceux d'entre eux qui se trouvent en situation de faiblesse ou de dépendance économique est de « briser cette distinction trop manichéenne entre consommateurs et professionnels »⁷³¹. Reste à s'entendre sur les critères d'extension de la notion de consommateur ou, ce qui revient au même, sur les critères de définition du non-professionnel.

⁷²⁵ Rapport d'activité pour 1978, BOSP 13 juin 1979, p. 172.

⁷²⁶ JO 29 décembre 1987, p.15328, actuellement, art.R.211-1 s. Code de la consommation

⁷²⁷ Arrêté 22 déc. 1987, JO préc, p. 15330.

⁷²⁸ Art. L. 133-2 C. consom.

⁷²⁹ Art. L. 136-1 C. consom.

⁷³⁰ Art. L. 121-85 C. consom

⁷³¹ MESTRE J., Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine, Mélanges Breton-Derrida, 1991, Dalloz, p. 252 et s. ; V. aussi du même auteur, obs. RTD civ. 1987.87 et 1995.362

2 – Les enjeux

622. Plus on étend le cercle des bénéficiaires de la protection, moins la protection apparaît forte et la loi de protection des consommateurs devient le nouveau droit de consommation en remplacement du droit civil. Comme écrivait le professeur Paisant G., « plus la définition retenue sera étroite, plus le caractère protecteur de ces dispositions sortira renforcé, de même que le caractère d'exception du droit de la consommation ; plus, au contraire, la définition sera large, moins le caractère protecteur de ce droit sera mis en valeur, ceux s'en trouvant exclus apparaissant alors soumis à un statut spécial, comme par inversion du principe et de l'exception »⁷³².

623. Ce choix nous paraît justifié tant au regard des textes tels qu'ils sont aujourd'hui applicables **(a)** que dans la perspective d'une éventuelle réforme législative sur la détermination des bénéficiaires des textes sur les clauses abusives **(b)**, notamment⁷³³.

a. - De lege lata

624. Si l'actuelle rédaction de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ouvre la protection contre les clauses abusives aux professionnels, cette ouverture, de notre point de vue, devrait rester limitée. Certes, dans le Code de la consommation, il existe des situations dans lesquelles la protection instaurée par le législateur vise sans distinction les professionnels et les particuliers. Ainsi en est-il des dispositions sur la sécurité des consommateurs, car on concevrait mal que seule l'intégrité physique d'une catégorie de personnes en particulier mérite d'être préservée par opposition à celle des autres. Mais, dans les relations contractuelles, il en va différemment. Le droit de la consommation, à travers le Code qui l'incarne, n'a plus ici pour fonction de régir indistinctement les rapports entre les particuliers et les professionnels ou entre professionnels. En l'occurrence, seule une catégorie de contractants est protégée ; et elle l'est contre l'autre⁷³⁴. Dans ces conditions, c'est seulement à titre exceptionnel que des professionnels peuvent être appelés au bénéfice des textes de protection contre les clauses abusives des contrats. Ces derniers n'expriment pas le droit commun, mais justement un droit d'exception.

⁷³² PAISANT G., A la recherche du consommateur, La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 26 Mars 2003, I 121

⁷³³ PAISANT G., La protection par le droit de la consommation, dans Les clauses abusives entre professionnels sous la direction de JAMIN Ch et MAZEAUD D., Economics, 1998, p.28

⁷³⁴ Il y a déjà plus d'un demi siècle, Ripert écrivait « Est-il juste pourtant de traiter de façon égale le professionnel qui, en contractant, fait un acte qui rentre dans l'exercice de sa profession, dont il connaît le sens et doit comprendre la portée, et la personne qui s'adresse à lui en toute confiance... ? Cette personne souvent n'a aucune compétence pour discuter les conditions de son contrat », Ebauche d'un droit civil professionnel, in Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Topos Verlag AG, DUCHEMIN E., 1997, p. 684.

625. Dans cette vision des choses, il ne nous paraît pas possible de faire bénéficier des dispositions de l'article L.132-1 ceux qui contractent pour les besoins de leur activité professionnelle, c'est-à-dire pour permettre ou développer cette activité, ou encore en améliorer les conditions d'exercice. Est-il en effet déraisonnable de penser que ceux qui agissent ainsi, en tant que chefs d'entreprise, sont en mesure d'apprécier la pertinence ou l'opportunité des contrats qu'ils signent et de veiller par eux-mêmes à la sauvegarde de leurs propres intérêts ?

626. Le critère des besoins professionnels, qui considère la finalité de l'opération conclue, paraît moins incertain que celui de l'ignorance du cocontractant, ou encore celui du « rapport direct » actuellement retenu par la Cour de cassation. C'est en toute hypothèse celui adopté dès l'origine par la Commission des clauses abusives⁷³⁵. Dans cette perspective, les professionnels bénéficiaires des dispositions de l'article L. 132-1 seraient non seulement ceux qui agissent pour la satisfaction de besoins à caractère personnel ou familial - le droit de la consommation n'est pas réservé « aux oisifs », mais encore ceux qui contractent simplement à l'occasion de l'exercice de leur profession à l'instar de n'importe quel autre consommateur.

627. Une solution, en toute hypothèse, nous paraît devoir être écartée, celle qui consisterait à abandonner aux juges du fond le soin de déterminer souverainement quels sont les « non professionnels » de l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

628. Un tel système serait, ainsi que le montre l'actuelle jurisprudence des cours d'appel⁷³⁶, source de désordres et d'insécurité juridique. Qu'est-ce qui justifierait que le « non-professionnel » ou le consommateur soit entendue différemment selon qu'on plaide à Chambéry, à Lyon ou à Grenoble ? La détermination des bénéficiaires de la protection de l'art. L.132-1, comme de ceux des lois sur le démarchage ou le crédit à la consommation notamment, devrait s'effectuer selon des principes directeurs communs. Cette détermination est une question de droit mettant en jeu la cohérence qui a présidé à l'élaboration du Code de la consommation. On peut

⁷³⁵ Rapp. d'activité pour 1978, préc., note 4, n° 8 ; cf. dans le même sens, avis 14 sept. 1993, Contrats, Concur., consom., mai 1994, Com., 92, obs. crit. MAZEAUD D.; 28 avr. et 20 mai 1994, BOCCRF 30 mai 1995, p. 181 ; 24 oct. 1996, BOCCRF 15 mai 1997, p. 342. Adde, en doctrine, CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e éd. Dalloz, 2010, n° 10 ; GHESTIN J., La formation du contrat, 3e éd. LGDJ 1993, n° 77 ; FLOUR J. et AUBERT L., Les obligations, t. 1, 7e éd. Armand Colin, 1996, n° 192 ; SINAY-CYTERMANN A., Protection ou surprotection du consommateur, JCP 1994, I, 3804, n° 15 ; LEVENEUR L., note sous Cass. com., 10 mai 1994, Contrats, concur., consom., 1994, Com., 155 ; en sens contraire sur l'argument de l'état d'infériorité de certains professionnels : BEAUCHARD J., Remarques sur le Code de la consommation, in Ecrits en hommage à Gérard Cornu, PUF 1994, p. 9 et s., nos 21 et s. ; GUYON Y., Droit des affaires, t. 1, 8e éd. Economica, 1994, n° 898 ; LARROUMET Ch., Droit civil, t. 3, 3e éd. Economica, 1996, n° 125 ; MAZEAUD D., obs. sous Cass. com., 10 mai 1994, D. 1995. Somm. 89 ; MESTRE J., obs. RTD civ. 1987, p. 537.

⁷³⁶ Cf. par exemple, à propos des contrats de location de matériels divers (photocopieurs, électronique, téléphones...) conclus par des sociétés commerciales : certaines sont protégées

même penser qu'il s'agit la d'une question de principe autorisant, en l'absence de précision dans la loi, l'intervention de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation⁷³⁷.

b. - De lege ferenda

629. Si une réforme devait avoir lieu, nous proposerions volontiers la suppression, dans l'article L. 132-1 du Code de la consommation, de la notion de « non professionnel » compte tenu des effets perturbateurs qu'elle engendre. Il en résulterait que la protection organisée par ce texte serait déniée non seulement au professionnel agissant pour les besoins de son entreprise, mais encore à celui qui contracterait à l'occasion de l'exercice de son activité rémunérée.

630. Une telle solution présenterait de multiples avantages. En premier lieu, elle assurerait une meilleure cohérence au sein même du Code de la consommation. L'harmonisation serait ainsi faite avec la jurisprudence qui, pour l'application de l'actuel article L. 331-2, définit les dettes professionnelles exclues de la notion même de surendettement comme étant celles « nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle » du débiteur⁷³⁸. Elle le serait aussi avec les dispositions des articles L. 421-1 et suivants sur l'action en justice des associations de consommateurs. Quand, par exemple, l'article L. 421-6 met en œuvre l'action en suppression de clauses abusives, peut-on imaginer que cette action soit l'œuvre d'une association de « non professionnels » au sens de l'actuel article L. 132-1 ?⁷³⁹

631. En deuxième lieu, par la diminution du cercle des personnes protégées, cette protection contre les clauses abusives, ainsi que l'a bien observé M. Laurent Leveneur⁷⁴⁰ s'en trouverait d'autant renforcée. En outre, une source - inutile - d'insécurité juridique disparaîtrait. La suppression de la notion de non professionnel entraînerait dans son sillage la fin des interrogations, pour déterminer si tel contrat a ou n'a pas de rapport direct avec l'activité professionnelle de l'intéressé, ou s'il a été conclu pour les besoins de cette activité ou seulement à l'occasion de celle-ci, ou encore si le prétendant à la protection consumériste était dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur... La notion de clause abusive est déjà suffisamment imprécise pour qu'on y ajoute les incertitudes inhérentes à la notion de non professionnel⁷⁴¹.

⁷³⁷ PAISANT G., La protection par le droit de la consommation, in Les clauses abusives entre professionnels sous la direction de JAMIN Ch et MAZEAUD D., Economics, 1998, p.28

⁷³⁸ Cass. civ. I^{re} 31 mars 1992, Bull. civ. I, n° 107 ; RTD. com. 1992.457, obs. PAISANT G. ; D. 1992, Somm. 406, obs. Fortis ; Contrats, conçut., consom. 1992, n° 123, obs. RAYMOND G.

⁷³⁹ PAISANT G., op.cit., p.29

⁷⁴⁰ Note sous Cass. com., 10 mai 1994, préc, note 25.

⁷⁴¹ PAISANT G., La protection par le droit de la consommation, in Les clauses abusives entre professionnels sous la direction de JAMIN Ch et MAZEAUD D., Economics, 1998, p.28

632. Dans une relation contractuelle entre deux professionnels, les deux parties ne sont pas toujours égales et que l'une peut être tentée de profiter de sa domination⁷⁴². Mais même ce cas, et sans remettre en cause la finalité du droit de la consommation⁷⁴³, le professionnel qui contracterait en état de faiblesse ne serait pas pour autant privé de tout secours. La jurisprudence récente montre que le droit commun pourrait utilement être invoqué pour remédier aux abus les plus graves. Comment ne pas penser, par exemple, à ce fameux arrêt Chronopost du 22 octobre 1996⁷⁴⁴ qui, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, invalide la clause par laquelle l'une des parties cherchait à limiter sa responsabilité pour manquement à son obligation essentielle ou encore à celui du 6 décembre 1989⁷⁴⁵ qui laisse entendre qu'à la condition de montrer en quoi la clause litigieuse serait constitutive d'un abus celle-ci serait privée d'effet en vertu de l'article 1134 du Code civil et l'article L.442-6 du Code du commerce.

633. Pour notre part, c'est donc plutôt vers le droit commun que nous inciterions les professionnels contractant en situation d'infériorité à rechercher les remèdes aux abus dont ils seraient victimes. Pour préserver cette équité il nous semble inopportun aussi bien de risquer de dénaturer le droit de la consommation en le sollicitant indûment que de créer un régime spécial de protection entre professionnels qui ne ferait qu'ajouter à la complexité du droit positif.

B) – Les questions pratiques

634. La pratique judiciaire attire l'attention sur deux questions concrètes: une personne morale peut-elle être consommateur? **(1)** et le professionnel contractant avec un autre professionnel peut être consommateur ? **(2)**. Il est aussi important de donner les arguments pour le choix extensif quand les épargnants faisant des actes de placement sont considérés comme des non-professionnels **(3)**. Examinons successivement chacune de ces trois situations.

1 – L'application de la protection aux personnes morales

635. Par principe, le consommateur semble être une personne physique. C'est du moins ce qu'a confirmé une série des arrêts de la Cour de Cassation : l'arrêt de la Cour de Cassation du 15 mars 2005 **(a)**, l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2011 **(b)**, l'arrêt de la Cour de cassation du 6 septembre 2011 **(c)**.

⁷⁴² CHAZAL J. P., De la puissance économique en droit des obligations, th. Grenoble II, 1996 ; supra, n° 13.

⁷⁴³ PAISSANT G., op.cit.p.29

⁷⁴⁴ Bull. civ. IV, n° 261 ; D. 1997.121, note SERIAUX A.; Defrénois 1997, art. 36516, n° 20, obs. MAZEAUD D.; JCP1997 éd. E.II.924, note Adom ; DELEBECQUE Ph., Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? D. Affaires 1997, 235 et s.

⁷⁴⁵ Bull. civ. I, n° 379 ; D. 1990.289, note Ghestin J.; JCP 1990.11.21534, note DELEBECQUE Ph.

a. L'arrêt de la Cour de Cassation rendu le 15 mars 2005

636. En effet, l'arrêt de la Cour de Cassation rendu le 15 mars 2005. se fonde sur l'arrêt du 22 novembre 2001 de la Cour de justice des Communautés européennes aux termes duquel « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b) de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques». Mais elle ajoute que « la notion distincte de non-professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ».

637. Selon l'arrêt du 15 mars 2005, le Syndicat D..., a conclu avec la société E... un contrat de location de matériel informatique avec option d'achat, qui s'est trouvé tacitement reconduit à compter de février 1997 ; qu'il était stipulé : « à l'expiration de la période initiale de location, et à condition que le locataire ait exécuté l'intégralité de ses obligations au titre du présent contrat ou de tout autre conclu entre le loueur et lui, le locataire aura la faculté, avec un préavis de neuf mois, soit :

A - d'acquérir l'équipement dans l'état où il se trouvera. Le prix de cette acquisition sera payable comptant, et égal à la valeur résiduelle de l'équipement à la date d'acquisition mentionnée aux conditions particulières, majoré de toutes taxes ou charges applicables au jour de la vente. La propriété de l'équipement ne sera transférée qu'à la date de complet paiement de la valeur résiduelle. En conséquence, jusqu'à cette date, le locataire restera tenu du respect de ses obligations au titre du présent contrat ;

B - de restituer l'équipement au loueur ;

C - de demander le renouvellement de la location par la signature d'un nouveau contrat, auquel cas les conditions de la nouvelle location devront être déterminées d'un commun accord. Si le locataire omet d'aviser le loueur de son choix dans les formes et délais requis, la location se poursuivra par tacite reconduction et chacune des parties pourra y mettre fin à tout moment en respectant un préavis de neuf mois sauf si le loueur s'oppose à cette tacite reconduction en avisant le locataire par lettre recommandée avec accusé de réception postée un mois au moins avant la date d'expiration de la location » .

638. La Cour de cassation, en l'espèce, refuse la protection au Syndicat D...non pas au motif qu'il était une personne morale, mais parce qu'il avait contracté « en qualité de professionnel». Cette décision du 15 mars 2005 ne veut pas dire que, désormais, en France, toutes les personnes morales vont pouvoir profiter de la protection consumériste contre les

clauses abusives. « Elle signifie seulement qu'en tant que non-professionnel elles vont pouvoir en bénéficier aux mêmes conditions que les personnes physiques. Ni plus, ni moins »⁷⁴⁶.

639. L'arrêt rendu le 15 mars 2005 par la première Chambre civile de la Cour de cassation juge donc que le non-professionnel peut être une personne morale. En ce sens elle devrait à la fois clarifier le champ d'application des dispositions portant sur les clauses abusives et nourrir le débat toujours vif sur la notion de consommateur. Le non-professionnel peut bénéficier de la protection accordée au consommateur par l'article L. 132-1 du Code de la consommation en matière de lutte contre les clauses abusives. Le législateur français a fait ce choix dès l'origine de la lutte contre les clauses abusives⁷⁴⁷. A l'occasion de la transposition de la directive européenne n° 93/13 du 5 avril 1993 par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, il a maintenu ce choix, en se fondant sur le caractère minimal de la protection accordée par ce texte, l'article 8 de la directive ayant laissé la faculté aux Etats membres d'adopter ou de maintenir des « dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau plus élevé de protection des consommateurs ». D'autres pays de l'Union européenne (Espagne, Belgique) se sont également engagés dans cette voie⁷⁴⁸.

640. Cet arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de la cassation, qui affirme que la notion de non-professionnel n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives, intervient donc dans un débat qui a pu être considéré un temps comme clos⁷⁴⁹. Les Hauts magistrats prennent soin de rappeler dans un premier temps, mots pour mots, la solution de la CJCE. Ils revendiquent ainsi une interprétation conforme à la finalité de la directive. Dans la mesure où ce n'est pas la notion de consommateur qui est ici en jeu, mais celle de non-professionnel, ni l'article L. 132-1, ni la jurisprudence tirée de celui-ci ne sont contraires à la directive⁷⁵⁰.

641. Dans un deuxième temps, ils interprètent classiquement le texte de l'article L. 132-1 et en tirent la solution aux termes de laquelle le non-professionnel en cause, une personne morale, ne pouvait bénéficier de la protection, dès lors que le contrat en cause avait été conclu en sa qualité de professionnel. En l'occurrence, il s'agissait d'un syndicat professionnel constitué entre éleveurs, dont l'objet était de réaliser des opérations de contrôle de performance, d'état civil et d'identification des animaux, lequel avait conclu un contrat de location de matériel informatique. L'on peut se demander pourquoi les Hauts magistrats n'ont pas employé la notion

⁷⁴⁶ BRUNAT E., PAISANT G., Remarques sur la notion de consommateur dans le droit de l'Union Européenne, Droit Européen et Droit Comparé, Académie Nationale de Kiev T. Chevtchenko et Académie des Sciences d'Ukraine, p. 278-291

⁷⁴⁷ Décr. n° 78-764, 24 mars 1978, art. 35

⁷⁴⁸ PAISANT G, note sous CJCE, 22 nov. 2001, JCP 2002, II, n° 10047

⁷⁴⁹ RAYMOND V. G., note préc. in fine

⁷⁵⁰ RONDEY C, Clause abusive : une personne morale est protégeable..., Recueil Dalloz 2005 p. 887

maintenant classique de rapport direct avec l'activité professionnelle. Dans tous les cas, un tel contrat était en rapport direct avec l'activité de ce syndicat, l'outil informatique participant à la réalisation de l'objet du syndicat⁷⁵¹.

642. Même si, en l'espèce, la personne morale non-professionnelle n'a pu bénéficier de la protection accordée par la loi, cet arrêt relance donc le débat de l'extension de la protection accordée au consommateur personne physique aux non-professionnels personnes morales en matière de clauses abusives. Les magistrats du fond vont, à n'en pas douter, utiliser cette jurisprudence : ils s'étaient montrés enclins à protéger une association, un syndicat, un groupement, en considération de leur inexpérience, de leur composition particulière et du but parfois non lucratif de l'activité, ce dans tous les domaines du droit de la consommation.

643. La jurisprudence restrictive rendue ces dernières années par les Hauts magistrats avait freiné cette tendance. En matière de démarchage, la Cour de cassation a explicitement exclu les personnes morales de la protection accordée par l'article L. 121-21, celui-ci désignant la personne physique⁷⁵². En matière de crédit à la consommation, les magistrats ont estimé qu'une association exerçant une activité professionnelle ne relevait pas de ces dispositions, alors même que celle-ci est dépourvue de but lucratif⁷⁵³. Cet arrêt pourrait donc inciter certains magistrats à rechercher au cas par cas les conditions dans lesquelles les conventions sont passées et à étendre ainsi le champ d'application du droit de la consommation⁷⁵⁴.

b. L'arrêt de la Cour de Cassation du 23 juin 2011

644. Par l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2011⁷⁵⁵, pour l'interprétation de l'article L. 136-1 du Code de la consommation dans sa rédaction du 3 janvier 2008, continue de juger, négativement, que les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels sans, positivement, se prononcer sur le contenu de cette notion⁷⁵⁶.

645. En l'espèce, un syndicat de copropriétaires, sur le fondement de ce dernier texte, initialement voté⁷⁵⁷ au profit des seuls « consommateurs » et dont le bénéfice a été étendu aux « non-professionnels » par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, cherchait à faire échec à une clause de reconduction de plein droit d'un contrat annuel d'entretien liant les parties depuis 2004.

⁷⁵¹ RONDEY C, art. préc.

⁷⁵² Cass. 1re civ., 15 déc. 1998, Dalloz Affaires 1999, p. 413, obs. C. R. ; D. 2000, Somm. p. 39, obs. PIZZIO J.-P. ; CA Toulouse, 19 juin 2003, Contrats, conc., consom. 2003, comm. n° 171, obs. RAYMOND G.

⁷⁵³ Cass. 1re civ., 23 mars 1999, Bull. civ. I, n° 106 ; D. 2000, Somm. p. 41, obs. PIZZIO J.-P.

⁷⁵⁴ RONDEY C, Clause abusive : une personne morale est protégeable..., Recueil Dalloz 2005 p. 887

⁷⁵⁵ Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-21.583, P+B, SARL Klekoon c/ SARL Ozon'Eco : JurisData n° 2011-018285

⁷⁵⁶ PAISANT G., Les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels, note dans la Semaine Juridique Edition Générale n° 41, 10 Octobre 2011, 1080

⁷⁵⁷ L. n° 2005-67, 28 janv. 2005

646. Saisie du litige, la juridiction de proximité rejeta cette prétention au motif que l'article L. 136-1 « vise exclusivement les personnes physiques » et que, par conséquent, « il ne peut s'appliquer au syndicat de copropriétaires qui est une personne morale ». Mais la Cour de cassation casse cette décision au motif, notamment, que « les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions susvisées [dans leur rédaction de 2008], applicables à la reconduction des contrats ». Cet arrêt invite ainsi à revenir sur cette notion de non-professionnel⁷⁵⁸.

647. Apparue avec la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur les clauses abusives, puis réutilisée, en 2008, dans les domaines de la reconduction des contrats⁷⁵⁹ et des contrats de services de communications électroniques⁷⁶⁰, la notion de non-professionnel, dans l'esprit du législateur, était destinée à permettre l'extension de la protection consumériste à des personnes physiques agissant dans le cadre de leurs besoins professionnels car nombre d'entre elles, faisait-on valoir⁷⁶¹, se trouvent dans la même situation que des consommateurs au regard de la gestion courante de leurs contrats. Dans cette conception des choses, le non-professionnel ne serait donc, paradoxalement, qu'un professionnel contractant en situation de faiblesse par rapport à un autre professionnel, en particulier parce que contractant en dehors de son domaine de compétence.

648. Sous cet aspect, la décision de la juridiction de proximité apparaissait parfaitement conforme : le syndicat des copropriétaires n'était ni une personne physique, ni un professionnel. De surcroît, elle paraissait se recommander d'un arrêt du 2 avril 2009⁷⁶² qui, précisément pour l'interprétation de l'article L. 136-1, avait décidé que celui-ci, « qui s'applique exclusivement au consommateur, ne concerne que les personnes physiques ».

649. Néanmoins, la cassation prononcée ne doit pas surprendre ; pour deux raisons complémentaires. La première tient à ce que cette jurisprudence de 2009 était relative à une autre rédaction de cet article L. 136-1 : celle que lui avait donnée la loi du 28 janvier 2005 applicable aux seuls contrats conclus entre professionnels et « consommateurs » par opposition à la version 2008 dont a connu l'arrêt rapporté et qui protège désormais aussi bien les consommateurs que les non-professionnels. Donc les bases du raisonnement étaient différentes.

650. Il apparaît donc, que la Cour de cassation entend retenir une conception unitaire de la notion de non-professionnel quel que soit le texte du Code de la consommation qui le mentionne.

⁷⁵⁸ PAISANT G., Retour sur la notion de non-professionnel, in Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross : PU Nancy, 2009, p. 231 s. ; REY F.-A., Les difficultés d'application de la loi du 3 janvier 2008 : le non-professionnel en question : Rev. Lamy dr. aff. 2009, p. 108).

⁷⁵⁹ C. consom., art. L. 136-1

⁷⁶⁰ C. consom., art. L. 121-85

⁷⁶¹ Rapport G. Cornu : Rapp. Sénat n° 111, 2007-2008, p. 98

⁷⁶² Cass. Ire civ., 2 avr. 2009, n° 08-11.231 : JurisData n° 2009-047838 ; JCP G 2009, note 238, PAISANT G. ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 182, note RAYMOND G. ; Gaz. Pal. 2010, 1, jurispr. p. 419, note PIEDELIEVRE S.

Les arrêts des 15 mars 2005 et 23 juin 2011 créaient la formule de la Cour de cassation qui laisse la porte ouverte pour l'accueil d'autres personnes à protéger sous cette rubrique de non-professionnel⁷⁶³. En toute hypothèse, il est bien clair que les juges français restent totalement libres de l'interprétation de cette notion de non-professionnel puisque celle-ci est ignorée du droit communautaire.

c. L'arrêt de la Cour de Cassation du 6 septembre 2011

651. Par son arrêt du 6 septembre 2011 la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a jugé que « l'article L. 136-1 du Code de la consommation, qui s'applique exclusivement au consommateur et au non-professionnel, ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales »⁷⁶⁴. Moins de trois mois après la première chambre civile⁷⁶⁵, c'est au tour de la chambre commerciale de la Cour de cassation de se prononcer, pour l'interprétation de l'article L. 136-1 du Code de la consommation, sur la notion, toujours en discussion, de non-professionnel⁷⁶⁶.

652. Cette fois-ci, le bénéfice de ces dispositions organisant une protection contre les clauses de reconduction de plein droit des contrats était revendiqué par une société commerciale ayant conclu un contrat de prestation de services auprès d'une autre société du même type⁷⁶⁷. En première instance, le tribunal de commerce de Bobigny avait jugé que la demanderesse pouvait effectivement, en tant que « non-professionnel », se prévaloir des dispositions précitées car, contrairement à son cocontractant, elle avait agi en dehors de son domaine de compétence professionnelle.

653. Cette décision est cassée par l'arrêt rapporté au motif que le dispositif protecteur de l'article L. 136-1, « qui s'applique exclusivement au consommateur et au non-professionnel, ne concerne pas les contrats conclus entre sociétés commerciales ». La première chose à remarquer est que cet arrêt ne contredit nullement celui de la première chambre civile du 23 juin 2011 retenant, dans le sillage de sa jurisprudence exprimée le 15 mars 2005 pour l'interprétation de l'article L. 132-1 sur les clauses abusives⁷⁶⁸, que « les personnes morales ne sont pas exclues de

⁷⁶³ PAISANT G., Les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels, note dans la Semaine Juridique Edition Générale n° 41, 10 Octobre 2011, 1080

⁷⁶⁴ Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-21.583, P+B, SARL Klekoon c/ SARL Ozon'Eco : JurisData n° 2011-018285

⁷⁶⁵ Cass. 1re civ., 23 juin 2011, n° 10-30.645 : JurisData n° 2011-012279 ; JCP G 2011, note 1080, PAISANT G.; JCP G 2011, doctr. 1141, n° 3, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD N.; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 226, note RAYMOND G.; JCP E 2011, 1660, note LEMAY P.

⁷⁶⁶ JCP E 2011, 1716, note BAZIN É..

⁷⁶⁷ PAISANT G., Une société commerciale n'est pas le non-professionnel du Code de la consommation, note dans la Semaine Juridique Edition Générale n° 45, 7 Novembre 2011, 1203

⁷⁶⁸ Cass. 1re civ., 15 mars 2005, n° 02-13.285 : JurisData n° 2005-027573 ; Bull. civ. 2005, I, n° 135 ; D. 2005, p. 1948, note BOUJEKA A.; JCP G 2005, II, 10114, note PAISANT G.; JCP E 2005, 769, note BAKOUCHE D.; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 100, note RAYMOND G; Defrénois 2005, p. 2009, note SAVAUX É.; RDC

la catégorie des non-professionnels ». Si, en effet, ces dernières ne sont pas écartées, il n'en résulte pas pour autant qu'elles sont toutes à même d'être admises au bénéfice de loi consumériste.

654. À l'instar de l'arrêt du 15 mars 2005, la décision ici rapportée refuse de considérer comme un non-professionnel, équivalent au consommateur, une personne morale ayant contracté en qualité de professionnel. Même si la Cour de cassation s'exprime de manière négative, on peut donc, dans la ligne de l'arrêt du 23 juin 2011, aujourd'hui considéré comme acquis que les personnes morales agissant en dehors d'une activité professionnelle pourront prétendre à cette qualité de non-professionnel.

655. La position de la Cour de cassation présente ici l'avantage de la cohérence. Il paraît parfaitement logique, en effet, que la notion de non-professionnel soit réservée à des personnes contractant en dehors d'une activité professionnelle⁷⁶⁹. En toute hypothèse, la cassation prononcée confirme clairement la condamnation de la jurisprudence inaugurée en 1987 par laquelle le professionnel ayant contracté en situation d'infériorité technique, « dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur », en dehors de sa spécialité, était admis à la protection du Code de la consommation⁷⁷⁰.

2 – L'application éventuelle à des professionnels contractant avec d'autres professionnels

656. L'absence de définition du consommateur dans le Code de la consommation alimente le contentieux et les controverses doctrinales. L'une des questions récurrentes est celle de savoir si un professionnel contractant avec un autre professionnel peut, dans certaines circonstances, être protégé en tant que consommateur. Il en résulte un caractère paradoxal de la question qui mérite d'être recherché **(a)**. Les décisions contradictoires et la grande insécurité juridique sur cette question conduisent à proposer la mise en œuvre de critères plus clairs et un contrôle de la Cour de cassation dans le souci de l'unité du droit **(b)**.

2005, p. 740, note FENOUILLET D.; RTD civ. 2005, p. 393, note MESTRE J. et FAGES B.; LPA 12 mai 2005, p. 12, note BERT D.

⁷⁶⁹ PAISANT G., Une société commerciale n'est pas le non-professionnel du Code de la consommation, note dans la Semaine Juridique Edition Générale n° 45, 7 Novembre 2011, 1203

⁷⁷⁰ Cass. Ire civ., 28 avr. 1987, n° 85-13.674 : JurisData n° 1987-000971 ; Bull. civ. 1987, I, n° 134 ; D. 1987, somm. p. 455, note AUBERT J.-L.; D. 1988, jurispr. p. 1, note DELEBECQUE Ph.; JCP G 1987, II, 20893, note PAISANT G.; RTD civ. 1987, p. 537, note MESTRE J.

a. – Le caractère paradoxal de la question

657. A tout le moins, la question est paradoxale. Comment *a priori* imaginer que le droit de la consommation, dont la raison d'être est d'assurer la protection des consommateurs, puisse aussi servir à protéger les professionnels, en particulier contre les clauses abusives des contrats ? La question paraît d'autant plus invraisemblable que non seulement dans le langage courant le terme « consommateur » se présente comme l'antonyme de « professionnel », mais aussi parce que, dans le droit des clauses abusives, plus précisément, c'est bien contre les professionnels que le législateur est intervenu. Le but de la loi est de faire disparaître les clauses abusives des contrats proposés par les professionnels à leur clientèle. L'action en suppression de clauses abusives, dans le Code de la consommation, est toujours dirigée contre un professionnel⁷⁷¹.

658. Dans cette logique, on est même conduit à dire que ce sujet est sans... objet : les professionnels sont ceux contre les clauses abusives desquels il convient d'être protégé et non ceux qui sont protégés ! Toutefois, si l'on renonce aux *a priori*, la jurisprudence montre que, non seulement la question de la protection des professionnels contre les clauses abusives des contrats par le droit de la consommation se pose, mais encore qu'elle se pose avec une réelle acuité. Les illustrations ne manquent pas. C'est par exemple le cas de l'agent immobilier ou de tout autre professionnel qui cherche à échapper aux clauses par lesquelles l'installateur du système d'alarme ou de tout autre matériel d'équipement commandé entend se dégager de toute responsabilité en cas de défaillance de celui-ci.

659. La pratique montre pourtant que des contrats inégalitaires sont également conclus entre professionnels, l'un étant en situation d'imposer sa loi à l'autre, le plus souvent pour des raisons économiques ou techniques. Dans ces conditions, spécialement quand le contrat est conclu en dehors de la spécialité professionnelle de l'intéressé ou dans des conditions telles que le déséquilibre est patent entre les droits et obligations respectifs des parties, on comprend que la partie faible, encouragée par le flou des dispositions du Code de la consommation, soit tentée de s'y référer pour obtenir satisfaction⁷⁷².

660. Ce contentieux concerne plus particulièrement, actuellement, la législation sur le démarchage à domicile et celle sur les clauses abusives. Dans le premier et le dernier cas, l'enjeu du litige est, ordinairement, la possibilité d'exercer le droit de repentir pour se dégager d'un contrat qui, après réflexion, se révèle particulièrement désavantageux. Dans le deuxième cas, il

⁷⁷¹ PAISANT G., A la recherche d'un consommateur, La Semaine Juridique Edition Générale n° 13, 26 Mars 2003, I 121

⁷⁷² Ibidem

s'agit d'éviter l'application d'une clause qui restreint abusivement les obligations de la partie forte ou aggrave de manière disproportionnée celles de la partie faible⁷⁷³.

b. – L'évolution de la jurisprudence

661. Dans la jurisprudence il existe un débat sur la possibilité pour un professionnel contractant avec un autre professionnel, de se voir reconnaître, dans certaines circonstances, la même protection qu'un consommateur et être en quelque sorte assimilé à ce dernier. Comme le Code de la consommation n'établit pas de définition juridique du consommateur, il convient de s'appuyer sur la jurisprudence pour déterminer les conditions qui doivent être réunies pour bénéficier de cette qualité. La question est d'importance car elle commande pour une large part le domaine d'application des dispositions du Code de la consommation, et plus particulièrement la législation les clauses abusives.

662. Sur cette question, la jurisprudence française a nettement évolué. Il appartient dès lors à la jurisprudence de déterminer les notions de consommateur et de non-professionnel. C'est pourquoi il a paru utile de faire le point des arrêts, qui ont marqué l'évolution, et notamment : les arrêts du 15 avril 1986 **(1)**, 28 avril 1987 **(2)**, 24 novembre 1993 **(3)**, 24 janvier 1995 **(4)** et les arrêts des 3 et 31 janvier 1996 **(5)**.

1) – L'arrêt du 15 avril 1986

663. Par l'arrêt du 15 avril 1986⁷⁷⁴, avait été refusé le bénéfice de la protection contre les clauses abusives à un agent d'assurance ayant contracté pour la publicité de son cabinet. Les juges avaient considéré que l'intéressé avait agi «en qualité de professionnel de l'assurance», circonstance faisant que la loi invoquée n'était pas applicable.

664. Pour la Cour de cassation, il résulte de l'article 35 que la protection qu'il institue ne peut être invoquée qu'à l'occasion de contrats passés entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs et que, par suite, cette disposition n'est pas applicable au contrat passé par un professionnel de l'assurance et pour la publicité de son cabinet avec une société chargée d'éditer et d'expédier des documents publicitaires.

665. On n'a pas pu ne pas voir dans cet arrêt une consécration de l'interprétation la plus étroite de la notion de consommateur⁷⁷⁵.

⁷⁷³ PAISANT G., art. prec.

⁷⁷⁴ 1^{re} Civ, 15 avril 1986, B. I n° 90. p 91. obs. MESTRE J. Rev. trim. dr. civ. 1978, p. 86 et AUBERT J.-L., Rép. Defrénois 1986, p. 787

⁷⁷⁵ AUBERT J.-L. obs. préc.

2) – L'arrêt du 28 avril 1987

666. Mais, l'année suivante, le 28 avril 1987⁷⁷⁶, la même Cour devait manifester sa préférence pour une conception plus élargie en admettant au bénéfice de la protection un agent immobilier qui avait contracté pour l'acquisition et la maintenance d'un système d'alarme pour ses locaux professionnels. On ne peut pas vraiment déterminer si, à cette occasion, la Cour entendait faire une distinction entre la notion de consommateur et celle de non-professionnel⁷⁷⁷, mais parce qu'elle refuse toute interprétation restrictive en la matière cette décision ne peut, dans le contexte actuel, passer inaperçue.

667. En l'espèce, une société Pigranel, exerçant l'activité d'agent immobilier, s'était adressée à la société Abonnement Téléphonique pour l'installation dans ses locaux d'un système d'alarme contre le vol. Mais à l'usage ce matériel ne donna pas satisfaction, les alertes étant aussi fréquentes qu'intempestives. C'est pourquoi la société Pigranel voulut dénoncer le contrat conclu avec la société venderesse. Cette dernière, qui assurait aussi la maintenance du système, refusa cette issue en invoquant plusieurs clauses de la convention libellées à son avantage : celle selon laquelle elle ne contractait dans tous les cas qu'une obligation de moyens et non de résultat ; celle qui prévoyait que les dérangements, quelle qu'en fût la cause, ne pourraient ouvrir droit ni à indemnité ni à résiliation du contrat et celle qui lui attribuait diverses indemnités quel que fût le motif invoqué pour mettre fin à ladite convention. Cela n'empêcha pas la société Pigranel d'assigner la société Abonnement Téléphonique en résiliation du contrat aux torts de cette dernière. A cette fin elle demandait au juge de considérer les clauses litigieuses comme non écrites, car abusives au sens de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 et de l'article 2 du décret n° 78-464 du 24 mars de la même année. Et, par arrêt du 19 mars 1985, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence lui a donné raison.

668. Ainsi, selon la Cour de cassation, le contrat conclu « échappait à la compétence professionnelle » de la société Pigranel « dont l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme ». Cette dernière se trouvait « donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ».

669. On sait en effet que la protection légale spécifique contre les clauses abusives profite seulement aux « non-professionnels ou consommateurs » dans leurs relations contractuelles avec des professionnels. Si, en l'espèce, la qualité de professionnel de la société Abonnement

⁷⁷⁶ Bull. civ. I. n° 134; D. 1987. Somm. 455, obs. AUBERT J.-L.; D. 1988. 1, note DELEBECQUE Ph.; JCP 1987. n. 20893, note PAISANT G.; RTD civ. 1987. 537, obs. MESTRE J.

⁷⁷⁷ PAISANT G., Retour sur la notion du non-professionnel, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross, p.234

Téléphonique ne prêtait pas à discussion, il était moins évident que son co-contractant fût un « non-professionnel ou consommateur » habile à se prévaloir des textes de 1978⁷⁷⁸.

670. En ne définissant pas cette notion de « non-professionnel ou consommateur » le législateur laissait le champ libre à toutes les interprétations. Leur enjeu pratique était et demeure le même : l'étendue ratione personae de la protection particulière contre les clauses abusives. Plusieurs questions viennent immédiatement à l'esprit. Faut-il voir dans la formule légale l'expression d'une assimilation entre le non-professionnel et le consommateur ou, au contraire, celle d'une distinction⁷⁷⁹ ? Si le « ou » de la loi énonce une différence, le problème de définition est multiplié par deux. Mais s'il est le signe d'une redondance, la question rebondit. Faut-il dire que tout consommateur est assimilé à un non-professionnel ou qu'à l'inverse seul un non-professionnel mérite d'être appelé consommateur ? La question n'est pas si byzantine qu'il y paraît car réduire le consommateur à un non-professionnel revient à limiter sérieusement le champ d'application de la loi de 1978. Par ailleurs, le bénéficiaire de cette loi est-il le même consommateur que celui que le législateur a entendu protéger en d'autres occasions, par exemple en matière de démarchage et de vente à domicile, dans le domaine de certaines opérations de crédit, pour assurer sa sécurité, ou encore pour l'exercice de l'action civile par des associations de défense de ses intérêts⁷⁸⁰.

671. Dans ce contexte, l'arrêt rapporté surprend puisqu'il range une société commerciale dans la catégorie protégée. Et, en insistant sur le manque de compétence professionnelle de cette société au regard du système d'alarme qu'elle s'était procuré, la Cour paraît bien abandonner la vision restrictive du consommateur au profit de celle, extensive, permettant d'englober un professionnel d'une autre spécialité. Bien que l'arrêt ne soit que de rejet, les apparences sont donc celles d'un revirement. L'agent d'assurance n'est pas plus un spécialiste de la publicité que ne l'est des systèmes d'alarme un agent immobilier. Ces apparences sont aussi celles d'une certaine incohérence du droit dans la définition du consommateur.

672. L'arrêt rapporté ne constitue pas en effet l'unique expression d'une idée nouvelle. Dans les relations contractuelles entre deux professionnels, la jurisprudence a naturellement tendance à protéger celui qui agit en dehors de sa sphère de compétence. Cela se vérifie en particulier quant à l'exercice de l'action en garantie des vices cachés contre le professionnel

⁷⁷⁸ PAISANT G., Clauses abusives, a) L. n° 78-23, 10 janvier 1978. Champ d'application. Système d'alarme. Installation. Société ayant une activité d'agent immobilier. Simple consommateur (oui). b) D. n° 78-464, 24 mars 1978, art. 2. Contrat. Clauses abusives. Clauses non écrites (oui), La Semaine Juridique (G) n° 47, 18 Novembre 1987, II 20893

⁷⁷⁹ Sur ce débat, cf. PIZZIO J.-P., L'introduction de la notion de consommateur en droit français : D. 1982. chr. 91 s. et note sous Cass. civ. 15 avril 1982 : D. 1984. 439 : TAHITA J.-Cl. La loi du 10 janvier 1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats, th. Poitiers. 1985. p. 196 s.

⁷⁸⁰ PAISANT G., article précité.

spécialiste⁷⁸¹. a ce titre présumé connaître les défauts de la chose qu'il vend⁷⁸². C'est également vrai pour la détermination du contenu de l'obligation de renseignement à la charge du même spécialiste⁷⁸³. On peut être à la fois professionnel et profane tel un non-professionnel et, pour cette raison, bénéficiaire de la sollicitude du droit⁷⁸⁴.

673. Il est alors tentant de rattacher purement et simplement cet arrêt du 28 avril 1987 à ce courant jurisprudentiel en y ajoutant celui du 15 avril 1982 qui a considéré un agriculteur comme un consommateur au sens de la loi de 1972 sur le démarchage à domicile⁷⁸⁵. Mais subsisteraient diverses contradictions, dont celle résultant de l'arrêt du 15 avril 1986.

674. Dans cette vue, la qualité de non-spécialiste serait une condition nécessaire, mais non suffisante, pour que le professionnel en cause profite des faveurs accordées au consommateur. Il conviendrait en plus qu'il accomplisse un acte qu'un professionnel du même type n'est pas normalement conduit à effectuer au soutien de ses intérêts professionnels, à des fins lucratives⁷⁸⁶.

675. Toutefois, cette nouvelle décision paraît bien exprimer une rupture par rapport à la jurisprudence inaugurée par la Cour de cassation le 15 avril 1986 puisqu'elle avait reconnu la qualité de « non-professionnel ou consommateur » à un professionnel ayant conclu un contrat « échappant à sa compétence professionnelle » et qui, relativement au contenu de ce contrat, se trouvait « dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ». Un tel raisonnement nous paraît malgré tout prématuré. De la même manière que nous estimions que la jurisprudence de 1987 n'était pas inconciliable avec l'arrêt du 15 avril 1986 qui avait refusé le bénéfice de la protection contre les clauses abusives à un agent d'assurance ayant contracté pour la publicité de son cabinet, de la même manière nous pensons que cette jurisprudence n'est pas nécessairement contredite par l'arrêt rapporté parce que, malgré certaines apparences, les situations à juger n'étaient pas exactement les mêmes.

676. Si, en effet, tant dans cette décision du 15 avril 1986, le professionnel en cause avait bien contracté pour les besoins de sa profession, il était difficile d'en dire autant pour l'agent immobilier acheteur du système d'alarme parce qu'une telle acquisition n'était pas de nature à faciliter, permettre ou développer son activité professionnelle. Sans doute, comme le commerçant de vêtements s'étant procuré un matériel identique ou l'agriculteur démarché pour

⁷⁸¹ Cass. com. 8 juillet 1975 : Bull. civ. IV. n° 199. p. 164 ; — 6 novembre 1978 : Bull. civ. IV. n° 250. p. 209 ; — 28 avril 1980 : Bull. civ. IV. n° 170. p. 133

⁷⁸² Cass. com. 12 mars 1979 : Bull. civ. IV. n° 98. p. 77 ; Cass. civ. 1er. 11 mars 1980 : Bull. civ. I, n° 84. p. 69 ; Cass. com. 25 février 1981 : Bull. civ. IV. n° 111. p. 84.

⁷⁸³ Cass. civ. 1er, 23 avril 1985 : Bull. civ. I. n° 125, p. 115.

⁷⁸⁴ PAISANT G., article précité.

⁷⁸⁵ Cass. com. 8 mars 1977 : J.C.P. 1977. 11, 18649. note A.S.

⁷⁸⁶ PAISANT G., article précité.

l'acquisition d'un extincteur, cet agent immobilier avait-il contracté à l'occasion de l'exercice de sa profession ; mais il ne l'avait pas vraiment fait pour les besoins de cette dernière.

3) – L'arrêt du 24 novembre 1993

677. En somme, l'arrêt du 24 novembre 1993 prévoit que la clause limitant la responsabilité du vendeur à raison non des vices cachés de la chose vendue, mais des défauts de conformité de la marchandise livrée, la cour d'appel n'avait pas à rechercher, pour déclarer la clause opposable à l'acheteur, si ce dernier était un professionnel de même spécialité que le vendeur. Le caractère prétendument abusif de la clause limitative de responsabilité ne peut, aux termes des articles 35, al. 3, de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, devenu L. 132-1 Code de la consommation, et 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978, être invoqué à propos d'un contrat de vente conclu entre des professionnels.

678. En l'espèce, un arboriculteur avait acheté plusieurs milliers de plants de pommiers à un pépiniériste. Le pépiniériste, auquel on avait livré en majorité des plants non conformes à la variété demandée, échoua dans sa tentative pour faire reconnaître le caractère abusif de la clause limitative de responsabilité qu'opposait son vendeur à sa demande de dommages-intérêts. Dans cet affaire, l'acheteur n'a pas réussi à se faire reconnaître la qualité salvatrice de consommateurs : il y a donc, et c'est heureux, des limites à l'extension de cette notion. Mais cet arrêt est-il pour autant plus restrictif que ceux rendus les 28 avril 1987⁷⁸⁷ et qui, pour les besoins de l'application des mêmes textes⁷⁸⁸, avaient traité en consommateurs des professionnels qui avaient conclu des contrats « échappant à leur compétence professionnelle » et se trouvaient « dès lors dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur » ?

679. La question a été judicieusement soulevée à propos de la première espèce rapportée⁷⁸⁹ au motif que, dans cet arrêt, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi de l'acheteur en posant en termes généraux que la législation sur les clauses abusives ne peut « être invoquée à propos d'un contrat de vente conclu entre des professionnels », sans faire allusion à leurs compétences respectives. En poursuivant le raisonnement, tout professionnel, même profane

⁷⁸⁷ Bull. civ. I, n° 134 ; D. 1988.1, note DELEBECQUE Ph.; D. 1987. Somm. 455, obs. AUBERT J.-L. ; JCP 1987.II.20893, note PAISANT G.; RTD civ.1987.537, obs. MESTRE J.) et 25 mai 1992 (Bull. civ. I, n° 162 ; D. 1992. Somm. 401, obs. KULLMANN J.; D. 1993.87, note NICOLAU G.; adde, dans le même sens, Cass. Ire civ., 20 oct. 1992 et 6 janv. 1993, JCP1993.II.22007, note PAISANT G.

⁷⁸⁸ Respectivement, art. 35 L. n° 78-23 du 10 janv. 1978, devenu art. L. 132-1 Code de la consommation, et art. 8, I, de la loi du 22 déc. 1972 dans sa rédaction antérieure à 1989

⁷⁸⁹ LEVENEUR L., Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité, Contrats, conc., consom. 1994, Chron. 3

parce que contractant en dehors de sa spécialité, ne pourrait être considéré comme un consommateur contrairement à ce qu'avaient décidé les arrêts de 1987 et 1992⁷⁹⁰.

680. Il nous semble néanmoins hasardeux de prétendre au revirement. Tout d'abord parce que le pépiniériste pouvait difficilement prétendre que l'achat des plants de pommiers qu'il avait réalisé échappait à sa compétence professionnelle. Ensuite, parce qu'il avait contracté pour les besoins de sa profession alors que, dans les affaires jugées en 1987 et 1992 (achat de systèmes d'alarme), l'opération se distinguait d'un acte d'exploitation à finalité lucrative. Enfin, parce que la formule inaugurée par la Cour de cassation dans l'arrêt rapporté appelle la nuance : prise au pied de la lettre elle signifierait en effet que tout professionnel qui contracterait pour la satisfaction de besoins non professionnels ou domestiques ne pourrait pas être considéré comme un consommateur. Ce qui serait évidemment excessif. A notre avis, pour juger d'un éventuel revirement, il faut attendre une espèce où un professionnel contracte bien à l'occasion de l'exercice de sa profession mais en dehors de sa sphère de compétence⁷⁹¹.

681. On aimerait seulement que la Cour de cassation dise clairement que n'est pas un consommateur celui qui, bien que contractant en dehors de sa compétence professionnelle, n'en agit pas moins pour les besoins de sa profession en accomplissant des actes d'exploitation⁷⁹².

4) – L'arrêt du 24 janvier 1995

682. En l'espèce, une société commerciale exerçant une activité d'imprimerie avait lancé une action contractuelle contre Electricité de France (EDF) en réparation du préjudice que diverses coupures d'électricité lui avaient occasionné en 1987 et 1988. L'établissement public, familier de ce type de contentieux dans ses relations avec les entreprises qui sont ses clientes⁷⁹³, plaidait en défense la force majeure pour les coupures de 1987 et la limitation contractuelle de sa responsabilité pour les autres.

683. Sur le premier point, EDF invoquait, pour s'exonérer, la grève d'une partie de son personnel. Cette argumentation, qui lui avait déjà réussi⁷⁹⁴, est ici encore acceptée tant par la cour d'appel que par la Cour de cassation.

⁷⁹⁰ Contrats, conc., consomm., 1994, comm. 155, obs. LEVENEUR L.; D. 1994. Somm. 236, obs. PAISANT G.

⁷⁹¹ D. 1994. Somm. 236, obs. PAISANT G.

⁷⁹² Ibidem

⁷⁹³ Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 1988, CJEG 1989.248 ; 4 oct. 1989, Sté Mines et produits chimiques de Salsigne, Juris-Data, n° 003009 ; 24 nov. 1993, Cabinet Granger, CJEG 1995.64, note NENERT N.; CA Toulouse, 26 févr. 1987, CJEG 1988.246 ; CA Douai, 17 mars 1989, JCP 1989.II.21386, note Sachs ; CA Chambéry, 5 sept. 1989, CJUE 1989.413, note P. S. ; CA Nîmes, 8 mars 1990, JCP 1990.II.21573, note PAISANT G..

⁷⁹⁴ Cass., ch. mixte, 4 févr. 1983, Bull. civ., ch. mixte, n° 1 et 2 ; RTD civ. 1983.549, obs. DURRY G.; Dr. soc. 1983.627, note VINEY G.; Cass. com., 8 mars 1983, Bull. civ. IV, n° 99 ; Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1993, préc. ; adde, en d'autres rapports contractuels, Cass. com., 6 mars 1985, Bull. civ. IV, n° 90 ; Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1989, Bull. civ. I, n° 205.

684. Observons simplement qu'en l'occurrence les juges s'attachent à faire ressortir les trois éléments traditionnels de la force majeure : l'extériorité en ce que le personnel en grève s'associait à un mouvement affectant l'ensemble du secteur public et nationalisé, l'imprévisibilité parce que ce mouvement avait été déclenché par les grandes centrales syndicales et l'irrésistibilité qui tenait à ce que EDF n'était en mesure ni d'empêcher cette cessation concertée du travail en satisfaisant aux lieu et place du Gouvernement les revendications formulées, ni de la surmonter techniquement faute d'un personnel intérimaire suffisamment qualifié⁷⁹⁵.

685. Sur le second point, concernant les seules coupures de 1988, EDF cherchait seulement à limiter sa responsabilité dans les termes du contrat conclu avec sa cliente; des stipulations que cette dernière voulait voir déclarer non écrites à son égard sur le fondement de la législation sur les clauses abusives. D'où cette question finalement soumise à l'appréciation de la Cour de cassation : dans sa relation contractuelle avec EDF, la société d'imprimerie pouvait-elle être considérée comme le « non-professionnel ou consommateur » protégé par l'art. L. 132-1 Code de la consommation ?⁷⁹⁶

686. Ladite société soutenait l'affirmative en se fondant sur la thèse qui, au lendemain de l'arrêt de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation du 28 avril 1987⁷⁹⁷ rendu au profit d'un agent immobilier - personne morale également - acheteur d'un système d'alarme, estimait que la protection de la loi consumériste s'étendait aux professionnels ayant agi en dehors de leur sphère habituelle d'activité et de compétence⁷⁹⁸.

687. Ainsi, l'arrêt du 24 janvier 1995 apporte une formule nouvelle. Elle se démarque tout d'abord de celle retenue dans l'arrêt du 28 avril 1987 au profit d'un professionnel ayant conclu un contrat « échappant à sa compétence professionnelle » et qui, pour cette raison, se trouvait « dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ». Cette jurisprudence avait pourtant fait florès puisqu'elle avait été reprise, en des termes presque identiques, pour les besoins de l'application des lois n° 72-1137 du 22 déc. 1972 et n° 78-22 du 10 janv. 1978 sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.⁷⁹⁹

688. Il est vrai que dans ces différentes espèces, et contrairement à celle rapportée, le professionnel en cause n'avait pas véritablement agi pour les besoins de sa profession. Pour reprendre l'exemple tiré de l'arrêt de 1987, l'acquisition d'un système d'alarme ne constitue pas en

⁷⁹⁵ Note PAISANT G., Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, D. 1995 p. 327

⁷⁹⁶ Ibidem

⁷⁹⁷ Bull. civ. I, n° 134 ; D. 1987. Somm. 455, obs. Aubert ; D. 1988.1, note DELEBECQUE Ph. ; JCP 1987.II.20893, note PAISANT G. ; RTD civ. 1987.537, obs. MESTRE J..

⁷⁹⁸ MESTRE J., obs. préc., et Des notions de consommateur, RTD civ. 1989.62.

⁷⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, Bull. civ. I, n° 162 ; D. 1992. Somm. 401, obs. KULLMANN J. ; D. 1993.87, note NICOLAU G. ; cf. aussi : 20 oct. 1992 et 6 janv. 1993, JCP 1993.II.22007, note PAISANT G..

effet un acte de la profession d'agent immobilier, car un tel appareil n'est pas de nature à faciliter ou permettre l'exercice de cette profession.

689. La formule tranche aussi par rapport à celle exprimée les 24 nov. 1993⁸⁰⁰ et 10 mai 1994⁸⁰¹ par la première Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation et par laquelle les dispositions de l'art. L. 132-1 Code de la consommation sont jugées inapplicables dans les contrats « conclus entre des (deux) professionnels », sans autre précision.

690. Cette deuxième comparaison est encore plus intéressante que la première puisque, dans ces deux dernières espèces, comme dans celle jugée en 1995, le professionnel qui revendiquait, sans succès, le bénéfice du code de la consommation avait bel et bien contracté pour les besoins de sa profession. La société d'imprimerie avait en effet besoin de courant électrique pour exercer son activité, de la même manière que, par exemple, dans l'affaire jugée le 24 nov. 1993, il entrait dans l'exercice normal de la profession d'arboriculteur d'acheter quelques milliers de plants de pommiers⁸⁰².

691. Dans ces conditions, l'arrêt rapporté pourrait signifier deux choses. Tout d'abord, et contrairement à ce qu'aurait pu donner à penser une interprétation purement littérale des arrêts des 24 nov. 1993 et 10 mai 1994⁸⁰³, il semble bien que le seul fait de s'engager dans une relation contractuelle en qualité de professionnel ne suffise pas pour être exclu du bénéfice de la législation sur les clauses abusives. Des professionnels pourront continuer à profiter de la loi consumériste. C'est là une interprétation qui rejoint les préoccupations exprimées notamment par les auteurs de la réforme du 1^{er} févr. 1995⁸⁰⁴ et la jurisprudence inaugurée en 1987 par la Cour de cassation.

692. Mais, en second lieu, et comme par le passé, il est évident que tous les professionnels ne pourront pas être traités en « non-professionnels ou consommateurs ». Par *a contrario*, la Cour de cassation n'entendrait désormais protéger parmi eux que ceux qui souscrivent des contrats de fourniture de biens ou de services ne présentant pas de « rapport direct » avec leur activité professionnelle. C'est dans cette précision que réside l'apport de l'arrêt. Mais les difficultés ne sont pas résolues pour autant⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ Contrats, conc., consomm. mars 1994. Chron. 3, obs. LEVENEUR L.; D. 1994. Somm. 236, obs. PAISANT G..

⁸⁰¹ Contrats, conc., consomm. août-sept. 1994. Comm. 155, note LEVENEUR L.; D. 1995. Somm. 89, obs. crit. MAZEAUD D.

⁸⁰² Note PAISANT G., Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, D. 1995 p. 327

⁸⁰³ LEVENEUR L., obs. préc. notes

⁸⁰⁴ Déclaration du ministre de l'Economie, JO Sénat (CR) 16 nov. 1994, p. 5566. - Sur cette réforme, plus généralement, V. GHESTIN J. et MARCHESSAUX-VAN MELLE I., Aperçu rapide sur la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 en ce qu'elle concerne les clauses abusives et la présentation des contrats, JCP 22 mars 1995. Act. n° 12 ; PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, D. 1995. Chron. 99.

⁸⁰⁵ Note PAISANT G., Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, D. 1995 p. 327

693. En même temps, l'arrêt du 24 janvier 1995 apporte une formule incertaine. Comment caractériser à coup sûr l'absence ou l'existence de « rapport direct » ?⁸⁰⁶ Où commence et où s'arrête ce « rapport direct » ? L'expression est empruntée au 4° de l'art. L. 121-22 Code de la consommation qui, en matière de démarchage, exclut de la protection législative les « ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession ».

694. Ce texte, issu de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 sur le développement des entreprises commerciales et artisanales, se substituait, dans l'art. 8 de la loi du 22 décembre 1972, aux dispositions écartant les mêmes contrats dès lors que ceux-ci étaient proposés « pour les besoins... d'une activité professionnelle ». Mais ce changement de rédaction, qui ambitionnait de rendre la loi « beaucoup plus précise »⁸⁰⁷, et qui a été voté dans le plus grand scepticisme⁸⁰⁸, n'était porteur d'aucune idée nouvelle. Le législateur entendait toujours protéger contre les démarchages des professionnels, du moment que ceux-ci ne contractent pas pour « tout ce qui permet » leur activité professionnelle « de façon directe »⁸⁰⁹.

695. Si, dans l'arrêt rapporté, comme c'est le plus probable, la Cour de cassation a bien entendu souscrire à cette doctrine législative, il nous semble qu'elle aurait mieux fait de s'en tenir à l'ancienne formule, plus satisfaisante ; formule d'ailleurs retenue par la Commission des clauses abusives, en particulier dans un avis du 14 sept. 1993 par lequel elle suggérait de tenir à l'écart de la protection de l'art. L. 132-1 Code de la consommation les contrats conclus « entre deux professionnels en vue de répondre à des besoins professionnels »⁸¹⁰. Ces références croisées, d'une législation à l'autre, montrent en toute hypothèse que c'est bien le même consommateur qu'on entend à chaque fois protéger. Et cette tendance à l'unité de définition ne peut qu'être encouragée pour la cohérence du droit de la consommation⁸¹¹.

5) – Les arrêts du 3 et 31 janvier 1996

696. La jurisprudence exprimée par ces deux arrêts n'est pas nouvelle; elle avait été inaugurée dans les mêmes termes par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 24

⁸⁰⁶ Ibidem

⁸⁰⁷ Déclaration du ministre chargé du Commerce et de l'Artisanat, JO Sénat (CR) 27 oct. 1989, p. 2791.

⁸⁰⁸ JO Sénat, préc. p. 2790 s. ; JOAN (CR) 9 déc. 1989, p. 6265 s.

⁸⁰⁹ Déclaration du ministre chargé du Commerce et de l'Artisanat, JOAN préc., p. 6266.

⁸¹⁰ Contrats, conc., consom. mai 1994. Comm. 92, note LEVENEUR L.; Defrénois 1994, art. 35891, n° 122, obs. crit. MAZEAUD D..

⁸¹¹ Note PAISANT G., Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, D. 1995 p. 327

janvier 1995⁸¹². Mais l'arrêt de cassation du 30 janvier 1996 lui donne une valeur de principe : la législation protectrice du « non-professionnel ou consommateur » (celle sur les clauses abusives, en l'espèce) ne s'applique pas « aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant »⁸¹³.

697. Sont ainsi renvoyées au droit commun deux sociétés commerciales, l'une ayant souscrit un contrat d'abonnement pour l'alimentation en eau de son usine de verrerie⁸¹⁴, l'autre ayant contracté un crédit-bail aux fins de se procurer un système informatique de nature à permettre la gestion de son fichier clientèle⁸¹⁵.

698. Si l'opportunité de cette solution concrète ne prête pas à discussion - le droit de la consommation n'est pas fait pour protéger ceux qui agissent pour les besoins de leur profession -, il n'en va pas de même de la motivation retenue par la Cour de cassation en raison des incertitudes qu'elle engendre⁸¹⁶.

699. Sans doute ces deux nouveaux arrêts confirment-ils deux choses : d'une part, le fait de contracter en marge de sa compétence professionnelle ne suffit pas pour bénéficier de la qualité de « non-professionnel ou consommateur » ; d'autre part et si l'on veut bien accorder quelque crédit au raisonnement *a contrario*, cette qualité pourra profiter à des personnes ayant souscrit des engagements ne présentant pas un « rapport direct » avec l'activité professionnelle qu'elles exercent⁸¹⁷.

700. Mais les interrogations restent les plus nombreuses. Comment, tout d'abord, caractériser ce rapport direct et à partir de quel moment n'est-il qu'indirect ? Pour se référer à des espèces jugées il y a quelques années, le commerçant ou l'artisan qui se rendrait acquéreur d'un système d'alarme⁸¹⁸ ou d'un extincteur⁸¹⁹ pour la protection de son magasin conclurait-il un contrat présentant un rapport direct ou indirect avec la profession qu'il exerce ?

701. Doit-on apprécier *in concreto* ou *in abstracto* l'existence d'un tel rapport ? Choisir la première solution reviendrait en réalité à voir dans tous les contrats passés à l'occasion de l'exercice de la profession un rapport direct avec cette dernière et donc à préférer la vision la plus

⁸¹² Bull. civ. I, n° 54 ; Contrats, conc., consom., 1995, Comm. 84, note LEVENEUR L.; D. 1995, Jur. p. 327, note PAISANT G.; D. 1995, Somm. p. 229, obs. DELEBECQUE Ph., et 310, obs. PIZZIO J.-P.

⁸¹³ D. 1996.228, 1^{re} esp. note PAISANT G.

⁸¹⁴ Arrêt du 3 janv. 1996 ; on notera la similitude d'espèce par rapport à celle du 24 janv. 1995.

⁸¹⁵ Arrêt du 30 janv. 1996 ; cf. dans le même sens, mais sur le fondement des textes de protection du consommateur à l'occasion de certaines opérations de crédit : Cass. com., 10 mai 1989, Bull. civ. IV, n° 148.

⁸¹⁶ D. 1995, Jur., p. 328, observation PAISANT G.

⁸¹⁷ D. 1996.228, 1^{re} esp. note PAISANT G.

⁸¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987, Bull. civ. I, n° 134 ; D. 1987, Somm. p. 455, obs. AUBERT J.-L. ; D. 1988, Jur. p. 1, note DELEBECQUE Ph.; JCP 1987, II, n° 20893, note PAISANT G.; RTD civ. 1987, p. 537, obs. MESTRE J.: 25 mai 1992, Bull. civ. I, n° 162 ; D. 1992, Somm. p. 401, obs. KULLMANN J.; D. 1993, Jur. p. 87, note NICOLAU G.

⁸¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 4 ; JCP 1993, II, n° 22007, 2^e espèce, obs. PAISANT G.

restrictive du consommateur protégé. En revanche, le choix de la seconde solution, en conduisant à s'interroger sur le point de savoir si tout autre professionnel est ou non, dans l'exercice normal de son activité, conduit à conclure des contrats du même type que celui qui a effectivement été conclu, risque de laisser plus d'un juge perplexe⁸²⁰.

702. Et puis, si l'on retient le raisonnement *a contrario*, doit-on considérer que le bénéfice de la protection consumériste sera accordé à *toute personne* ayant souscrit un contrat de fournitures de biens ou de services qui n'a pas de rapport direct avec l'activité professionnelle qu'elle exerce ? Prendra-t-on ici encore en compte le critère de l'ignorance ou de la compétence ?

703. Mais, face aussi à la diversité des décisions des juridictions du fond, bien des cours d'appel continuant par exemple à se référer à la jurisprudence apparue en 1987⁸²¹ qui protège le professionnel se trouvant dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur⁸²², l'exigence de sécurité juridique apparaît désormais comme la première des priorités. Les enjeux, qui sont ceux du domaine d'application quant aux personnes de la législation protectrice du consommateur contractant, sont suffisamment importants pour que l'on puisse en l'occurrence parler de « question de principe » au sens de l'art. L. 131-2 du Code de l'organisation judiciaire⁸²³.

704. La quête d'une définition du consommateur se révèle donc difficile et malaisée. Le juriste semble avoir le choix entre une définition rigoureuse mais inéquitable, et une définition extensive mais inexacte et partiellement inefficace, qui est pourtant consacrée par les arrêts des 3 et 30 janvier 1996.

3 – L'application aux épargnants

705. Les économistes distinguent nettement les consommateurs et les épargnants. Les premiers utilisent leurs disponibilités monétaires pour la satisfaction immédiate de leurs besoins; les seconds conservent leurs disponibilités, et éventuellement les placent, en prévision de besoins futurs. Lorsqu'une personne dispose d'une certaine somme, elle a théoriquement le choix entre deux attitudes : ou consommer (en achetant par exemple une voiture) ou épargner (en achetant par exemple des actions en Bourse). L'épargne est, d'une certaine façon, l'inverse de la

⁸²⁰ JCP 1993, II, n° 22007, 2^e espèce, obs. PAISANT G.

⁸²¹ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987, préc. ; 25 mai 1992, préc.

⁸²² Par exemple : CA Paris, 5^e ch. B., 18 mai 1995, Warnet, Juris-Data, n° 021725 ; CA Montpellier, 1^{re} ch., 21 juin 1995, SARL Espace Forme et santé, Juris-Data, n° 034125 ; CA Agen, 1^{re} ch., 9 oct. 1995, Torguet, Juris-Data, n° 046797. Ces décisions sont d'autant plus révélatrices de la confusion ambiante qu'elles ont été prises pour l'application des textes sur le démarchage à domicile ; des textes qui précisément, on le sait, excluent de leur domaine d'application les opérations ayant un « rapport direct » avec l'activité professionnelle de celui qui les a conclues.

⁸²³ D. 1996.228, 1^{re} esp. note PAISANT G.

consommation. Elle semble à première vue, échapper complètement au droit de la consommation.

706. Les différentes dispositions du droit boursier considèrent l'actionnaire en tant qu'investisseur intervenant sur le marché boursier. L'actionnaire, essentiellement celui qui est minoritaire, est de plus en plus considéré comme un épargnant en valeurs mobilières. Ceci s'est traduit par la reconnaissance d'associations agréées d'investisseurs permettant la réparation concrète du dommage occasionné à l'actionnaire. Si la société anonyme fonctionnait comme une démocratie, les actionnaires en tant qu'épargnants seraient suffisamment protégés en raison du pouvoir souverain de l'assemblée : les dirigeants présentent les comptes de la société à l'assemblée qui adopte des résolutions protégeant à la fois les intérêts des minoritaires et ceux des majoritaires. Mais nous avons vu que cette théorie ne correspond pas à la réalité⁸²⁴. Par conséquent, le droit des sociétés ne peut à lui seul protéger efficacement l'actionnaire investisseur⁸²⁵. Or cette protection est d'autant plus importante en raison de la multiplication du nombre des petits porteurs et de l'incitation des pouvoirs publics à l'épargne en actions⁸²⁶.

707. Les dispositions du droit boursier ont pour finalité essentielle d'assurer une égalité de traitement entre les actionnaires investisseurs. Ici, le principe d'égalité entre actionnaires trouve sa pleine signification⁸²⁷. Ces dispositions vont essentiellement bénéficier aux minoritaires. Ceux-ci ont un allié de poids important pour la protection de leur investissement, qui est la Commission des opérations de Bourse⁸²⁸. Cette autorité administrative⁸²⁹, dont les pouvoirs ont été élargis en 1989⁸³⁰, est par son rôle de protection des investissements⁸³¹ le « protecteur naturel des petits porteurs⁸³² ». Cet organisme dispose aujourd'hui de véritables moyens, notamment d'investigation et d'injonction⁸³³, lui permettant de mener une politique efficace de protection des minoritaires. La Commission des opérations de Bourse assure aussi une information de qualité

⁸²⁴ DANGLEHANT C., Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité, *Revue des sociétés* 1996 p. 217

⁸²⁵ BEZARD P., « Les problèmes de gestion de portefeuille », *Banque et droit* 1990, n° 8. Colloque organisé par la revue *Banque et l'Association nationale des juristes de banque (ANJB)*.

⁸²⁶ *Ibidem*

⁸²⁷ JEANTIN M., *Droit des sociétés*, 1994, Montchrestien, n° 23.

⁸²⁸ Ainsi BISSARA P. (rapp. préc.) s'interrogeait sur la question de savoir « si l'égalité de traitement des actionnaires ne serait pas une particularité des sociétés cotées en Bourse et un simple avatar de l'égalité de traitement des intervenants sur le marché boursier ».

⁸²⁹ La COB a été créée par une ordonnance du 28 sept. 1967.

⁸³⁰ Loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers : BEZARD P., « Le nouveau visage de la Commission des opérations de Bourse », *RID comp.* 1989.4.929.

⁸³¹ Selon l'art. 1^{er} de l'ordonnance, la COB doit « veiller à la protection de l'épargne investie en valeurs mobilières ou tout autre placement donnant lieu à l'appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières, de produits financiers cotés ou de contrats à termes négociables ».

⁸³² GUYON Y., « Les droits des actionnaires minoritaires », *RD bancaire et Bourse* 1990, n° 17, p. 35

⁸³³ BEZARD P., art. préc. ; MERLE Ph., *op. cit.*, n° 525 et s.

sur les sociétés cotées⁸³⁴. Cette information a été renforcée par la loi du 2 août 1989⁸³⁵. Ceci est important pour les minoritaires, en raison de la complexité des produits financiers⁸³⁶.

708. Le fait que la qualité d'épargnant soit mise en avant a amené à qualifier l'actionnaire minoritaire de « consommateur de produits financiers⁸³⁷ ». Il est vrai que cet épargnant est protégé par certaines dispositions du droit de la consommation⁸³⁸ et qu'il se trouve dans la même situation d'infériorité que le consommateur, vis-à-vis de son cocontractant. Mais l'épargnant et le consommateur ne peuvent être assimilés au plan juridique, la consommation étant d'une nature économique opposée à l'épargne⁸³⁹. L'épargnant ne peut être qu'un consommateur de type particulier.

709. Les choses, pourtant, ne sont pas aussi simples. Les consommateurs et les épargnants présentent un trait commun : ils sont, les uns comme les autres, des non-professionnels, et ils contractent avec des professionnels. Dès lors, la protection des épargnants donne lieu à des règles qui ressemblent parfois à celles que l'on trouve en droit de la consommation⁸⁴⁰. Il existe même des règles qui protègent indistinctement tous les non-professionnels, qu'ils soient consommateurs ou épargnants⁸⁴¹.

710. Malgré ces rapprochements, il ne faut certainement assimiler, en droit, les épargnants aux consommateurs. Certaines règles sont faites pour les premiers : personne ne songe à les étendre aux seconds. Symétriquement, d'autres règles sont réservées aux consommateurs : elles ne sauraient être étendues aux épargnants⁸⁴².

711. Conclusion de la section. Le consommateur est une personne physique. Cette conclusion apparaît raisonnable dans la mesure où aucun critère objectif ne semble permettre d'établir la distinction entre les personnes morales « consommateurs » et les personnes morales

⁸³⁴ MERLE Ph, op. cit., n° 525 ; GUYON Y., « Les droits des actionnaires minoritaires », art. préc.

⁸³⁵ DANGLEHANT C., Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité, *Revue des sociétés* 1996 p. 217

⁸³⁶ MERLE Ph., op. cit., n° 267 et s.

⁸³⁷ BISSARA P., rapp. préc.

⁸³⁸ Notamment en matière de démarchage : CALAIS-AULOY J., *Droit de la consommation*, 2010, Dalloz, n° 10 ; J.-BORNET P., « Le « pouvoir des sans-pouvoir » ou comment s'organise le pouvoir des minoritaires », *Petites affiches*, 17 mars 1995, p. 18. Ces dispositions ont également pour but de renforcer l'information.

⁸³⁹ La consommation entraîne une dépense, alors que l'épargne est la conservation de disponibilités monétaires : CALAIS-AULOY J., op. cit. Contra : BOURGOIGNIE T., *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, 1988, *Story Scientia*, n° 19 ; CAUSSE H., « L'épargnant est-il un consommateur ? », *Marchés et techniques financières*, mai 1994, n° 60. En tout état de cause, l'investisseur institutionnel dont c'est le métier d'investir dans les valeurs mobilières ne peut être considéré comme un consommateur en raison de sa qualité de professionnel.

⁸⁴⁰ Ainsi, en matière de démarchage, de publicité, d'action en justice

⁸⁴¹ Ainsi les dispositions concernant les clauses abusives (art. L. 132-1 du code de la consommation). Sur l'action de l'INC en faveur des épargnants, voir *Consommateurs Actualités*, n° 137, oct. 1984.

⁸⁴² Contra : BOURGOIGNIE T. (op. cit., n° 19), pour qui l'achat en bourse, le placement d'argent en banque, l'achat suivi de revente d'un meuble ou d'un immeuble sont des actes de consommation, pour autant que ces actes aient un caractère non habituel ou non spéculatif.

professionnelles. Seule une appréciation subjective pourrait permettre de faire une distinction, ce qui doit être exclu.

712. Bien que les bénéficiaires des mécanismes du droit de la consommation doivent être les consommateurs considérés comme des personnes physiques agissant en dehors de leur activité professionnelle, la jurisprudence considère que certaines personnes morales peuvent bénéficier de ces mécanismes de protection. En effet, la Cour de Cassation⁸⁴³ a considéré que la notion de « non professionnel » était une notion distincte de celle de consommateur, qui pouvait donc être interprétée comme s'appliquant aux personnes morales⁸⁴⁴. Cependant, la jurisprudence considère qu'en matière de clauses abusives seule une personne morale agissant en dehors de son activité professionnelle peut bénéficier du droit de la consommation.

713. La doctrine, quant à elle, se partage. Pour certains auteurs, il faut étendre la notion de consommateur et considérer comme tel le professionnel qui agit en dehors de sa spécialité professionnelle⁸⁴⁵. Pour d'autres, partisans d'une conception stricte du consommateur, celui qui agit dans un but professionnel ne peut jamais être qualifié consommateur⁸⁴⁶.

714. Cette conception stricte nous semble préférable, pour les raisons suivantes :

- D'abord, il n'est pas sûr que le professionnel qui agit en dehors de sa spécialité soit aussi désarmé que le simple consommateur. Évidemment, cela dépend des cas. Mais il semble que, de façon générale, celui qui agit pour les besoins de sa profession porte à ses actes une attention plus grande que celui qui agit dans un but privé.
- Ensuite, la conception large rend imprécises les frontières du droit de la consommation. Pour savoir si un professionnel agit ou non dans sa sphère de compétence, pour savoir si son acte est en rapport direct ou indirect avec son activité

⁸⁴³ Civ. 1^{re}, 5 mars 2002, Bull.I n°78, pourvoi n°00-1820

⁸⁴⁴ « Si, par un arrêt du 22 novembre 2001, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit : « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b) de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques », la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ». En l'espèce, un syndicat professionnel, dont l'objet social était d'effectuer des opérations de contrôle de performance, d'état civil et d'identification d'animaux, invoquait le bénéfice de la législation sur les clauses abusives dans le cadre d'un contrat de location de matériel informatique. La première Chambre a rejeté ses prétentions au motif que « le contrat avait été conclu en qualité de professionnel », ce qui de fait, excluait l'application des dispositions du Code de la consommation, mais non parce que le syndicat était une personne morale.

⁸⁴⁵ BEAUCHARD J., « Remarques sur le code de la consommation », Écrits en hommage à Gérard Cornu, 1995, p. 9 et s.; BOURGOIGNIE T., *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia, Bruxelles 1988, n° 19; Mestre, obs. à la RTD civ. 1987.537 et 1996.609). Allant plus loin, un auteur propose d'étendre les règles protectrices à tous les contractants « économiquement faibles » (CHAZAL J-P, « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997.chron.260).

⁸⁴⁶ AUBERT J.-L., obs. au D. 1988.som.407; LEVENEUR L., « Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », Cont. conc. cons. avr. 1996, p. 1 ; MALINVAUD P., « La protection des consommateurs », D. 1981.chron.49; PAISANT G., note au JCP. 1996.11.22747. La conception stricte était celle de la commission de refonte du droit de la consommation (Propositions pour un code de la consommation, La documentation française 1990, art. L. 3).

professionnelle, il faut procéder, cas par cas, à une recherche dont le résultat est toujours aléatoire. Or, les contractants ont besoin de connaître par avance le droit qui sera applicable à leur relation. La conception stricte du consommateur, relativement précise, apporte une sécurité juridique que ne fournit pas la conception large, trop floue.

- Enfin, si l'on considère comme des consommateurs les professionnels qui agissent en dehors de leur spécialité, il faudrait symétriquement assimiler à des professionnels les consommateurs qui agissent dans leur sphère de compétence. Un avocat, par exemple, pourrait être jugé assez compétent pour déjouer, sans le secours de la loi, les pièges juridiques des contrats qu'il signe pour un usage non-professionnel. Au binôme professionnel-consommateur serait alors substitué, comme critère d'application des règles protectrices, le binôme compétent-profane. Le critère serait théoriquement satisfaisant, mais il perdrait toute précision. Il ne peut, pour cette raison, être sérieusement envisagé⁸⁴⁷.

715. Nous souhaitons donc que la jurisprudence abandonne l'expression « rapport direct » et consacre ainsi la définition stricte du consommateur : la personne qui agit pour les besoins de sa profession ne devrait jamais être considérée comme un consommateur. Cette conception stricte doit cependant être tempérée par deux observations. D'une part, certaines règles du droit de la consommation ne sont pas réservées aux consommateurs, elles peuvent être invoquées par d'autres personnes. C'est notamment le cas des règles prises à une époque où n'existait pas encore la notion de consommateur⁸⁴⁸. Ces règles à domaine élargi se feront probablement plus rares à l'avenir. Elles ne disparaîtront pas complètement⁸⁴⁹. D'autre part, la protection des professionnels en situation de faiblesse peut donner lieu à des règles spécifiques, ne relevant pas du droit de la consommation⁸⁵⁰.

716. Les incertitudes posées par la notion du consommateur en France et les conséquences qu'elles impliquent, appellent à définir ce qu'elle recouvre. Les premières précisions apportées en droit positif français et les travaux communautaires en cours justifient d'autant plus cette démarche. Afin de proposer une définition du consommateur, la voie la plus pragmatique

⁸⁴⁷ La règle de droit résulte souvent d'un compromis entre des exigences d'équité et des besoins de clarté. C'est ainsi que la majorité civile est uniformément fixée à dix-huit ans, sans tenir compte des aptitudes individuelles de chacun.

⁸⁴⁸ L'art. L. 213-1, c. consom. punit la tromperie sur les marchandises vendues quelle que soit la qualité de l'acheteur; l'art. L. 121-1, Code consom., interdit la publicité de nature à induire en erreur quelle que soit la qualité des personnes visées par la publicité.

⁸⁴⁹ Les règles sur la sécurité des produits et des services (infra, nos 250 et s.) sont faites pour protéger toutes les personnes mises en danger, qu'elles aient ou non la qualité de consommateur.

⁸⁵⁰ Exemple : loi Royer du 27 décembre 1973, loi Doubin du 31 décembre 1989

semble être de s'inscrire dans la logique des travaux relatifs au droit européen des contrats qui répondent à une démarche proche :

- limitation aux personnes physiques ;
- détermination positive ou négative de la finalité de l'accord ;
- hypothèse d'un accord ayant une finalité mixte ;
- connaissance de la finalité de l'accord par l'autre partie.

717. Concernant le premier élément, les personnes morales n'ont a priori pas besoin de la protection offerte par le droit de la consommation. Dans la majorité des cas, les personnes morales ont une connaissance suffisante de leur environnement juridique et sont le plus souvent des professionnels pour lesquels les règles de protection des consommateurs sont inadaptées à leurs besoins spécifiques. Comme le prévoient les textes communautaires et certains textes français, seules les personnes physiques devraient être visées.

718. La doctrine et la jurisprudence proposent une détermination positive (« agissant pour un usage personnel ») et une détermination négative (« agissant dans un but étranger à son activité professionnelle »). La détermination négative semble prévaloir en droit positif français et communautaire.

719. Cependant, le recours à une détermination positive pourrait permettre d'assurer une plus grande sécurité juridique. En effet, une telle définition positive permet de délimiter clairement les cas dans lesquels les règles dérogatoires du droit de la consommation trouvent à s'appliquer, alors que la définition négative, par sa nature même qui procède non pas par délimitation claire de son champs mais par voie d'exclusion, appelle inévitablement par son défaut de précision à l'interprétation pour mieux en fixer les limites et donc cerner le contour.

720. Dans l'hypothèse d'une finalité mixte, la démarche consistant à reconnaître la qualification de consommateurs à des personnes qui agissent dans un but étranger à leur activité professionnelle ne devrait pas être retenue. En effet, les personnes visées doivent ici être considérées comme se comportant avec la compétence requise de tout professionnel dans la mesure où elles agissent avec une finalité professionnelle, même si celle-ci n'est qu'accessoire. De plus, cette démarche favorise l'insécurité juridique. En effet, il serait en pratique très difficile de déterminer si une personne a agi principalement à des fins privées ou à des fins professionnelles.

721. Enfin, il convient se prononcer sur une approche objective ou subjective de la finalité de l'acte. Une approche objective implique que le consommateur n'est protégé que si le professionnel a été informé ou s'il ne pouvait ignorer qu'il était en présence d'une personne agissant à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité professionnelle. Dans le cas d'une

approche subjective, cet élément n'est pas à prendre en compte. Afin d'éviter tout litige résultant de la difficulté d'établir la connaissance par le professionnel de la finalité d'un accord, l'approche subjective doit être retenue.

722. Sur la base des éléments qui précèdent, et afin de s'inscrire dans la logique de simplification et de sécurité juridique, nous proposons de retenir la définition du consommateur suivante : toute personne physique agissant à des fins privées pour satisfaire des besoins personnels. A minima, il conviendrait de retenir une définition inspirée du droit communautaire : personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle.

723. Par ailleurs, afin d'éviter toute incertitude et de garantir la sécurité juridique des différents acteurs, le droit de la consommation ne devrait s'appliquer qu'aux seuls consommateurs, tels que définis précédemment. En effet, seule la détermination de mécanismes simples et clairs peuvent permettre d'éviter une judiciarisation ou consumerisation des relations entre professionnels et consommateurs.

Section 2 - Le professionnel

724. Le professionnel : voici un mot simple, dont chacun saisit le sens dès l'abord. N'est-ce pas celui qui agit dans l'exercice de sa profession ? C'est ainsi que la loi entend ce terme, dans de nombreux textes qui imposent, à telle ou telle catégorie professionnelle, des obligations diverses. La jurisprudence ne retient pas toujours cette acception, car elle emploie ce terme de diverses façons. Elle rejoint parfois un sens couramment utilisé dans le langage des commerçants et des publicitaires : pour ces derniers, être un professionnel, c'est disposer d'une certaine compétence, reconnue, qui inspire confiance. Cette épithète distingue celui qui la possède de l'amateur ou du non spécialiste. Or, d'une part, la jurisprudence du droit privé des obligations tient compte de la confiance que la qualité de professionnel fait naître pour en déterminer les obligations, d'autre part, les juges qualifient parfois de « profane » ou de « non-professionnel » celui qui, bien qu'agissant dans l'exercice de son métier, ne semble pas avoir une compétence particulière⁸⁵¹.

725. Saisir le sens que ce terme revêt en jurisprudence est important car les obligations professionnelles sont essentiellement d'origine prétorienne. Cette affirmation peut surprendre, compte tenu de l'inflation législative et réglementaire en la matière, que traduit bien le développement considérable du droit de la consommation. Cependant, l'adaptation des concepts classiques aux changements sociaux et économiques est, pour l'essentiel, le fait de la jurisprudence et non du législateur qui se contente, le plus souvent, d'en reprendre les innovations. Des lors, c'est principalement l'examen de la jurisprudence du droit des obligations qui permet de prendre la mesure de l'étendue des obligations professionnelles. Son étude est délicate car elle est, en ce domaine, animée d'un double mouvement qui est apparemment contradictoire : elle participe activement au renforcement des obligations des professionnels, en même temps qu'elle met l'accent sur la relativité de leur supériorité⁸⁵².

726. Ainsi, l'absence de définition du professionnel dans le Code de la consommation alimente le contentieux et les controverses doctrinales et nous détermine à identifier le professionnel dans les rapports de la consommation (§ 1^{er}). Et enfin pour faire une recherche plus complète du professionnel il est important d'examiner certaines cas particuliers (§ 2nd).

⁸⁵¹ LEROY M. « Contribution à la notion de professionnel », thèse, juin 1995, Université des sciences sociales de Toulouse, n° 1, p.2.

⁸⁵² LEROY M., thèse préc.

§ 1^{er} - L'identification du professionnel

727. Diversité des professionnels – La qualification juridique de l'entreprise importe peu. L'entreprise peut être agricole, commerciale, artisanale. Il peut aussi s'agir d'une profession libérale. Il peut s'agir, comme cela se retrouve dans les définitions proposées, de production, de distribution ou de prestation de services. La forme juridique de l'entreprise n'est pas non plus à prendre en considération. Ce peut être une entreprise sous forme de société et quelle que soit la société ou une entreprise appartenant à celui qui contracte.

728. La Directive 93/13/CEE, dans l'article 2 lit.c) définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée ».

729. L'article 1 de la loi moldave n°105- XV du 13 mars 2003, après la définition légale du professionnel, à son tour, donne une classification assez large des professionnels et les définit en producteurs, vendeurs et prestataires. Ainsi, conformément à l'art.1 alin.(3) dans la catégorie des producteurs sont inclus :

- le professionnel qui fabrique un produit final, une partie composante d'un certain produit ou le matériel ;
- le professionnel qui applique sur le produit son nom, la marque commerciale ou un autre signe distinct ;
- le professionnel qui reconditionne le produit ;
- le professionnel qui modifie les caractéristiques du produit ;
- le représentant d'un professionnel, enregistré en République de Moldova, dont le siège se trouve en dehors de la République de Moldova
- le professionnel qui importe des produits ;
- le distributeur ou le vendeur d'un produit importé dans le cas où l'importateur n'est pas connu.

730. Il est important de rappeler que, en France, la réforme du droit des clauses abusives par la loi du 1^{er} février 1995 s'est contentée de reprendre le terme « professionnel » sans le définir (comme la loi du 10 janvier 1978 du reste). Il convient d'ajouter que ni la loi de 1995 ni celle de 1978 n'ont défini le professionnel *a contrario* en décidant que le consommateur n'est pas celui qui agit pour les besoins d'une profession⁸⁵³. Tous deux ont choisi d'opposer au consommateur le professionnel. En l'absence de définition légale, il faut s'en remettre à la

⁸⁵³ En matière de démarchage, l'article L 121-21 du Code consom. vise quiconque pratique le démarchage au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail ... et l'article L 121-22-4° du même Code exclut les ventes ...lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une profession. V. encore sur le crédit, l'article L 311-3-2° et 3° du C. Consom.

doctrine et à la jurisprudence. Dans un premier temps, une définition propre du professionnel au droit des clauses abusives sera choisie **(A)**. Dans un second temps, un élément susceptible en général d'identifier les professionnels sera déterminé **(B)**.

A) – La définition retenue de la notion de professionnel

731. En droit, la notion de professionnel est plus récente que celle de commerçant, qu'elle tend, de nos jours, à supplanter en raison de son domaine plus vaste. Le professionnel est le genre, le commerçant l'espèce. En d'autres termes, si tous les commerçants sont des professionnels, tous les professionnels ne sont pas commerçants. Mais, alors que le commerçant est légalement défini comme la personne qui exerce des actes de commerce en en faisant sa profession habituelle⁸⁵⁴, la loi est, en revanche, muette quant au professionnel. L'étymologie de ce mot n'est pas d'une grande aide : *professio*, -onis signifie « déclaration publique, action de se déclarer comme », d'où l'idée que le professionnel est celui qui est spécialiste de son métier ou, à tout le moins, qui déclare l'être. Dans une perspective économique, le professionnel doit être rapproché du producteur et, donc, de l'entreprise. Il est la personne physique ou morale qui rassemble, exploite et gère des moyens humains et matériels, plus ou moins importants, dans le but de proposer à titre onéreux sur un marché des biens ou des services⁸⁵⁵.

732. Au départ, du point de vue du droit de la consommation, il convient de se référer à la définition proposée⁸⁵⁶ par la Commission de refonte du droit de la consommation qui est la suivante : « Les professionnels sont les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui offrent des biens ou des services dans l'exercice d'une activité habituelle ». Deux éléments distincts ont été retenus par la Commission, à savoir l'offre de biens ou de services et l'exercice d'une activité régulière. La Commission n'a donc pas retenu le but lucratif caractéristique, il est vrai de l'activité professionnelle, car il existe parfois un véritable comportement mercantile de certaines structures.

733. Quant à la doctrine, elle admet généralement que le professionnel est « la personne qui agit pour les besoins de sa profession... C'est donc le but de l'acte accompli qui permet de définir son auteur comme un professionnel »⁸⁵⁷. Toutes les activités organisées dans un but de production, de distribution ou de prestation de services sont ainsi concernées. On peut, par ailleurs, affiner la définition en distinguant (nous ne reviendrons pas sur la distinction effectuée

⁸⁵⁴ C. com., art. L. 121-1, V. Commerçant

⁸⁵⁵ CHAZAL J-P., Clause abusives en droit de la consommation, Dalloz 2002

⁸⁵⁶ Art. 2 du projet de Code de la consommation, Rapport final de la Commission, La documentation française, avril 1985

⁸⁵⁷ CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, Dalloz, 8me éd., 2010, n° 7

auparavant) selon que le contrat est nécessaire à l'exercice de l'activité économique, qu'il répond aux besoins de cette activité ou qu'il n'est conclu qu'à l'occasion de celle-ci.

734. Pour l'heure, contrairement à la loi française, on se contentera de constater une certaine synergie de la définition doctrinale avec celle du droit communautaire qui à l'article 2, c) de la directive du 5 avril 1993 considère que le professionnel est toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée. En ce sens, est pris en considération non pas la personne, mais l'acte accompli : seul le but de l'acte poursuivi par l'auteur de l'acte est visé. Il en est ainsi de l'acte de profession qui est un acte d'exploitation ou d'entreprise et se différencie forcément de l'acte de consommation permettant l'obtention d'un bien ou d'un service en vue de satisfaire un besoin personnel ou familial. On peut citer l'exemple du revendeur de matériel électroménager faisant l'acquisition à crédit d'une machine de cartes de visite⁸⁵⁸ ou de l'arboriculteur en relation avec son pépiniériste⁸⁵⁹. Ils sont tous les deux des professionnels. Plus généralement, le prêt cautionné et consenti pour l'achat d'un véhicule destiné à l'activité d'une société fait partie de l'activité professionnelle⁸⁶⁰. De même, le président-directeur général d'une société qui s'est porté caution avec celle-ci pour un prêt consenti à une autre société dont il est également le président-directeur général ne peut réclamer l'application de la loi du 10 juillet 2010 sur le crédit à la consommation alors que son engagement est manifestement destiné au financement d'une activité professionnelle⁸⁶¹.

735. Pour sa part, article 2 de la Directive relative aux droit des consommateurs du 25 octobre 2011 prévoit qu' : «Aux fins de la présente directive, on entend par (2) professionnel: toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive ».

736. Dans le droit moldave, la notion du professionnel présente des éléments communs avec la définition donnée par la directive, et notamment selon l'art.1 de la Loi sur la protection des consommateurs « professionnel est toute personne physique ou morale autorisée pour l'activité d'entrepreneuriat, qui fabrique, transporte, réalise des produits ou parties de ces produits, preste des services (exécute des travaux) ».

⁸⁵⁸ Civ.23 juin 1987 : Bull, civ., I, 154

⁸⁵⁹ Cass. Ire Civ. 24 nov. 1993, D. 1994, somm., p 296, obs. PAISANT G.

⁸⁶⁰ Com. 4 février 1992, D. 1992, IR, p 90.

⁸⁶¹ CA Paris 4 juin 1993, D. 1993, IR, p 243.

737. Dans la doctrine française la définition du professionnel varie. Selon MM. Calais-Auloy et Steinmetz, “le professionnel est la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de services”⁸⁶². La même définition est reprise par H. Davo et Y. Picod⁸⁶³ et par S. Berheim-Desvaux⁸⁶⁴.

738. Après bien des hésitations, dans le droit français le professionnel apparaît comme étant celui qui conclut un contrat en lien direct avec une entreprise. Ainsi statue la Cour de cassation : "attendu que les dispositions de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, devenu les articles L. 132-1 et L. 133-1 du Code de la consommation et l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant⁸⁶⁵. Ainsi, il ne peut y avoir de clauses abusives dans un contrat de crédit destiné à financer une activité professionnelle⁸⁶⁶.

739. Aussi bien, la jurisprudence française propose la définition suivante : le professionnel est la personne qui exploite une entreprise, à condition de prendre le mot entreprise dans son sens le plus large. C'est le caractère habituel et organise de l'activité qui fait la force du professionnel : il est, dans sa spécialité, plus compétent que le consommateur. Il existe donc un déséquilibre qui justifie l'application du droit de la consommation.

740. Nous ajouterons qu'en matière de droit des clauses abusives des considérations d'ordre législatif ou jurisprudentiel peuvent perturber cette définition classique de la notion de professionnel. D'une part, la suppression du critère d'abus de puissance économique qui auparavant servait à déterminer le caractère abusif d'une clause, comme nous le verrons plus tard, risque d'avoir une incidence sur la qualification du professionnel⁸⁶⁷. La disparition de l'abus de puissance économique, même si l'appréciation d'une clause abusive est quant à elle subjective,

⁸⁶² CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., op. cit., n° 3

⁸⁶³ DAVO H. et PICOD Y., op. cit., n° 39

⁸⁶⁴ BERHEIM-DESVAUX S., op. cit., p. 56

⁸⁶⁵ Cass. 1re civ., 24 janv. 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 54 ; Contrats, conc. consom. 1995, comm. 84, note LEVENEUR L.; D. 1995, p. 327, note PAISANT G.; D. 1995, somm. p. 229, obs. DELEBECQUE P. ; D. 1995, somm. p. 310, obs. PIZZIO J.-P.; JCP G 1995, I, 3893, n° 28, obs. VINEY G. – Cass. 1re civ., 3 janv. 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 9 ; Contrats, conc. consom. 1996, chron. 4, par LEVENEUR L.; D. 1996, p. 228, note PAISANT G.; JCP G 1996, II, 22654, note LEVENEUR L.; JCP G 1996, I, 3929, § 1 obs. LABARTHE Fr.; RTD civ. 1996, p. 609, obs. MESTRE J.; Defrénois 1996, 766, obs. MAZEAUD D. – Cass. 1re civ., 30 janv. 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 55. – Cass. 1re civ., 10 juill. 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 318 ; Contrats, conc. consom. 1996, comm. 157, obs. RAYMOND G. – Cass. 1re civ., 5 nov. 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 377 ; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 23, obs. LEVENEUR L.; Contrats, conc. consom. 1997, comm. 12, obs. RAYMOND G. – Cass. 1re civ., 17 nov. 1998 : Bull. civ. 1998, I, n° 322 ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. 21, note LEVENEUR L.

⁸⁶⁶ Cass. 1re civ., 27 sept. 2005, 1re esp. : JurisData n° 2005-029908 ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 215, obs. RAYMOND G. – Cass. 2e civ., 8 mars 2004 : Contrats, conc. consom. 2004, comm. 100, 1re esp. ; JCP G 2004, II, 10106, note BAKOUCHE D. – CA Rennes, 25 janv. 2005 : JurisData n° 2005-269914

⁸⁶⁷ BAZIN E., Le consentement du consommateur, p.297

confère bien involontairement à la notion de professionnel un caractère objectif. La réforme fait perdre à cette notion la part de subjectivité qu'elle possédait sous la loi antérieure. L'intention du législateur a été effectivement, en supprimant ce critère, d'accroître la protection du consommateur⁸⁶⁸...ce qui est loin d'être inexact.

741. Dans la mesure où la clause abusive est désormais abusive en elle-même (c'est-à-dire que la clause sera sanctionnée parce qu'elle aboutit à une injustice), il importe peu que le professionnel domine un marché international, national ou local ou que l'abus de puissance économique soit responsable du déséquilibre significatif du contenu contractuel. De la sorte, on comprend mieux que la question de la protection contre les clauses abusives des usagers des services publics soit particulièrement d'actualité ; nous verrons qu'il est peut-être possible de réserver cette protection aux usagers de ces services victimes de clauses qui dérogent gravement au droit commun.

742. Mais cette vision de la qualité de professionnel peut avoir une portée inattendue. Par exemple, la protection contre les clauses abusives n'exclut pas les contrats médicaux. Il suffit pour s'en convaincre de citer les prestataires de chirurgie esthétique qui sont des professionnels parce qu'ils accomplissent des actes entrant sans conteste dans le cadre de leur activité professionnelle au sens du nouveau droit des clauses abusives. Il est dommage que l'on raisonne alors en termes de rapports marchands et plus tellement de « colloque singulier » (le colloque singulier est le rapport entre le patient et son médecin)⁸⁶⁹.

743. D'autre part, nous avons pu remarquer que la jurisprudence actuelle avait adopté une conception objective de la notion de consommateur qui se résume pour les besoins de notre propos à exclure de la législation sur les clauses abusives le professionnel qui accomplit un acte en rapport direct avec son activité professionnelle⁸⁷⁰. Tenté par un raisonnement a contrario, on peut penser que le professionnel serait celui qui accomplit un acte en rapport direct avec son activité ; critère devant s'interpréter comme tout acte qui participe au processus économique de fabrication, de distribution ou de commercialisation de produits ou de services⁸⁷¹.

744. Cette distinction a un intérêt en cas de problème de frontière pour déterminer la qualité de professionnel. Il est clair que lorsque le contractant a une activité qui implique à la fois un caractère habituel et lucratif on a moins besoin de savoir si l'acte conclu avec un consommateur a un rapport direct avec son activité professionnelle... Ce raisonnement a contrario tiré du critère du rapport direct d'activité a une vraie utilité lorsqu'on a affaire à un

⁸⁶⁸ JO Sénat (CR) Mercredi 16 nov. 1994, p 5567

⁸⁶⁹ BAZIN E., these prec., p298

⁸⁷⁰ V. supra notre conclusion sur la notion de consommateur et non-professionnel, p.

⁸⁷¹ Ibidem

contractant qui ne recherche pas « officiellement » un but lucratif. En posant le principe que dès qu'un acte accompli rentre dans un processus économique, le contractant doit devenir un professionnel, certaines difficultés pourront être résolues. Par exemple, une association régie par la loi de 1901 qui organise des séjours linguistiques ou des voyages conclut des contrats en rapport direct avec une activité professionnelle d'organisation de séjours ou de voyages⁸⁷². Il n'est pas nécessaire, à notre avis, en matière de clauses abusives, de démontrer le caractère artificiel de certaines structures associatives qui n'ont qu'une enveloppe associative en s'attachant à prouver un contenu intéressé... Le critère de rapport direct est alors bien utile.

745. Dans d'autres situations, il pourra être défavorable à l'extension de la protection à certaines catégories de contractants non-professionnels. Il en sera ainsi des locataires. La question de l'application de la protection légale contre les clauses abusives des locataires peut à première vue déconcerter. Il existe, en effet, un arsenal juridique spécifique aux relations entre bailleurs et locataires d'un logement à usage d'habitation ou d'habitation et professionnelle. Ces locataires peuvent ainsi faire juger qu'une clause est réputée non écrite car figurant dans la liste légale des clauses illicites. Pour autant, cette interdiction de clauses ne protège pas le locataire contre l'insertion de clauses non illicites de par la loi du 6 juillet 1989, mais abusives par ailleurs. Cet intérêt du locataire à agir en suppression de clauses abusives n'est possible que si l'on reconnaît la qualité de professionnel au bailleur. Le problème ne se pose pas pour une agence immobilière propriétaire de logements locatifs : elle est un professionnel⁸⁷³.

746. Quid par contre, d'un simple bailleur particulier ou privé qui loue à un locataire un logement à usage d'habitation ? Toute discussion sur le sujet semblait close depuis une recommandation de la Commission des clauses abusives. Il est vrai que le problème avait été soulevé dès l'origine par la Commission des lois constitutionnelles qui s'était penchée sur le projet de loi sur les clauses abusives⁸⁷⁴. Quant à la Commission des clauses abusives, elle a rendu une recommandation concernant les contrats de locaux à usage d'habitation après avoir pris le soin dans son rapport pour l'année 1979⁸⁷⁵ de préciser que de tels contrats ne ressortissaient pas au domaine de la loi lorsqu'ils étaient conclus par des propriétaires ne louant qu'un seul ou un très petit nombre de locaux. *A contrario*, le professionnel pourrait être un

⁸⁷² D'une part, parce que l'organisation et la vente de voyages ou de séjours dans un but lucratif impliquent la possession d'une licence d'agents de voyages. D'autre part, même dans un but non lucratif, l'association doit être titulaire d'un agrément de tourisme ; V. les actions en suppression de clauses abusives intentées par des associations de consommateurs contre des organismes de séjours linguistiques, TGI Paris 30 oct. 1996, aff. CSCV c/ Vivalangues et 2 avril 1997, aff. UFC c/ SILC, décisions inédites

⁸⁷³ BAZIN E., these prec., p.299

⁸⁷⁴ Avis présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, Doc. Sénat, 1re Session Ordinaire 1977,1978, THIRAUD J., p 15.

⁸⁷⁵ Recomm. CCA n° 80-04 du fév. 1980, BOCC 17 oct. 1980 et sur le rapport, V., p 188-c.

bailleur privé louant un grand nombre de logements⁸⁷⁶. Mais à partir de quand un bailleur est-il professionnel ? Cette recommandation semble s'orienter vers un critère quantitatif. Doit-on alors prendre exemple sur l'acte de commerce ? Ou peut-on retenir l'importance des loyers ? Par exemple, un loyer total de 300 Euro par mois pour quatre logements est sans commune mesure en comparaison de deux logements loués pour un montant mensuel total de 3000 Euro.

747. Il nous paraît improbable pour le plus grand nombre de bailleurs non institutionnels et simplement petits propriétaires de pouvoir les qualifier de professionnels dans leurs relations contractuelles avec des locataires. On ne peut pas dire qu'ils participent à un processus économique s'inscrivant dans le cadre de la commercialisation de services locatifs. Souvent ces propriétaires sont de condition modeste et n'ont même pas de quoi faire face aux dépenses nécessaires à la réalisation de travaux urgents. C'est indéniablement accorder une moindre protection au locataire ... Mais c'est le prix pour une détermination moins arbitraire de la notion de professionnel et donc conforme à la réalité de l'activité économique⁸⁷⁷.

748. En conclusion, le concept traditionnel de professionnel qui est celui qui agit pour les besoins de sa profession demeure toujours applicable après la loi du 1er février. Il est complété, le cas échéant, par le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle de l'intéressé.

B) – L'élément général d'identification du professionnel – l'activité professionnelle

749. L'élément de l'activité professionnelle est la finalité professionnelle et correspond à « l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence »⁸⁷⁸. Par ailleurs, la Cour de cassation, dans une de ses décisions, a considéré l'activité habituelle « comme une activité professionnelle, celle d'une personne morale — une société civile immobilière — qui, en vertu de son objet social, procure, sous quelque forme que ce soit, des immeubles en propriété ou en jouissance, le nombre des immeubles sur lesquels s'exercent ces activités étant indifférent »⁸⁷⁹.

750. Une définition identique existe dans le vocabulaire commun qui dispose que la profession est « une activité rémunérée et régulière exercée pour gagner sa vie »⁸⁸⁰. Une distinction s'impose. Il faut un but lucratif car non seulement le professionnel cherche à survivre mais veut également un salaire, des honoraires ou des bénéfices. De plus, l'activité doit être

⁸⁷⁶ V. en faveur d'un tel raisonnement a contrario, CARMET O., Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, RTD com. 1982, p 1 et s ; pour une analyse sceptique, BRIERE V. De L'isle, RD immob. janv. mars 1981; contra, RAYMOND G., Les contrats de consommation, in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Actes du colloque du 24 février 1994, Actualités de droit de l'entreprise, n° 19, Litec, spéc.p 43...cet auteur refuse que le bail d'habitation puisse constituer un contrat de consommation.

⁸⁷⁷ BAZIN E., thèse préc. p. 300

⁸⁷⁸ SAVATIER J. et LACOSTE J., Rép. Com., Dalloz, V. Profession.

⁸⁷⁹ Civ 1ere, 11 oct. 1994, Droit et patrimoine 1995, n° 880

⁸⁸⁰ Dictionnaire Grand Larousse

régulière. Par exemple, le particulier qui vend occasionnellement un véhicule automobile n'est pas un professionnel.

751. Mme Rzepecki écrivait dans sa thèse qu' « un acte isolé, même s'il procure à son auteur un profit, ne devrait pas suffire pour lui conférer la qualité de professionnel. Cette explication est cependant insuffisante pour balayer les hésitations qui peuvent naître au sujet du caractère habituel de l'activité »⁸⁸¹. Le caractère implique, a-t-on dit « un premier acte, instaurant l'activité, et un dernier, y mettant fin »⁸⁸².

752. La première question à laquelle il faut répondre est donc celle de savoir si le premier acte d'une activité — celui qui donne naissance à celle-ci — permet déjà de parler d'activité habituelle, et confère par là même à son auteur la qualité de professionnel. Un jugement du Tribunal de grande instance de Cahors est en ce sens qui a refusé l'application des dispositions relatives au démarchage à domicile à un démarché ayant souscrit le contrat litigieux pour les besoins d'une exploitation « en cours de création »⁸⁸³. C'est lui conférer *a contrario* la qualité de professionnel.

753. Quant au dernier acte de l'activité, celui qui y met fin, les positions divergent. Alors que les juridictions françaises le considèrent comme un acte détaché de l'activité professionnelle⁸⁸⁴, la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt relatif à l'application de la directive du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, a estimé que les actes préparatoires à la cession de son fonds par un commerçant relèvent toujours de son activité professionnelle habituelle⁸⁸⁵.

754. Si le professionnel se définit positivement en ce que sa qualité exige une activité habituelle, il se définit également négativement en se détachant du lieu commun qui voudrait l'assimiler au seul commerçant – activité professionnelle.

755. L'objet de l'activité peut être très utile pour cerner la qualité de professionnel d'un contractant. On se sert alors de l'acte matériel qui, ici, est soit de production soit de vente soit encore de revente, distribution, transformation... Il suffit de participer à l'un des stades du processus économique d'un bien ou d'un service pour être qualifié de professionnel. Il n'est donc pas étonnant que Mme J.C Mayali, dans sa thèse de doctorat,⁸⁸⁶ écrive que « le stade de l'offre de

⁸⁸¹ RZEPECKI N., Droit de la consommation et théorie générale du contrat, thèse de doctorat, Université Robert Schuman Strasbourg III 1998, p.273

⁸⁸² MAYALI J.-C., La notion de consommateur, n° 177.

⁸⁸³ TGI Cahors, 15 sept. 1988. D. 1988, somm. 408, obs. AUBERT J.-L.

⁸⁸⁴ Crim., 14 juin 1988, Gaz. Pal. 1990, I, 144 et Civ. 1ère, 2 fév. 1994. D. 1994, somm. 236, obs. PAISANT G.

⁸⁸⁵ RZEPECKI N., préc., CJCE. 14 mars 1991. Di Pinto aff. C-361/89, Rec. I-1189 ; RED cosom. 1991. 103. Position approuvée par MAYALI J.-C., La notion de consommateur. op. cit., n° 184.

⁸⁸⁶ MAYALI J.-C., La notion de consommateur, th. Montpellier, 1993, n° 159.

biens ou de services n'est qu'une étape dans le processus, presque déjà en amont, au niveau de la production ou de la transformation des biens ou des matières premières » où « la conception de professionnel s'affirme ». Quant à l'activité professionnelle, on trouve également la question de sa nature. Elle peut être commerciale au sens où on l'entend aux articles 1^{er} et 632 du Code de commerce. Elle peut être aussi civile (par exemple, un artisan).

756. Une des distinctions les plus classiques du droit civil français repose sur l'opposition du droit civil et du droit commercial, droit applicable à ceux « qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle »⁸⁸⁷. Le droit de la consommation dépasse cette distinction en faisant appel, pour déterminer la nature de la qualité de celui qui s'oppose au consommateur, au concept plus large de professionnel⁸⁸⁸. La notion de professionnel va effectivement au-delà de celle de commerçant, puisqu'elle comprend, à côté des commerçants, les personnalités civiles — c'est-à-dire non-commerçantes — que sont les artisans, les agriculteurs sans oublier les titulaires de professions libérales⁸⁸⁹. La substitution du professionnel au commerçant en matière de droit de la consommation se justifie aisément. MM. Cas et Ferrier expliquent par exemple, que le médecin — qui exerce une profession libérale, donc un non-commerçant — peut être tout aussi dangereux pour l'intégrité physique de son patient que le transporteur de voyageurs auquel la loi attribue la qualité de commerçant. De même, les conséquences d'une réparation automobile défectueuse sont à l'évidence les mêmes, que le réparateur soit commerçant ou artisan⁸⁹⁰. Là où la loi ne distingue pas, il n'y a donc pas lieu de distinguer⁸⁹¹.

757. Le concept gagne encore en ampleur si l'on accepte d'assimiler au professionnel proprement dit certains groupements dans la mesure où les méthodes par eux utilisées se rapprochent de celles des entreprises commerciales. On peut se demander si cette identification n'entraîne pas la reconnaissance d'un concept subjectif du professionnel, entendu désormais comme toute personne qui bénéficie d'une supériorité à la fois technique et juridique. La jurisprudence ne semble toutefois pas s'être engagée sur ce terrain. Le professionnel n'est pas

⁸⁸⁷ C. com., art. 1^{er}. Le commerçant est « toute personne physique qui, en vue d'un profit, exerce à titre professionnel l'une des activités énumérées par les articles 632 et 633 du Code de commerce » (Vocabulaire juridique CORNU). Sur le rapport entre les notions de commerçant et de professionnel, v. TUNC A., *Ebauche du droit dei contrat* professionnels, Mélanges RIPERT G., t. II, 1950, 137 ; SAVATIER J., *Contribution à une étude juridique de la profession*, Mélanges HAMEL J., 1961, 6, n° 6 et s.

⁸⁸⁸ MARTY J.P. *La distinction w droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, op. cit., 694 et s.

⁸⁸⁹ RZEPECKI N., *these prec.* n° 377, p.274

⁸⁹⁰ CAS G. et FERRIER D. *Traité du droit de la consommation*, n°14

⁸⁹¹ Si besoin était, on pourrait se prévaloir d'un argument de droit comparé et argument à cet effet de la dernière loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et ta protection du consommateur, qui, dans son article 1^{er}, 6, entend notamment par « vendeur », « tout commerçant ou artisan ainsi que toute personne physique ou morale » qui vend des produits ou des services « dans le cadre d'une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire » INGBER L., I. de SAEDELEER et RENARD A., *Chronique de droit belge*, RTD civ. 1992, 835.

simplement le fort opposé au faible que serait le consommateur, car le professionnel est celui qui produit, entreprend, distribue de manière habituelle, dans le but le plus souvent de réaliser des profits⁸⁹².

758. Il est vrai que, pour mener à bien son entreprise, le professionnel doit faire preuve d'une maturité dans le domaine économique que ne possède à l'évidence pas le consommateur moyen. Cet élément ne relève cependant pas de l'essence du concept de professionnel, ce n'en est qu'une conséquence, certes le plus souvent inéluctable, mais non nécessaire⁸⁹³. Seront donc aptes à être considérées comme professionnels alors qu'elles n'en possèdent pas à l'origine la qualité, les seules personnes, physiques ou morales exerçant une activité de production ou de distribution de manière habituelle. Les associations devront ainsi être comprises dans la catégorie des professionnels quand les méthodes qu'elles utilisent, lorsqu'elles offrent des biens ou des services, se rapprochent de celles des commerçants⁸⁹⁴. La Cour d'appel de Paris a ainsi décidé que le CICEC (Centre d'information des comités d'entreprises et des collectivités) a la qualité de professionnel au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 car, « bien qu'ayant la forme juridique d'une association et n'exerçant son activité que dans un but autre que de partager des bénéfices, (il) puise une partie de ses ressources, selon l'article VII-2 de ses statuts « des sommes perçues en contrepartie des prestations fournies par l'association, notamment d'abonnement à la revue éditée par l'association... »⁸⁹⁵. On ne peut qu'approuver le raisonnement suivi par les juges, dans la mesure où le centre, comme n'importe quel professionnel, se procurait une part de ses ressources dans une activité habituelle de production et de distribution⁸⁹⁶.

§ 2nd - Les cas particuliers de la définition du professionnel

759. Si l'on s'en tient à la lettre du Code de la consommation, le professionnel et le consommateur doivent être en position de contractants pour que soient applicables les dispositions sur les clauses abusives. La protection contre les clauses abusives est applicable aux contrats de toute nature, quel que soit leur support, et même à certaines conditions aux services

⁸⁹² V.note suivante

⁸⁹³ Cette position est sans doute regrettable dans la mesure où la reconnaissance d'une notion subjective de professionnel permettrait à celui qui reçoit un bien d'un non professionnel d'invoquer à son profit les règles protectrices s'il parvient à prouver que, sans agir nécessairement de manière habituelle, son contractant jouit à son encontre d'une supériorité économique et/ou juridique, RZEPECKI N., thèse préc. n° 378, p.275

⁸⁹⁴ CALAIS-AUIOY J., Le projet français de Code de la consommation. RED consom. 1990, 179 ; Petites Affiches 3 août 1990, p. 30. La solution vaut, que l'association soit ou non à but lucratif, un tel but n'apparaissant pas comme un élément déterminant de la définition de la notion de professionnel (alors même que ce but existe dans la plupart des cas) telle que proposée par la Commission de refonte du droit de la consommation.

⁸⁹⁵ CA Paris, 22 mars 1990 (D. 1990, inf.rap.98 ; Petite Affiches 27 juin 1990, p.32, note GIAUME C.) ; Civ 1^{ere} 26 mai 1993, D.1993, 568, note PAISANT G ; JCP 1993, ed G. II, 22158, note BAZIN E. ; JCP 1993, ed G, I, 3709, obs. MARCHESSAUX I.

⁸⁹⁶ RZEPECKI N., these préc. n° 378, p.276

publics⁸⁹⁷ (A). Mais il existe des cas particuliers dans lesquels l'association (B) et l'intermédiaire (C) créent des débats concernant leurs appartenances aux personnes morales.

A) - La qualification de professionnel des services publics

760. Il convient d'abord de démontrer pourquoi il est nécessaire de qualifier parfois le service public de professionnel (1). Par suite, le droit des clauses abusives n'indique pas comment il s'applique à un service public qualifié de professionnel (2).

1 – La nécessité de qualifier certains services publics de professionnels

761. Jusqu' à une certaine période, la relation usager et service public était forcément réglementaire, c'est-à-dire détachée du droit privé parce que l'usager était un assujetti ou un administré⁸⁹⁸ et le service public présumé fonctionner dans l'intérêt général⁸⁹⁹. En conséquence, on distinguait l'activité privée de l'activité publique par trois critères : un critère finaliste reposant sur le but visé soit l'intérêt général, ce qui explique notamment le principe de l'égal accès au service public, un critère organique à savoir la gestion du service par une personne publique et le critère matériel qui prend en compte les procédés propres au droit public, principalement l'emploi de clauses exorbitantes du droit commun. C'est à partir de 1921 que la jurisprudence dit du "Bac d'Eloka"⁹⁰⁰ a ouvert la brèche à une autre conception du service public et ainsi distingué les services publics industriels et commerciaux (S P I C) soumis partiellement au droit privé et à la compétence judiciaire et les services publics administratifs (S.P.A) relevant du juge administratif et du droit public. Cette jurisprudence ne semble pas retenir un critère objectif, mais incline à utiliser des critères de ressemblance extérieure avec les entreprises industrielles ou commerciales similaires. On s'accorde à reconnaître la qualité de services publics industriels ou commerciaux si l'objet économique du service en question a les mêmes caractères qu'une entreprise privée, le service est alimenté, c'est-à-dire payé en partie par les usagers et si son fonctionnement n'a pas un caractère exorbitant et administratif⁹⁰¹. Cette distinction n'a fait finalement que prendre en

⁸⁹⁷ CE 11 juill. 2001, Société des eaux du Nord, req. n° 221458 ; Amar, D. 2001, Chron. p. 2810 ; AJDA 2001, p. 857, note GUGLIELMI J. et chron. GUYOMAR M. et COLLIN P. ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; RTD com. 2002, p. 51, obs. Orsoni ; RFDA 2001, p. 1124 ; JCP 2001, I, 370, n° 1 s., obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD N. ; Resp. civ. et assur. 2002, n° 2, note GUETTIER C. ; Gaz. Pal. 2002, 1, p. 98, note Sylvestre ; Contrats, conc., consom. 2002, chron. 2 ; Dans le même sens : CA Montpellier, 15 mai 2001, Juris-Data, n° 154157 ; TGI Paris, 17 janv. 1990, D. 1990, Jur. p. 289, note Ghestin ; V. aussi : CA Paris (8e ch. D), 29 juin 2000, Juris-Data, n° 141026.

⁸⁹⁸ SAPIN M., La place et le rôle des usagers dans le service public, La Documentation française, Coll. Rapports officiels, 1983.

⁸⁹⁹ LAUBADERE A., VENEZIA J.C, GAUDEME Y., Traité de droit administratif, Tome I, 2è éd., n° 35.

⁹⁰⁰ Arrêt Bac d'Eloka, TC 22 janvier 1921, D. 1921, 3.1 ; V. aussi CE 29 janv. 1932, Kuhn, S. 1932, 3, 101 ; pour des éléments d'identification, V. CE 16 nov. 1956, Union

⁹⁰¹ BAZIN E., these prec. p.302

considération la logique concurrentielle qui s'est intensifiée au fil des années. Aujourd'hui, personne ne conteste que certains services publics entretiennent des rapports avec leurs usagers relevant de la pure logique du marché.

762. Plusieurs facteurs sont à l'origine du bouleversement de la nature traditionnelle des services publics⁹⁰². Tout d'abord, la pression de la concurrence, notamment par l'ouverture des frontières et la mondialisation de l'économie (exemple du secteur des télécommunications) a obligé les services publics à entrer dans une logique marchande. Elle a eu pour résultat une déréglementation et l'entrée de la rentabilité dans les objectifs de certains services publics ainsi que la réduction du particularisme du droit des services publics.

763. En outre, la pression des instances européennes a largement contribué à l'essor des services publics marchands. En effet, le droit communautaire ne s'intéresse qu'au respect de la libre concurrence⁹⁰³ et n'attache pratiquement pas d'importance au statut public ou privé des opérateurs économiques. Même l'article 90 du Traité de Rome qui fait référence au service économique d'intérêt général, est limité par la Cour de Justice des Communautés Européennes⁹⁰⁴ qui autorise l'atteinte à la concurrence par des services publics gérés par des entreprises s'il n'y a pas d'autre moyen d'action. Enfin, l'aspiration de l'utilisateur à la qualité de consommateur a permis de justifier la transformation de certains services publics en services publics marchands. Il suffit d'entendre certains dirigeants de ces services parler de leurs usagers en termes de clients⁹⁰⁵.

764. En somme, le service public marchand doit satisfaire des intérêts catégoriels ; l'utilisateur souhaitant payer un service individualisé et non plus collectif (par exemple, dans les transports selon que l'utilisateur est jeune, âgé, parent d'une famille nombreuse, abonné à un trajet quotidien ou voyageant beaucoup, sans emploi...). L'administration elle-même a tenu compte de ce mouvement en multipliant les textes favorables à l'émergence d'un utilisateur-consommateur : par exemple, et pour ne citer qu'elle, la circulaire Juppé du 26 juillet 1995 sur la réforme de l'Etat et des services publics. L'Administration a fait prévaloir alors l'enjeu économique en réduisant le critère organique à une peau de chagrin. En effet, le service public moderne est de plus en plus géré par des organismes privés chargés d'une mission de service public⁹⁰⁶.

⁹⁰² Ibidem

⁹⁰³ PELLINGHELLI-STEINCHEN S., Les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux au regard du contrôle des clauses abusives, Petites Affiches 14 juillet 1997, n° 84, p 11 ; THOUVENIN J.M, Personnes publiques, personnes privées investies d'une mission de service public et droit de la concurrence, Dalloz Affaires 1997, p 331.

⁹⁰⁴ CJCE 19 mai 1993, AJDA 1993, p 865, note HAMON F.

⁹⁰⁵ V. à titre d'exemple, les propos tenus par BAILLY J.P, PDG de la RATP, " Toute ma politique sera tournée vers le client. Je propose que la RATP devienne le modèle d'une nouvelle génération de service public " Le Monde du 1er oct. 1994

⁹⁰⁶ BAZIN E., these prec., p.303

765. Aussi n'est-il pas étonnant que la distinction entre services publics industriels et commerciaux et services publics administratifs soit devenue quelque peu artificielle. Effectivement, s'il ne fait pas de doute que les relations entre le service public industriel et commercial et ses usagers-consommateurs relèvent du droit privé⁹⁰⁷, le service public administratif a tendance à se rétrécir au profit d'interventions ayant une nature de droit privé.

766. En ce sens, on peut supputer que la distinction classique entre services publics industriels et commerciaux et services publics administratifs ne reflète plus la réalité de l'action publique. Force est de reconnaître que les entreprises privées ne gèrent pas seulement des services publics industriels et commerciaux ... elles peuvent gérer des services publics administratifs. Le Conseil d'Etat l'a explicitement permis dans son avis du 7 octobre 1986⁹⁰⁸. D'ailleurs, les exemples ne manquent pas. A titre d'illustration, on peut mentionner les centres de congrès ou les pompes funèbres⁹⁰⁹. Le Conseil Constitutionnel a néanmoins, à l'occasion des privatisations, posé le principe intangible de services publics dont l'existence et le fonctionnement sont exigés par la Constitution⁹¹⁰. Ces services sont la défense nationale, la justice, les affaires étrangères et la police.

767. Par voie de conséquence, il nous semble utile d'affiner la distinction des services publics marchands de la manière suivante. D'une part par *nature*, le service public industriel et commercial est un service marchand qui se comporte comme une entreprise privée dans les relations contractuelles avec ses usagers. Il est donc un professionnel. D'autre part, lorsqu'il y a privatisation de la gestion de certains services publics administratifs par des organismes privés, ajouté à celui de la concession ou de l'affermage (autoroutes par exemple), il est bien évident que dans un tel mode de gestion le droit administratif a tendance à s'effacer au profit du droit privé⁹¹¹. Il en résulte pour de tels services publics administratifs un régime fait de droit public et de droit privé car il ne faut pas oublier que l'organisme privé gère tout de même une mission de service public.

768. La jurisprudence en a conclu que les rapports individuels de ces organismes privés qui gèrent un service public relèvent le plus souvent du droit privé (le plus souvent, en effet... car certains organismes privés peuvent prendre des actes unilatéraux qui ont pour conséquence d'exclure toute nature contractuelle dans les relations avec les usagers). Par ailleurs, on retrouve également l'application du droit privé dans les relations entre usagers et services publics sociaux

⁹⁰⁷ MONNIER M., Service public et droit de la consommation en droits français et communautaires, Revue internationale de droit économique 1996, n° 3, p 393 et s. .

⁹⁰⁸ Avis CE 7 oct. 1986 n° 340-609 de la section de l'Intérieur sur le champ de l'application de la gestion déléguée

⁹⁰⁹ TC 19 déc. 1988 Dr. Adm., 1989, n° 90 ; TC 20 janv. 1986, AJDA, 1986, p 267

⁹¹⁰ CC 25-26 juin 1986 Privatisations (207-DC) GDCC, Sirey, 1993, n° 40 et CC 18 sept. 1986, JO, 19 sept. 1986.

⁹¹¹ En ce sens, CE 2 janvier 1959, Syndicat industriel d'utilisation et de transformation des fruits, pâtes de fruits et fruits secs, R., 1 ; CE 5 février 1954, Association El Hamidia, R 77 ; JCP 1954, II, 8136, concl. Mosset

(définis généralement comme tout service public ayant pour objet de fournir à leurs bénéficiaires des prestations sociales) gérés par des organismes privés (par exemple, les caisses de sécurité sociale, les centres de transfusion sanguine...) ⁹¹².

769. En bref, il nous paraît que la qualité de professionnel devrait dépendre pour un service public de son activité et donc de l'acte conclu avec l'utilisateur. Dès lors, personne ne s'étonnera que certains textes ignorent la distinction entre personnes publiques et personnes privées. C'est justement le cas en matière de clauses abusives.

2 – L'application du droit des clauses abusives aux services publics

770. Jusqu'à présent, le droit des clauses abusives s'appliquait avec parcimonie dans les contrats administratifs ⁹¹³. Avec la directive communautaire du 5 avril 1993, la protection contre les clauses abusives concerne le professionnel aussi bien privé que public. L'article 2, c) de la directive est sans ambiguïté lorsqu'il définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui ... agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée ». Cette position rejoint d'ailleurs celle qui avait été retenue par la Commission de refonte du droit de la consommation qui définissait les professionnels comme « des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui offrent des biens ou des services dans l'exercice d'une activité habituelle » ⁹¹⁴. Dans son rapport final, cette Commission se justifiait en mettant en avant que « les personnes morales de droit public ont un pouvoir économique dont elles abusent parfois ; la Commission trouverait choquant qu'elles échappent aux règles du droit de la consommation » ⁹¹⁵.

771. De toute façon, par la transposition de cette directive en droit français, les juges français pourront désormais légalement apprécier le caractère abusif de clauses dans les contrats administratifs. L'article L 132-1 du Code de la consommation le suggère en visant tous les contrats - quels qu'en soient la forme ou le support - conclus entre professionnels (sous-entendus publics et privés) et non-professionnels ou consommateurs (en l'occurrence, l'utilisateur d'un service public). Ainsi, c'est le droit communautaire qui vient à la rescousse du droit français. Il n'y a rien d'étonnant à cela ; la logique de la construction européenne est d'ordre économique ⁹¹⁶. Il ne

⁹¹² BAZIN E., these prec., p.303

⁹¹³ TGI Mâcon 25 fév. 1991, CJEJ, 1991, p 401, note RICHER L.; CA Angers 16 déc. CJEJ, 1988, p 178, note SABLIERE P., cet arrêt confirme le jugement du TGI d'Angers qui avait estimé que EDF présentait tous les caractères du professionnel, notamment " la supériorité technique et juridique (jugement du 11 mars 1986 , RTD civ. 1986, p 589, obs. MESTRE J., JCP 1987, éd. G, II, 20789, note GRIDEL P., CJEG p 178, note SABLIERE P.).

⁹¹⁴ Projet de Code de la consommation, article 2.

⁹¹⁵ Rapp.final, La documentation française avril 1985.

⁹¹⁶ MALLOL F., Divorce à l'européenne ? ou l'épineuse question des services publics ...JCP 1996, éd. G, I, 3963 ; BOITEAU C., L'entreprise nationale France Telecom (commentaire de la loi n° 96-660 du 26 juill. 1996) JCP 1996, éd. G, I, 3965

subsiste plus qu'un seul problème qui porte sur la compétence juridictionnelle ... résultat de la qualification des services publics en professionnels et des usagers en consommateurs, donc de l'application du droit des clauses abusives aux services publics.

772. Mais cette question de la compétence juridictionnelle pose plutôt le problème de l'appréciation du caractère abusif de clauses qui peuvent refléter des dispositions réglementaires par le juge et sera traitée au moment de l'étude du champ d'application de la réforme quant aux clauses. Pour l'instant, on s'oriente vers une appréciation de la légalité des clauses par le juge administratif qui devrait se faire logiquement en fonction de la nouvelle définition issue de la réforme du 1er février 1995⁹¹⁷.

B) – L'association

773. Un autre débat concerne les personnes morales avec le statut d'association et notamment : est-ce qu'une association, personne morale a but non lucratif, peut, dans certaines circonstances être considéré comme le professionnel? La question se pose notamment pour les associations dites « sans but lucratif ».

774. Ainsi, conformément à la loi, le contrat doit être conclu par un professionnel⁹¹⁸, mais cette restriction ne concerne pas l'action en suppression offerte aux associations de consommateurs⁹¹⁹, ce qui ouvre des perspectives tout à fait considérables en matière immobilière où les mandataires imposent des conditions pré-rédigées à des contrats conclus entre particuliers.

775. Un exemple, c'est un arrêt rendu le 22 mars 1990 par Cour d'appel de Paris sur le champ d'application de la loi du 10 janvier 1978 concernant la vente d'espaces publicitaires par une association, professionnel de l'édition⁹²⁰. Selon cet arrêt pour l'exercice de son activité d'édition, une association d'information des comités d'entreprise et collectivités doit être regardée

⁹¹⁷ TESTU F.X, La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives, Dalloz Affaires 1996, p 372 ; A rapprocher, CE, 1re et 4^e sect. Réunies, 27 avril 1998, Cornette de Saint-Cyr, D. 1998, IR, p 182, qui prend sa décision en se fondant sur l'article L 113-3 C. consom. (en l'espèce, il s'agissait de savoir si un arrêté qui imposait aux prestataires de prestations à visée esthétique était ou non illégal).

⁹¹⁸ V. par exemple admettant cette qualité : CA Dijon, 17 déc. 1998, Juris-Data, n° 048396 (association à but non lucratif gérant une école hôtelière) ; CA Paris, 22 mars 1990, D. 1990, IR p. 98 ; RTD civ. 1990, p. 474, obs. MESTRE J. (association d'information des comités d'entreprises, dans le cadre de sa fonction d'édition) ; V. aussi : Cass. 3e civ., 21 juin 2000, pourvoi n° 98-23.251 (absence d'application lorsque le vendeur n'a pas la qualité de professionnel de l'immobilier).

⁹¹⁹ CJCE 24 janv. 2002, Commission c/ République italienne, aff. C-372/99, Rec. 2002/1, I, 838 ; D. 2002, AJ p. 1065, obs. CHEVRIER G. et PIZZIO J.-P. (l'action préventive doit pouvoir être exercée alors même que les clauses en question n'auraient pas été utilisées, mais simplement recommandées par des professionnels ou leurs associations) ; dans le même sens : CA Paris (1re ch. B), 7 mai 1998, Juris-Data, n° 023868 ; Lamyline, n° rôle 96/86626 (une agence de location saisonnière a la qualité de professionnel, dès lors qu'elle assure la rédaction des conditions générales des contrats, que les propriétaires des locaux loués sont simplement destinataires d'un avis de location, et que c'est l'agence qui donne son accord pour la location) sur appel de TGI Paris (1re ch.), 8 oct. 1996, Juris-Data, n° 049942 (même hypothèse et même solution) ;

⁹²⁰ Recueil Dalloz 1990 p. 98, Champ d'application de la loi du 10 janv. 1978 : la vente d'espaces publicitaires par une association, professionnel de l'édition.

comme un professionnel au sens de l'art. 35 de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

776. C'est aussi intéressant d'examiner la décision du 23 mars 1999⁹²¹ sur un crédit destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle – association et notamment : un établissement de crédit avait consenti un découvert en compte, pour lequel le cautionnement de deux personnes avait été demandé. L'établissement de crédit avait ultérieurement demandé le remboursement du crédit à l'association et aux cautions. Ces dernières ont fait valoir que la réglementation du crédit à la consommation n'avait pas été respectée, de sorte que leur engagement était nul.

777. La Cour d'appel de Limoges faisait droit à cette prétention, car le bénéficiaire du crédit était une association ayant pour objet l'apprentissage de la « guitare », et n'avait donc pas de but lucratif. Elle ne tire pas les conséquences légales de ses constatations et viole l'art. L. 311-3 du Code de la consommation. La cour d'appel qui, pour décider que le crédit consenti par une banque à une association est régi par les dispositions relatives au crédit à la consommation, et pour annuler en conséquence le cautionnement solidaire consenti au profit de l'association, retient que les sommes perçues par cette association en contrepartie des prestations fournies ne peuvent faire naître de profit à son avantage, dès lors que celle-ci est dépourvue de but lucratif, alors qu'elle a constaté que l'objet de l'association est l'apprentissage de la guitare, que les statuts prévoient la rémunération de cet enseignement, ce dont il résulte que l'association exerce une activité professionnelle⁹²².

778. Sur pourvoi de l'établissement de crédit, l'arrêt est cassé par une décision de la Cour de cassation du 23 mars 1999. C'est qu'en effet, les statuts de l'association prévoyaient une rémunération de l'enseignement. De ce fait, l'association n'avait pas un but désintéressé. Mieux même elle exerçait une activité professionnelle. Aussi bien, la réglementation propre au crédit à la consommation n'avait pas lieu d'être appliquée.

779. Ainsi, en matière de crédit à la consommation, les magistrats ont estimé qu'une association exerçant une activité professionnelle ne relevait pas de ces dispositions, alors même que celle-ci est dépourvue de but lucratif. Cet arrêt pourrait donc inciter certains magistrats à rechercher au cas par cas les conditions dans lesquelles les conventions sont passées et à étendre ainsi le champ d'application du droit de la consommation.

⁹²¹ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1999, Bull. civ. I, n° 106

⁹²² D. 2000, Somm. p. 41, obs. PIZZIO J.-P.

C) – L'intermédiaire

780. Du côté du professionnel, un cas particulier se présente lorsqu'un contractant non professionnel est représenté par un intermédiaire qui, lui, est un professionnel. Ainsi, dans le louage d'habitation, il est fréquent que le bail soit proposé au locataire par un gérant, professionnel représentant le bailleur simple particulier. Si une clause du contrat se révèle abusive, peut-on appliquer les dispositions du Code de la consommation? Une réponse affirmative serait conforme à l'esprit de la loi : le contrat a été rédigé par un professionnel. Mais elle ne respecterait pas la lettre du Code : l'article L. 132-1 vise les « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ».

781. La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 mai 1999⁹²³ a donné de l'article L. 421-6 du Code de la consommation une interprétation restreinte en ce sens qu'elle cantonne l'application de cet article à l'action et qu'elle refuse de l'étendre à l'intervention dans un litige engagé par des consommateurs⁹²⁴: d'une part, c'est une action contre l'agent immobilier qui en qualité d'intermédiaire dans la transaction entre des non professionnels leur a proposé le modèle de contrat litigieux, d'autre part, contre l'éditeur de ce modèle de contrat, au motif que celui-ci a été conclu entre des non professionnels et que l'éditeur n'avait lui-même conclu aucun contrat avec un consommateur.

782. Il s'agissait d'un contrat conclu entre deux particuliers par l'intermédiaire d'une agence immobilière, sur un formulaire proposé par l'agence immobilière, imprimé par la société Tissot. L'acheteur, soutenu par trois associations de consommateurs engage une action en suppression des clauses abusives contenues dans le contrat contre l'éditeur du formulaire. La Cour de cassation déclare irrecevable l'action des associations au motif que « ayant constaté, que le contrat dont les clauses étaient critiquées avait été conclu entre des non-professionnels et que la société Tissot, éditeur du modèle de contrat, n'avait elle-même conclu aucun contrat avec un consommateur, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'a pas ajouté aux conditions posées par la loi, a déclaré irrecevables les demandes formées par les associations et qui tendaient à la suppression de clauses dans le modèle édité par cette société ».

783. Implicitement cependant, en considérant que le contrat litigieux « n'avait pas été conclu entre un professionnel et un consommateur étant donné que les vendeurs, comme l'acquéreur, étaient des non-professionnels », il paraît bien exclure, en cette circonstance

⁹²³ Cass. 1^{re} civ. 4 mai 1999, D. 2000, Somm. p. 48, et nos obs. ; JCP 1999, II, n° 10205, note PAISANT G.

⁹²⁴ Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, UFC et a. c/ Sté Papeterie Tissot et a. : Bull. civ. 1999, I, n° 147 ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. 134, obs. RAYMOND G.; Contrats, conc. consom. 1999, comm. 124, obs. LEVENEUR L.; JCP G 1999, I, 171, n° 1, obs. JAMIN C.; LPA 24 mars 2000, p. 16, note LAWSON-BODY L.; D. 2000, somm. p. 48, obs. PIZZIO J.-P.

également, l'application de la législation sur les clauses abusives. Dans l'article G. Paisant du JCP on voit bien le raisonnement : l'article L. 132-1 du Code de la consommation, le seul à considérer pour l'action individuelle du consommateur, n'est applicable que « dans les contrats conclus entre professionnels ou consommateurs » ; or, dans le cas d'espèce où l'agent immobilier n'était que le représentant du vendeur, simple particulier, le contrat ayant juridiquement été conclu entre deux « non-professionnels ou consommateurs » ; donc l'article L. 132-1 ne s'applique pas⁹²⁵.

784. Cette perfection n'est toutefois que formelle. La réalité est en effet que, dans des cas de ce genre, le consommateur n'a pour seul interlocuteur que le mandataire professionnel ; il ignore même le plus souvent le nom et la qualité du mandant, son cocontractant théorique, et il n'est pas en mesure de discuter les clauses du contrat préédigé qu'on soumet à sa signature. Concrètement, à défaut de l'être juridiquement, le contrat est matériellement conclu entre l'agent immobilier et le consommateur. C'est pourquoi, en considération de cette négociation contractuelle déséquilibrée mettant en présence un professionnel du marché immobilier et un simple particulier, plusieurs juridictions du fond s'étaient précédemment prononcées dans le sens de l'applicabilité de l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

785. Cette vision des choses serait donc désormais condamnée par l'arrêt rapporté. Il n'est cependant pas interdit de penser que les juges du fond, forts des intentions initiales du législateur de 1978 qui étaient d'éliminer aussi généralement que possible « les clauses abusives figurant dans les contrats conclus avec les consommateurs », refusent de suivre la voie des restrictions que leur montre la Cour de cassation⁹²⁶.

786. Les consommateurs méritent en effet la même protection contre les clauses abusives des contrats préédigés que leur font signer les professionnels, que ces derniers soient leurs cocontractants véritables ou de simples intermédiaires agissant pour le compte d'inconnus. Dans les deux cas en effet, la marge de négociation des clauses du contrat est tout aussi réduite et le rôle du professionnel est déterminant du déséquilibre au préjudice du consommateur. Dans les deux cas, ce dernier se trouve concrètement dans la même position d'infériorité et mérite la même protection. Dans les deux cas, encore, l'action individuelle du consommateur doit pouvoir être appuyée par l'intervention d'une association agréée même si, dans cette dernière hypothèse, les termes du débat juridique diffèrent⁹²⁷.

787. **En conclusion de la section sur la notion du professionnel**, nous pouvons affirmer que la qualité de professionnel est aussi incertaine que celle de consommateur. Aurons-nous

⁹²⁵ Cass. 1^{re} civ. 4 mai 1999, D. 2000, Somm. p. 48, et nos obs. ; JCP 1999, II, n° 10205, note PAISANT G.

⁹²⁶ Ibidem

⁹²⁷ Ibidem

alors plus de chance avec le domaine *ratione materiae* de la législation sur le droit des clauses abusives? Rien n'est moins sûr. Quels contrats sont ainsi susceptibles de contenir des clauses abusives ?

Chapitre II - Quant aux contrats

788. Dans l'idéal, la formation du contrat résulte de la seule rencontre des volontés. En pratique, elle donne souvent lieu à la rédaction de divers documents. Il s'agit là d'une réalité concrète, et c'est dans cette optique matérielle que se place l'étude des contrats de la consommation. Ainsi avant de rechercher la typologie des contrats qui concernent les clauses abusive (**Section 2**), il est important d'insister sur la nécessité d'un document contractuel qui matérialise l'existence des clauses abusives pour le consommateur (**Section 1**).

Section 1 – La nécessité d'un document contractuel

789. L'expression « document contractuel » est assez répandue⁹²⁸. Son usage est d'ailleurs plus fréquent dans la doctrine que dans la jurisprudence. Le plus souvent, en l'absence de définition, les auteurs procèdent à une énumération. Les documents les plus couramment cités pour illustrer cette catégorie sont : le contrat au sens instrumental du terme, le bon de commande, le bon de livraison, les factures, les lettres de confirmation... Cette énumération n'est jamais limitative et comporte toujours des points de suspension, et ce, à bon escient, car la pratique, propre à chaque type de contrat en genre de toutes sortes. Si elle donne un éclairage sur ce qu'est un document contractuel, elle ne le définit pas pour autant. Pour définir les documents contractuels, nous allons nous livrer à une analyse sémantique de ce mot (§1^{er}), puis nous verrons quel est le rôle de ce document dans les rapports de la consommation (§ 2nd).

§ 1^{er} - La définition du document contractuel

790. Il existe plusieurs définitions du mot document. Nous pouvons en trouver trois qui sont classiques et anciennes⁹²⁹, dont une peut être qualifiée de définition étroite, une deuxième de large, et une troisième de spéciale⁹³⁰. Celle que nous qualifions d'étruite correspond à tout écrit qui sert de preuve ou de renseignement. Il peut s'agir de papiers ou de tous matériaux susceptibles de pouvoir recevoir une écriture, au sens de représentation de la parole et de la pensée par des signes⁹³¹. Ici, l'écrit ne doit pas être pris en tant qu'acte juridique. La définition reste cependant étroite puisqu'elle ne retient que les écrits.

791. La deuxième définition est dite large car, selon celle-ci, un document est tout ce qui sert de preuve. Il peut s'agir d'écrits, de dessins ou de photographies, mais aussi par exemple, d'un enregistrement. Par rapport au premier sens, il y a donc une extension du terme. La

⁹²⁸ Une bibliographie sera indiquée lors de l'étude des divers documents étudiés, v. cependant, d'une manière générale, GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3e éd., L.G.D.J., 1993, nos 407 et s., p. 364 et s. ; SCHMIDT J., *Négociation et conclusion de contrats*, éd. Dalloz, 1982, nos 202 et s., p. 98 et s. ; AUBERT J.L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, L.G.D.J. 1970, nos 319 et s., p. 295 et s. ; BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, th. Paris, 1973, 2e éd., L.G.D.J., 1975, n°s 111 et s., p. 64 et s. ; BOYER Y., *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, th. Aix-Marseille 1977, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1978, nos 157 et s., p. 217 et s. ; CHOLEY J.Y., *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion, Étude de droit français et de droit comparé*, th. Aix-Marseille, 1974, p. 96 et s. ; DIENER P., *Le silence et le droit*, th. Bordeaux, 1975, nos 55 et s., p. 51 et s. ; GODE P., *Volonté et manifestation tacite*, th. Lille, 1977, n°s 189 et s., p. 206 et s. ; LITTMAN M.J., *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969, nos 205 et s., p. 311 et s. ; MADJARIAN J.C., *Le silence dans la formation du contrat*, th. Nice 1965, p. 121 et s.

⁹²⁹ Dictionnaire Petit ROBERT, *Vocabulaire juridique Association Trav. CAPITANT H. par CORNU G.*, PUF 1997

⁹³⁰ LABARTHE Fr., *La notion de document contractuel*, préface de GHESTIN J., LGDJ, Paris, 1994, n°1, p.1

⁹³¹ Dictionnaire PETIT ROBERT, v. "écriture". V. pour une étude juridique du signe, qui exclut de cette notion la communication linguistique, GRIDEL J.P., *Le signe et le droit*, th. Paris, L.G.D.J. 1979, notamment n° 27, p. 30.

troisième est relative à une acception spéciale du mot document, qui désigne ici le titre relatif à des marchandises en cours de transports, tels les connaissements, les factures, polices ou certificats d'assurance⁹³².

792. Plus récemment, est apparue une nouvelle définition⁹³³ du mot document donnée dans un projet de norme élaborée par l'organisation internationale de normalisation (ISO). Selon ses termes, « un document est l'ensemble d'un support d'information et des données enregistrées sur celui-ci sous une forme en général permanente et lisible par l'homme ou par une machine ». Il est possible de remarquer qu'il y a dans cette définition référence implicite à une écriture, prise au sens large de son terme, qui inclue tant l'écriture traditionnelle que l'écriture informatique.

793. Pour quelle définition opter lorsque au mot document est associé l'adjectif contractuel ? L'association du mot document avec l'adjectif contractuel précise bien évidemment le sens de document. Il y a ici une interférence avec la notion de contrat. Il ne s'agit plus de n'importe quel document, mais d'un document lié à un contrat. Par rapport aux définitions du mot document, il apparaît alors que toutes ne peuvent convenir à la notion de document contractuel.

794. La définition, relative aux transports de marchandises, est trop spécifique. Si les documents de transport entrent bien dans la catégorie des documents contractuels, ils ne peuvent refléter leur diversité. Il nous faut donc écarter cette définition. Celle incluant tout ce qui peut servir de preuve ou de témoignage, nous paraît convenir. L'idée de document contractuel est liée à celle de graphique, c'est-à-dire d'écrits, mais aussi de dessins et de photographies, et ce, qu'ils soient traditionnels ou informatiques.

795. La définition étroite, du mot document correspond davantage à une notion traditionnelle du document contractuel. En effet, en règle générale, un document contractuel est un écrit. Mais il est nécessaire de prendre en considération les nouveaux supports, et de ne pas se cantonner à l'idée de document contractuel qui ne pourrait être qu'un document papier. Par document, nous entendrons donc tout élément graphique ou donnée informatisée (auquel il faut ajouter, mais dans une moindre mesure, les éléments sonores et visuels) qui servent de preuve ou de renseignement.

796. Bien sûr, on pourra s'étonner de voir notre étude consacrée pour l'essentiel aux documents traditionnels dont le support est un papier. La notion de document contractuel, telle que nous allons la dégager, peut trouver à s'appliquer tant aux documents avec support papier qu'aux documents informatiques. Une fois la valeur probatoire du document informatique établie, c'est sa valeur contractuelle qu'il faudra déterminer. Et à ce moment là, ce sont les mêmes critères qui trouveront à s'appliquer. Mais il ne faut pas se cacher que, quantitativement,

⁹³² Vocabulaire juridique, Association CAPITANT H., par CORNU G., P.U.F. 1987.

⁹³³ Norme ISO DP 6760. A notre connaissance, il semblerait que ce projet n'ait pas encore vu le jour.

les documents traditionnels avec support papier peuvent autoriser notre recherche. En effet, les documents, et plus spécifiquement ceux issus de la télématique, s'ils tendent à se répandre, sont encore inférieurs en nombre aux documents papiers. Et pour l'instant, peu de jurisprudence existe à ce sujet⁹³⁴.

797. Après avoir proposé une définition des documents contractuels, nous allons voir quel est le rôle de ces documents, rôle qui explique très bien qu'ils soient liés habituellement à la notion d'écrit.

§ 2nd - Le rôle du document contractuel

798. Remettre un document contractuel n'est jamais anodin, ce geste a toujours une finalité. L'élaboration de bons documents contractuels est un gage de sécurité juridique. A chaque type de document est attribué un rôle précis. Cela peut être d'attirer ou convaincre le client, constater l'existence du contrat, prouver son exécution répondre à une obligation légale... La fonction probatoire des documents contractuels est importante.

799. Ils accompagnent en fait le contrat dans ses différentes phases. Souvent, l'accord n'a porté que sur les éléments essentiels, la chose, le prix, éventuellement le mode de paiement ou le délai de livraison. Même si celui-ci est matérialisé dans un écrit, il sera tentant de compléter le contrat par des conditions accessoires figurant parfois dans d'autres documents. Souvent aussi, les parties n'ont pas le temps, ou bien ce n'est pas l'usage, de rédiger un contrat, et celui-ci va être remplacé par divers documents, qui vont ponctuer les relations contractuelles⁹³⁵.

800. Utiliser divers documents contractuels pour compléter le contrat est totalement entré dans les mœurs, et la majorité d'entre eux comportent les conditions qu'un contractant veut imposer à l'autre. Certains documents, qualifiés d'annexés, jouent uniquement ce rôle. Mais d'autres documents, dont la fonction essentielle est probatoire par exemple, le jouent aussi. Il s'agit alors d'une fonction détournée. L'exemple type est la facture, dont la fonction est normalement probatoire, fiscale et comptable, mais qui, en outre, est souvent revêtue des conditions générales.

801. Avoir déterminé de façon générale le rôle des documents contractuels va nous permettre de mieux envisager leur nécessité. Notamment, les documents contractuels sont utilisés pour parvenir à la conclusion du contrat, pour le matérialiser, pour le compléter par des éléments accessoires ou pour prouver son exécution. Ils contribuent ainsi à la formation du contrat ou à sa réalisation. Ils servent également à établir l'existence et le contenu d'un accord. Ils

⁹³⁴ LECLERCQ P., Evolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve, Rapport de la Cour de cassation pour 1991, Documentation Française, p. 153.

⁹³⁵ LABARTHE Fr., op.cit., n°4, p.4

comportent un ou plusieurs éléments d'un contrat. Un document ne peut donc être qualifié véritablement de document contractuel que s'il engage à titre d'élément du contrat.

802. Notion de contrat et notion de document contractuel – Les mots font apparaître immédiatement leur parenté. D'après Labarthe Fr. il est évident que sans la notion de contrat, celle de document contractuel ne pourrait être envisagée⁹³⁶. Pour autant, l'étude de la notion de document contractuel n'est pas inutile. Elle est différente.

803. Le contrat a pu être défini d'une manière générale comme un accord de volontés « en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire des effets de droit »⁹³⁷. Il s'agit là d'une notion qui « peut recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes »⁹³⁸. La notion de contrat va se retrouver au sein des documents contractuels. Mais si un document peut comporter tous les éléments d'un contrat, il peut aussi ne comporter que des éléments accessoires. Un document contractuel peut ne pas contenir tous les éléments constitutifs d'un contrat, même s'il est bien évident que ces éléments existent puisque sans contrat, il ne peut y avoir de document contractuel⁹³⁹.

804. Il faut cependant faire une distinction. Il existe, en effet, une nébuleuse autour du contrat, puisque le même terme sert à désigner à la fois l'opération juridique et l'instrument de celle-ci. Les documents contractuels sont un aspect pratique du contrat, instrumentum, ils le concrétisent, que cela soit par le biais d'un papier ou de données informatisées, qui bien qu'elles dématérialisent en quelque sorte l'écrit, sont cependant inscrites dans un réseau, dont il est possible de conserver la trace. Mais la notion de document contractuel est plus large. Elle englobe certes l'instrument du contrat, mais également des documents qui contribuent à sa formation ou à sa réalisation, sans pour autant être élaborés dans le but de constater l'acte juridique, c'est-à-dire les éléments essentiels à la reconnaissance de l'existence de celui-ci. Les documents contractuels peuvent ne comporter que des éléments accessoires, qui à eux seuls, ne vont pas permettre de conclure à l'existence d'une convention.

805. Il est donc juste de distinguer la notion de document contractuel et celle de contrat parce que les documents contractuels sont les documents du contrat ou relatifs au contrat mais non forcément le contrat en lui-même ; cependant leur parenté est telle que leur détermination ne peut se faire qu'à l'aide de notions propres au contrat. Mais ici, par ce terme de contrat, nous entendons l'opération juridique, le negotium, donc la manifestation de volonté en vue de produire

⁹³⁶ LABARTHE Fr., op.cit., n°4, p.4

⁹³⁷ GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e ed., LGDJ., 1993, n°4, p.3

⁹³⁸ VEDEL G., La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, J.C.P. 1950, I, n° 851.

⁹³⁹ LABARTHE Fr., op.cit., n°9, p.7

des effets de droit. Ainsi, il est possible d'observer que la notion de document contractuel est étroitement liée à celle de *negotium*, mais qu'elle est plus large que celle l'*instrumentum*⁹⁴⁰. Ceci démontre que le contrat ne se réduit pas à l'opération juridique et à l'acte qui la constate, puisque ce dernier, lorsqu'il existe, ne permet pas toujours à lui seul de déterminer l'étendue exacte des engagements contractuels.

806. Ainsi, reconnaître la réalité d'une notion de document contractuel permet, à l'heure actuelle, de mieux cerner la notion de contrat. Celui-ci ne se présente pas comme un point cristallisé à un moment donné, mais davantage comme un noyau central accompagné de satellites ou documents périphériques. On a beaucoup insisté sur la notion de durée dans les contrats⁹⁴¹, mais il est possible d'ajouter que finalement, le contrat se présente aussi comme un espace, qu'il est susceptible d'avoir en quelque sorte une dimension spatio-temporelle. En pratique, le *negotium* va être entouré de divers documents. Dans l'espace, ils vont se situer devant, à côté ou derrière ce point que représente le *negotium*. Dans le temps, les documents contractuels vont pouvoir être remis avant, concomitamment ou après la conclusion du contrat. Mais tous les documents remis ou invoqués à l'occasion d'un contrat ne sont pas pour autant contractuels. Notre étude consistera donc à rechercher quels sont ceux qui ont vocation à l'être, et quels sont ceux qui, pratiquement, pourront être ainsi qualifiés. Nous verrons que des documents précontractuels, des documents annexes ou postcontractuels sont, à certaines conditions, susceptibles de contribuer à la formation ou à la réalisation du contrat, et d'engager à titre d'élément de celui-ci⁹⁴².

807. La notion de document contractuel est donc bien une réalité, différente à proprement parler de la notion de contrat, et, à la fois tellement proche, que les notions utilisées pour l'étude des documents contractuels sont celles relatives au contrat. C'est dans l'*instrumentum* que se trouvent les clauses abusives, l'appréciation de leur caractère abusif se faisant en fonction des droits et obligations respectifs des parties, c'est-à-dire du *negotium*.

⁹⁴⁰ LABARTHE Fr., op.cit., n°24, p1.4

⁹⁴¹ MOUSSERON M., La durée dans la formation des contrats. Mélanges Jauffret 1974, p. 503 et s. ; RIEG A., La punctaion, contribution à l'étude de la formation du contrat, Mélanges Jauffret, p. 600.

⁹⁴² LABARTHE Fr., op.cit., n°9, p.9

Section 2 – La typologie des contrats concernés

808. Des lors que l'un des contractants est un professionnel et l'autre un non-professionnel ou consommateur, les dispositions sur les clauses abusives s'appliquent à tous les contrats, quelle que soit leur nature – ventes, louages, prêts, assurances, etc. - et quel que soit leur objet, meuble ou immeuble⁹⁴³. Comme l'écrivait le professeur Gilles Paisant « Faute d'exclusive dans la loi, les clauses abusives peuvent être pourchassées dans tous les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs »⁹⁴⁴.

809. Comme précédemment, l'art. L. 132-1 énonce que ces nouvelles dispositions « sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat ». Une nouveauté rédactionnelle toutefois : la loi prend soin de préciser qu'aucune distinction n'est à faire selon que ces différents documents contractuels contiennent « des stipulations librement négociées ou non ». Cette adjonction au texte précédent résulte d'un amendement sénatorial destiné à lever l'ambiguïté qui tenait à l'ancienne formule laissant croire que les clauses abusives ne se trouvaient que dans des conditions générales préétablies, donc seulement dans des contrats d'adhésion.

810. Cette volonté de ne pas limiter, tout au moins dans l'art. L. 132-1, le domaine des clauses abusives aux contrats d'adhésion marque une nouvelle différence par rapport à la directive. Cette différence correspond toujours au souci de ne pas diminuer, par rapport au droit précédent, le niveau de protection offert aux consommateurs.

811. Il n'empêche qu'en pratique le domaine privilégié des clauses abusives sera toujours celui des contrats d'adhésion parce que les risques d'un « *déséquilibre significatif* » entre les obligations des parties sont toujours moindres dans un contrat librement négocié. Il se pourrait toutefois que la suppression, dans le texte nouveau, de la référence à l'abus de puissance économique, notion que la Cour de cassation avait liée à celle de contrat d'adhésion, incite plus que naguère les parties à un contrat de gré à gré à plaider le caractère abusif de telle ou telle clause⁹⁴⁵.

812. Il est intéressant d'admettre que, dans les contrats de gré à gré, les parties ont une certaine liberté pour discuter les termes exacts d'un contrat et s'engager donc en connaissance de cause, liberté qu'elles n'ont pas lors de contrats d'adhésion. Mais d'autres critères plus pertinents encore apparaissent. Il s'agit de la qualité de professionnel ou non des parties et de l'accès aisé

⁹⁴³ Civ 1ere du 4 mai 1999

⁹⁴⁴ PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 99

⁹⁴⁵ Ibidem

aux documents. Ainsi, à propos des contrats de gré à gré, dans l'affaire dite « Eleni »⁹⁴⁶, on fait référence à la qualité de professionnel des parties. Ainsi, « dans les rapports où sont mêlés des professionnels, la jurisprudence admettra facilement l'opposabilité de dispositions incorporées par une simple référence, même quand le renvoi est fait à un document qui n'est pas joint à l'*instrumentum* »⁹⁴⁷.

813. On peut conclure que cette technique est valable « dans la mesure seulement où il s'agit de relations entre professionnels et de contrats d'adhésion », or les professionnels peuvent eux aussi se voir opposer des contrats d'adhésion⁹⁴⁸. Il nous paraît plus simple d'affirmer que la qualité des parties a une incidence sur la décision des juges, plutôt que de faire une distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion. Car les juges ne s'appuient pas sur la nature du contrat pour motiver leurs décisions, mais sur la connaissance et l'acceptation des clauses contenues dans le document non remis ; et pour ce faire ils se réfèrent davantage aux conditions d'accès au document et à la qualité des parties.

814. Le principe est donc de ne privilégier aucune protection catégorielle de contrats⁹⁴⁹. Toutefois, le droit communautaire par la directive du 5 avril 1993 règle certains problèmes qui ont trouvé en droit français des solutions divergentes. D'une part, il se démarque de la directive communautaire en ne reprenant pas la restriction de son domaine aux seuls contrats d'adhésion. D'autre part, il se range à la position communautaire qui n'exclut pas les contrats administratifs de la lutte contre les clauses abusives. En essayant de déterminer le domaine d'application de la législation relative aux clauses abusives quant aux contrats, nous envisageons successivement: la protection légale conçue en termes généraux (§ 1^{er}), et le cas particulier de contrat négocié (§ 2nd).

§ 1^{er} – La protection légale conçue en termes généraux

815. Sans l'impire de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, une discussion doctrinale a eu lieu sur l'éventuelle portée relative et variable du champ d'application *ratione materiae* de la réglementation selon la nature des contrats envisagés. Ainsi se fondant sur l'énumération légale des éléments du contrat ou des obligations susceptibles de concerner la protection contre les clauses abusives, M. Olivier Carmet⁹⁵⁰ a considéré que la loi devait s'appliquer à tous les contrats

⁹⁴⁶ C.A. Aix-en-Provence, 24 juin 1970, Dr. maritime français, 1970, p. 679, note A.C.

⁹⁴⁷ CHOLEY J.Y., op. cit., p. 137

⁹⁴⁸ GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat, 3e éd., L.G.D.J., 1993 n° 95, p. 76.

⁹⁴⁹ RAYMOND G., Les contrats de consommation in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Litec, Actualités de droit de l'entreprise, 1.19, 1995, p 35 et s. .

⁹⁵⁰ Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi du 10 janvier 1978, RTD com 1982, 1

quelles que soient leur nature⁹⁵¹. Il s'est appuyé sur la volonté du législateur de l'époque de ne pas distinguer entre les contrats⁹⁵².

816. Désormais la loi du 1^{er} février 1995, en supprimant l'énumération légale précédente, confirme que le texte est applicable à tous les contrats sans avoir à distinguer selon : leur nature (vente, location...), leur objet (meubles, produits ou services), leur forme (bon de commande par exemple). La directive communautaire du 5 avril 1993 se trouve même à l'initiative de la lutte contre les clauses abusives dans ces contrats en dictant aux Etats membres dans son considérant n° 11 que le consommateur doit bénéficier de la même protection, tant dans le cadre oral que dans celui d'un contrat écrit... Deux remarques s'imposent car elles ruinent tout espoir de voir un champ d'application de la loi française ouvert aux contrats verbaux :

- Si le droit français n'exclut pas formellement une telle protection, il nous semble qu'elle serait contraire à l'esprit de la loi qui est de lutter contre les contrats par essence écrits ou préédigés⁹⁵³. On peut d'ailleurs déceler une volonté de la part du législateur de privilégier les contrats partiellement (par exemple, les clauses limitatives de responsabilité sur des écriteaux) ou totalement écrits aux alinéas 4 et 6 de l'article L.132-1 du Code de la consommation⁹⁵⁴. Le premier alinéa s'intéresse notamment aux différents supports écrits qui peuvent matérialiser le consentement du consommateur tandis que le second répute non écrite une clause abusive.

- La seule difficulté de preuve qui est au cœur du droit français rend cette protection sinon illusoire, également utopique.

817. D'ores et déjà deux exemples sont la preuve que la protection contre les clauses abusives peut être hégémonique⁹⁵⁵.

818. Première exemple, suivant le droit communautaire, la réforme n'exclut pas les groupes de contrats. Dorénavant, le juge aura la possibilité de tenir compte des clauses dans un

⁹⁵¹ GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat, n° 597 ; MALINVAUD P., Contrats en matière immobilière in Les contrats d'adhésion et la protection des consommateurs, p 39 et s.

⁹⁵² THYRAUD J., JO Sénat, 19 déc. 1973, p 4217, 1^{re} colonne ; PRORIOL J., Doc. n° 3376, p 79 et 83, Sénat 13 oct. 1977, p 2294.

⁹⁵³ V. sous la loi de 1978, PIZZIO J.P., L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982, p 97, spéc. n° 23 ; CALAIS-AULOY J., Droit de la consommation, n° 188 et s. .

⁹⁵⁴ Article L 132-1, alinéa 4 : « Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies » ; article L 132-1, alinéa 6 : " Les clauses abusives sont réputées non écrites ».

⁹⁵⁵ Il faudrait ajouter que la loi nationale s'applique aux contrats régis par une législation d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne comme c'est le cas de la République de Moldova. L'article L 135-5-1 du C. Consom. forme le chapitre V du titre III du livre 1^{er} de la loi intitulé : « Du conflit des lois relatives aux clauses abusives ».

Cet article pose deux conditions :

- le non-professionnel ou le consommateur doit avoir un domicile sur le territoire de l'un des Etats membres.
- le contrat litigieux y a été proposé, conclu ou exécuté.

V. sur un plan plus général, P. De VAREILLES SOMMIERES, La question du contractant non professionnel dans le droit des conflits de lois in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Litec, 1.19, 1995, p 73, collection Actualités de droit de l'entreprise

autre contrat lorsque « la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'un de l'autre » pour caractériser une clause d'abusives⁹⁵⁶.

819. Enfin dernier exemple, la loi du 1^{er} février 1995 s'inspire indirectement de l'article 7-3 de la directive communautaire qui prévoit un recours contre les recommandations des organisations professionnelles. Le droit français élargit le champ d'application de l'article L 421-6 du Code de la consommation puisqu'il permet désormais à une association de consommateurs agréée de demander la suppression devant le juge de clauses non seulement « dans les modèles de contrats habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs », mais aussi « dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres ». Cette retouche est considérable car elle autorise une action associative en amont⁹⁵⁷. Si elle aboutit, elle aura un effet « *erga omnes* » à l'égard des membres de l'organisation professionnelle rédactrice du contrat-type. Sont par exemple concernés par cette disposition le GIE cartes bancaires ou la FNAIM⁹⁵⁸.

820. Il faut ajouter que ce principe général de viser tous les contrats s'exprime pleinement lorsqu'il prend en compte, à la différence du droit communautaire, non seulement le contrat d'adhésion⁹⁵⁹ mais également le contrat négocié.

821. En vertu du considérant n° 10 de la directive, les contrats de travail, les contrats relatifs aux droits successifs, au statut familial ainsi que les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés sont exclus de la directive, dans la mesure où ces contrats ne sont généralement pas des contrats de consommation. En ce qui concerne les contrats de travail, les contrats relatifs aux droits successifs et au statut familial, cette exclusion ne pose pas de problèmes dans la mesure où on peut difficilement concevoir qu'un tel contrat soit en même temps un contrat de consommation. La possibilité pour les États membres d'exclure du contrôle les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés est plus incertaine car, en vertu des

⁹⁵⁶ Outre le considérant n° 11, la directive prévoit en son article 4 -1 que le caractère abusif d'une clause s'apprécie au regard de toutes les autres clauses d'un autre contrat dont dépend le premier. Mais ni la directive ni la loi française (V. art. L 132-1 al. 5 Code consom..) ne précisent si le second contrat doit être conclu avec les mêmes contractants ou s'il peut s'agir d'un contrat avec des tiers. V. KARIMI A., Petites Affiches 5 mai 1995, p 9 et sur la protection du consommateur membre d'une chaîne contractuelle, D. Mazeaud, Droit et Patrimoine juin 1995, p 51 .Le législateur français a néanmoins prévu la recherche de l'équilibre contractuel dans les groupes de contrats dans son article L 132-1 alinéa 5 du Code de la consommation.V. MESTRE J., RTD civ. 1995, p 439

⁹⁵⁷ Rapport AN n° 1775, p 22 .Nous reviendront sur cette question des éditeurs de contrats ; cependant, V. infra, p 369 et s, les heures de l'action associative contre les contrats d'adhésion...et les malheurs de cette action contre les organisations professionnelles.

⁹⁵⁸ PAISANT G., D. 1995, chron. , p 103 ,spéc. n° 22 .

⁹⁵⁹ ...qui, rappelons-le, sont définis comme " l'adhésion à un contrat-type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier ", V. GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat, 3è Ed., LGDJ, 1993, n° 95.

travaux préparatoires⁹⁶⁰, les exceptions mentionnées au considérant n° 10 ne devraient s'appliquer qu'en l'absence de contrat conclu avec un consommateur. Les contrats relatifs à des sociétés et portant sur l'acquisition de droits dans le cadre d'un investissement de capital, mais sans fonction professionnelle, peuvent toutefois constituer un contrat de consommation.

822. En République de Moldova, la Loi sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et transposant la Directive sur les clauses abusives, dans l'art.2 exclut expressément de son champ d'application les contrats de travail, les contrats en matière de droit des successions, de droit de la famille et les contrats de société

§ 2nd - Le cas particulier du contrat négocié

823. Il n'empêche qu'en pratique le domaine privilégié des clauses abusives sera toujours celui des contrats d'adhésion parce que les risques d'un « déséquilibre significatif » entre les obligations des parties sont toujours moindres dans un contrat librement négocié.

824. A titre de principe, on pouvait craindre que l'existence de négociations individuelles constitue une raison pour exclure du domaine de la réforme les contrats qui avaient fait l'objet d'un consentement « libre et éclairé » des deux parties. Il faut se souvenir qu'à l'origine de la loi du 10 janvier 1978, le projet du gouvernement avait entendu restreindre la protection contre les clauses abusives aux contrats d'adhésion. Précisément ledit projet concernait une convention conclue « sur un modèle habituellement proposé par ce dernier et que le consommateur ne peut en fait modifier ». Le Sénat avait alors retenu un domaine étroit en visant les clauses abusives dans les seuls contrats d'adhésion dans l'intitulé du chapitre IV ; contrats définis comme des conventions conclues « sans négociation préalable de l'ensemble de ses clauses ou stipulations, d'après un ou plusieurs modèles utilisés par des professionnels d'une manière habituelle ». M. Foyer, à l'Assemblée Nationale, avait cependant insisté sur la difficulté à cerner la notion de contrats d'adhésion⁹⁶¹. Pour éviter un contentieux en interprétation de cette notion⁹⁶², le législateur préféra supprimer toute référence à la notion de contrats d'adhésion. Mais l'idée d'une protection légale contre les clauses abusives relative aux seuls contrats d'adhésion était bel et bien dans l'esprit du législateur de l'époque⁹⁶³.

825. La crainte d'une protection limitée à ces derniers contrats s'est réveillée avec la directive européenne qui réserva sa protection uniquement aux contrats d'adhésion. On peut toujours émettre un doute sur la réserve communautaire. A bien des égards, elle paraît

⁹⁶⁰ V. la position commune du conseil du 22 septembre 1992.

⁹⁶¹ JO AN 8déc. 1977, p 8466.

⁹⁶² V. les références citées, p 250, note de bas de page n° 358.

⁹⁶³ BAZIN E., these prec., p.311

artificielle. Si l'article 3-1 de la directive pose un principe - l'appréciation du caractère abusif ne porte que sur les clauses « n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle », il comporte des aménagements limitant considérablement sa portée. D'une part, en présence de contrats mixtes - clauses préédigées et clauses négociées- la directive reste applicable à l'ensemble du contrat sauf preuve contraire par le professionnel du caractère négocié de telle ou telle clause⁹⁶⁴. D'autre part, la directive présume (présomption simple) que les clauses sont standardisées et n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle.

826. Il n'en reste pas moins que l'application du droit des clauses abusives aux contrats négociés était menacée en France. A ce propos, M. Alain Lambert tenta à la séance du 15 novembre 1994 au Sénat de faire adopter un amendement reprenant la restriction communautaire du domaine de la directive aux contrats d'adhésion. La menace fût dissipée en préambule des débats parlementaires par le Ministre de l'Economie -Edmond Alphandéry - qui insista sur la nécessité que « sur ces aspects les plus favorables, le droit existant (français) « devait être » évidemment maintenu »⁹⁶⁵. M. André Fosset, rapporteur, avait par ailleurs répondu que « le gouvernement a choisi - à raison - de ne pas diminuer la protection des consommateurs à l'occasion de la transposition de la directive de 1993 et, en conséquence, de viser non seulement les contrats d'adhésion mais aussi les contrats librement négociés »⁹⁶⁶.

827. Finalement l'article L 132-1 nouveau du Code de la consommation n'opère aucune distinction et à titre d'illustration les documents contractuels sont non seulement repris *in extenso* mais connaissent une légère modification significative de la volonté du législateur d'écarter la réserve communautaire. En effet, la nouveauté rédactionnelle prend justement en compte « des stipulations librement négociées ou non »⁹⁶⁷. Cette solution doit être saluée, car la doctrine la plus autorisée considérait qu'il convenait de protéger, quelle que soit la typologie du contrat, les contractants en position d'infériorité. A l'instar de la loi du 10 janvier 1978, la réforme du 1er février 1995 continue donc de viser tous les contrats qu'ils soient d'adhésion ou négociés.

828. Les principes fondamentaux qui gouvernent la matière des contrats sont représentés par le principe de la liberté contractuelle et le principe du consensualisme, c'est-à-dire, des règles qui ont comme but la garantie de la libre formation des contrats, pour que la nature et le contenu de ceux-ci réfléchissent la volonté des parties contractuelles⁹⁶⁸. L'effet de ces garanties est annihilé par l'existence d'une clause abusive, dans l'essence de laquelle il y a l'absence de la

⁹⁶⁴ V. art. 3-2-1° de la directive du 5 avril 1993

⁹⁶⁵ JO Sénat, (CR) , 16 nov. 1994, p 5557.

⁹⁶⁶ Ibidem

⁹⁶⁷ L'ancien article L 132-1 alinéa 3 et le nouvel article L 132-1 alinéa 4 du Code de la consommation

⁹⁶⁸ CHIRICĂ D., Principiul libertății de a contracta și limitele sale în materie de vânzare-cumpărare, Revista de Drept Comercial, n°6/1999, p.44-45

négociation directe, définie dans l'article 1 de la loi moldave du 13 mars 2003 et l'article 3, alinéa 1 de la directive 93/13/CEE.

829. Dans le système de droit moldave le contenu de la négociation contractuelle est réglementée par l'article 515, alinéa 1 du Code civil: «une obligation peut apparaître par l'initiation et le déroulement des négociations sur la conclusion du contrat. ». Ainsi cet article s'est préoccupé de la phase des négociations ou de l'étape précontractuelle. Le contrat est un accord entre deux ou plusieurs manifestations de volonté, intervenu pour créer, modifier, transmettre ou éteindre un rapport juridique. Cet accord s'est réalisé par l'unification des manifestations de volonté émis en ce but. Tous ce qui tienne du domaine de la préparation de cet accord jusqu'au moment de la conclusion effective de celui-ci, représente l'étape précontractuelle ou la phase des négociations. Autrefois cette étape n'était pas une préoccupation pour le législateur moldave du XIX-e siècle, n'étant réglementée aucune norme concernant la phase des négociations. A cette période le point de départ du législateur était seulement le moment de la conclusion du contrat. Cette orientation a été justifiée par la perspective de la période dans laquelle sont apparus les Codes civils, de procédure civile, pénale, de procédure pénale (le début de XX-e siècle) et des relations socio-économiques correspondants à ceux temps⁹⁶⁹.

830. Le fait de négociation d'une clause contractuelle n'exclut pas l'existence, dans le même contrat, de certaines clauses abusives car la négociation partielle n'a pas comme effet la suppression de la possibilité de l'application des normes concernant la protection des consommateurs contre les clauses abusives en ce qui concerne l'entier contrat⁹⁷⁰. L'absence de la négociation directe se dessine aussi dans le cas de l'ambiguïté et l'obscurité d'une clause contractuelle, comme cela résulte du contenu des prévisions de l'article 4, alinéa 5 de la loi moldave sur la protection des consommateurs qui prévoit que, «en cas de doutes sur l'interprétation d'une clause contractuelle, celles-ci seront interprétées en faveur du consommateur ». La lettre de cette stipulation institue, comme on voit, une sanction moins dure en ce qui concerne l'ambiguïté d'une clause et, notamment, la suppression du sens offert à celle-ci par le professionnel et la préférence d'une interprétation qui est dans l'avantage du consommateur. Mais, dans la mesure dans laquelle une telle clause ambiguë crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, celle-ci sera considérée qu'elle réunie toutes les conditions d'une clause abusive et, par conséquence, elle sera sanctionnée, plus sévèrement cette fois, avec la réputation de non - écrite, sanction approuvée et par la

⁹⁶⁹ Commentaire du Code civil moldave art.513 , réalisé par un group des professeurs, 2006 – a compléter

⁹⁷⁰ VASILESCU P., op.cit.

jurisprudence⁹⁷¹.

831. Ainsi, il sera nécessaire de considérer une clause comme n'étant pas négociée directement avec le consommateur, chaque fois quand elle va être insérée dans un contrat standard pré - rédigé ou dans les conditions générales de vente et dans la mesure de laquelle, même et dans la situation dans laquelle a fait l'objet d'une discussion, le consentement de la partie plus faible du point de vue économique n'a pas été «actif», dans le sens d'une contribution active concernant le contenu de cette clause, mais «passif», compris comme un simple accord des conditions imposées de la partie contractant plus forte. La réforme invite également à préciser le dernier domaine *ratione materiae*. Il concerne les stipulations du contrat conclu avec les consommateurs.

832. L'art. 3 de la Directive 93/13 exclut les clauses contractuelles qui ont fait l'objet d'une négociation individuelle par le consommateur. Quinze États membres ont opté pour cette exclusion : l'Autriche, Chypre, l'Estonie, la Grèce, l'Allemagne, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lituanie, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie, l'Espagne, le Royaume-Uni. Les Dix autres États membres qui n'ont pas transposé la disposition en question, autorisent leurs tribunaux/autorités à contrôler les clauses qui ont fait l'objet d'une négociation individuelle. Il s'agit des pays nordiques (Danemark, Finlande, Suède) ainsi que de la Belgique (Loi relative aux pratiques commerciales), la République Tchèque, de la France, du Luxembourg, la Lettonie, Malte et la Slovénie. La Loi belge relative aux professions libérales a choisi une voie médiane. Les clauses contractuelles abusives figurant à l'Annexe n°1 de la directive sont frappées d'une nullité relative, même lorsqu'elles ont fait l'objet d'une négociation individuelle (art. 7(4) de la LPL). La règle de l'art. 3 de la Directive 93/13 (Art. 7(2) de la LPL) s'applique aux autres clauses contractuelles. En Bulgarie, la règle générale et même la liste impérative s'applique à toutes clauses contractuelles. Cependant, à ce qui concerne les conséquences légales, le droit bulgare fait une différence entre les clauses négocié individuellement ou pas: Selon l'art. 146(1) de la Loi relative à la protection des consommateurs, qui transpose l'art. 6(1) de la Directive 93/13, les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle sont automatiquement nulles. À l'inverse, les clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle sont remédiées par le droit commun des contrats.

833. En vertu de l'art. 3(2) al. 3 de la Directive 93/13, si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe. Cette disposition a été reprise fidèlement dans presque tous les États membres. En Allemagne, les « clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle » sont exclues du

⁹⁷¹ PAISANT G., L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif, dans La Semaine juridique n°47 /2001, p.2160-2162.

contrôle, mais cela est atténué par une définition très stricte de la notion en question. Le BGH a considéré qu'une clause est considérée comme ayant fait l'objet d'une négociation individuelle uniquement lorsque le client a complètement compris le contenu du contrat et ses conséquences juridiques⁹⁷².

834. Bien que dix États membres admettent le contrôle des clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle, seules la France et la Slovaquie ont décidé de ne pas transposer l'article en question. On peut en conclure que dans les autres États membres où le contrôle des clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle est autorisé (Belgique, République Tchèque, Danemark, Finlande, Luxembourg, Lettonie, Malte, Suède), la distinction entre clauses standardisées et clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle demeure pertinente dans l'évaluation du caractère abusif dans la mesure où des critères différents seront appliqués. Une telle approche différenciée n'est pourtant pas constatée dans la pratique belge.

⁹⁷² Arrêt du BGH du 19 mai 2005, NJW 2005, 2543.

Chapitre III - Quant aux clauses

835. Le système du Code de la consommation est applicable à toutes sortes de clauses contractuelles, du moment qu'elles sont écrites. Le domaine d'application de la législation quant aux clauses est bien discuté par la doctrine et la jurisprudence autour de deux problèmes particuliers et notamment : les clauses discutées (**Section 1**) et les clauses expressément déclarées abusives (**Section 2**).

Section 1 – Les clauses discutées

836. La question de l'existence de la clause abusive dans un contrat de consommation conduit à s'interroger sur le point de savoir si les clauses réglementaires ou légales peuvent être jugées abusives (§ 1^{er}). Après nous rechercherons successivement les clauses ambiguës (§ 2nd), les clauses pénales (§ 3^e) et les clauses illisibles (§ 4^e). Ces clauses sont à la fois les plus courantes et les plus dangereuses pour le consommateur, et elles ont donc donné naissance à une jurisprudence abondante⁹⁷³.

§ 1^{er} – Les clauses réglementaires ou légales

837. Un problème particulier se pose pour les clauses de nature légale ou réglementaire⁹⁷⁴. Les clauses légales ou réglementaires, sont celles dont le contenu reproduit des dispositions à caractère réglementaire ou légal⁹⁷⁵. Peut-on les déclarer abusives ? En effet, dire d'une clause légale qu'elle est abusive revient à dire que la loi est illicite. Dire qu'une clause réglementaire est abusive conduit à constater l'illégalité d'un acte administratif, ce qui échappe au pouvoir du juge judiciaire⁹⁷⁶.

838. Il est un autre argument pour empêcher le contrôle de l'abus. Le professionnel dont le contrat respecte des dispositions légales ou réglementaires ne peut se voir reprocher un comportement illicite⁹⁷⁷. C'est une exigence élémentaire de sécurité juridique. C'est la raison pour laquelle l'art. 1(2) de la directive nr. 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs énonce en termes généraux que ne peut être examiné le caractère abusif de « clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ». À peu près la moitié des États membres a repris cette exclusion, plus précisément la Belgique (dans la Loi relative aux professions libérales), Chypre, la République Tchèque, l'Allemagne, l'Estonie, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie, l'Espagne (dans la Loi 7/1998 relative aux clauses standardisées) et le Royaume-Uni. En Allemagne, § 307 du Code Civil exclut les dispositions impératives du contrôle du contenu (effectué sur le fondement de la règle générale

⁹⁷³ HEMARD J., La protection de l'acquéreur dans les ventes commerciales, Liber Amicorum Baron Frédéricq, Grand, 1966, p.581

⁹⁷⁴ REVET Th., La clause légale, in Mél. Cabrillac : Dalloz-Litec, 1999, p. 277.

⁹⁷⁵ LAGARDE X., Qu'est-ce qu'une clause abusive ? . - Étude pratique, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 1663, 27 Avril 2006.

⁹⁷⁶ Cass. Ire civ., 22 nov. 1994, n° 93-11.611 : Juris-Data n° 1994-002291 ; Bull. civ. 1994, I, n° 343.

⁹⁷⁷ GHESTIN J., MARCHESSAUX-VAN MELLE I., L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi du 1er février 1995 : JCP G 1995, I, 3854.

de contrôle du caractère abusif ainsi que sur le fondement de la liste impérative et de la liste de clauses présumées abusives).

839. Toutefois les clauses reprenant des dispositions législatives impératives peuvent faire l'objet du contrôle de l'insertion et de la transparence. Les autres États membres, c'est-à-dire l'Autriche, la Belgique (Loi relative aux pratiques commerciales), la Bulgarie, le Danemark, la Finlande, la France, la Grèce, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovaquie et la Suède ont décidé de ne pas transposer du tout l'art. 1(2) de la Directive 93/13. Toutefois l'exclusion des dispositions impératives peut dans une certaine mesure constituer un principe non écrit, découlant de la jurisprudence et/ou de la doctrine, par exemple dans les pays nordiques (Danemark, Finlande, Suède) ainsi qu'en Autriche, Grèce et Lituanie. En France, les clauses figurant dans des contrats conclus avec des entreprises publiques, comme par exemple les contrats pour la fourniture de gaz, de fuel, d'eau, les contrats dans le domaine des télécommunications ou dans le domaine des transports publics et au sens large les contrats de service public, peuvent faire l'objet d'un contrôle. Il est difficile toutefois de déterminer si ces cas relèvent de la compétence des juridictions administratives (selon la Cour de cassation) ou des juridictions judiciaires (selon la doctrine).

840. Dans un rapport sur l'application de la directive⁹⁷⁸, la Commission européenne précise dans cet esprit que, au sens de la directive, « l'expression « impératives » ne reflète pas la distinction habituellement faite en droit civil entre les dispositions contraignantes et les dispositions supplétives. Elle couvre les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsque aucun autre arrangement n'a été convenu ». Cette solution s'impose : qu'il soit contraint de faire quelque chose ou qu'il soit simplement en droit de le faire, le professionnel peut légitimement penser que, dans un cas comme dans l'autre, il ne commet aucune illicéité.

841. Tout au plus peut-on concevoir que le juge administratif prononce l'illégalité du texte réglementaire duquel résulte la clause contestée. En effet, le contentieux est alors objectif et il n'y a pas de jugement sur le comportement du professionnel. Le risque d'atteinte à la sécurité juridique est donc inexistant ; à la condition toutefois que la déclaration d'illégalité n'ait pas de caractère rétroactif, ce que le Conseil d'État⁹⁷⁹ est prêt à admettre, malheureusement pas la Cour de cassation française⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ CESCE, avis, « Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE (...) » : JOCE n° C 116/25, p. 117.

⁹⁷⁹ CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886 à 255892, Assoc. AC et a. : Juris-Data n° 2004-066645 ; JCP G 2004, II, 10189, note BIGOT J.; MOLFESSIS N. (prés.), Les Revirements de jurisprudence : Litec, 2005, p. 29.

⁹⁸⁰ Cass. 1re civ., 2 juin 2004, Azur assurances c/ X : Juris-Data n° 2004-023886 ; Bull. civ. 2004, I, n° 155. – Cass. 2e civ., 21 oct. 2004, Axa assurances c/ Établissement français du sang Aquitaine-Limousin : Juris-Data n° 2004-025279 ; Bull. civ. 2004, II, n° 465.

842. Pour la première fois, en France c'est en 2001 que le juge administratif suprême admet au sein de son corpus juridique les règles du droit de la consommation, et particulièrement les dispositions applicables en matière de clauses abusives. Ainsi c'est dans une décision en date du 11 juillet 2001, le Conseil d'Etat a posé le principe selon lequel la législation sur les clauses abusives s'applique aux contrats conclus entre les services publics industriels et commerciaux et ses usagers⁹⁸¹.

843. Au cours d'un différend devant le juge civil opposant le service de distribution d'eau de la communauté urbaine de Lille à l'un de ses usagers, le juge administratif a été saisi par voie de question préjudicielle. Le juge civil demandait ainsi au tribunal administratif d'apprécier la légalité des dispositions du règlement de distribution d'eau. En particulier, le juge devait porter son attention à la régularité des articles consacrés à la mise en jeu de la responsabilité du service en raison de dysfonctionnement du branchement d'alimentation en eau.

844. Par un jugement du 2 juillet 1998, le tribunal administratif de Lille a déclaré que l'article 12 du règlement de distribution d'eau dans la communauté urbaine de Lille est « entaché d'illégalité en ce qu'il stipule que la responsabilité du service des eaux, en cas de dommage résultant de l'existence et du fonctionnement de la partie de l'installation située en partie privative en amont du compteur, ne peut être engagée qu'en cas de faute de service ». Faisant appel de la décision, la société des eaux du Nord a saisi la cour administrative d'appel de Douai, qui à son tour, a renvoyé l'affaire devant le Conseil d'Etat.

845. Le juge administratif suprême a annulé le dispositif adopté par le tribunal administratif de Lille au motif « qu'eu égard aux rapports juridiques qui naissent du contrat d'abonnement liant le distributeur d'eau et l'utilisateur, ce dernier ne peut, en cas de dommage subi par lui à l'occasion de la fourniture de l'eau, exercer d'autre action contre son cocontractant que celle qui procède du contrat, alors même que la cause du dommage résiderait dans un vice de conception, de construction, d'entretien ou de fonctionnement de l'ouvrage public qui assure ladite fourniture ». En conséquence, le tribunal ne pouvait se fonder sur les règles applicables au régime de responsabilité du fait des dommages subis par les usagers d'ouvrages publics pour statuer sur la légalité du règlement de distribution d'eau⁹⁸².

846. Ainsi dans cette affaire le juge administratif était mis face au droit de la consommation⁹⁸³. Devant le Conseil d'Etat, l'abonné soutenait que l'article 12 du règlement de distribution d'eau tombait sous le coup de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 relative à la

⁹⁸¹ Conseil d'Etat, Section, 11 juillet 2001, n° 221458, Société des eaux du Nord

⁹⁸² LAGARDE X., Qu'est-ce qu'une clause abusive ? . - Étude pratique, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 1663, 27 Avril 2006.

⁹⁸³ TABAKA B., L'utilisateur d'un service public industriel et commercial est aussi un consommateur, 13 juillet 2001, www.rafg.org

protection et à l'information des consommateurs de produits et de services, reprises aujourd'hui à l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Selon ces dispositions, sont réputées non écrites les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs. Notamment, prennent cette qualification « les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque ces clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un caractère excessif ».

847. La première question posée au Conseil d'Etat était celle de savoir si les contrats conclus entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers entraînent dans le champ d'application du droit de la consommation, et particulièrement dans celui de la réglementation relative aux clauses abusives. La Cour de cassation, pour sa part, avait estimé dans un arrêt du 31 mai 1988 que « les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, déclarer que des clauses figurant dans ce décret ou reprises dans un règlement du service d'eau sont abusives au sens de l'article 35 de la loi n° 78 -23 du 10 janvier 1978 ». Cette solution avait été confirmée par une nouvelle décision le 22 novembre 1994. Tirant conséquence de la position prise par la Cour de cassation, et évitant ainsi un déni de justice, le Conseil d'Etat a intégré le droit des clauses abusives dans le corpus législatif utilisé dans le contrôle de légalité des actes administratifs.

848. Ensuite, le juge administratif a fait application de l'extension du bloc de légalité et a contrôlé la conformité de l'article 12 du règlement de distribution de l'eau dans la communauté urbaine de Lille. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a considéré que le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même, « mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service ».

849. Dans un second temps, il a fait application de cette définition au cas particulier de l'article 12 du règlement de distribution d'eau attaqué. Le juge a relevé que cet article peut conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant. Par ailleurs, la clause « s'insère, pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion ». Enfin, les dispositions contestées « ne sont pas justifiées par les caractéristiques particulières de ce service public ». Le Conseil d'Etat en a déduit que l'article 12 présente ainsi le caractère d'une clause

abusive au sens de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 et de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁹⁸⁴.

850. L'extension du corpus législatif en dehors du droit public constitue un apport de la décision du Conseil d'Etat qui est fondamental pour les usagers des services publics industriels et commerciaux. Le juge administratif, en intégrant au bloc de légalité le droit de la consommation, offre une protection supplémentaire aux personnes privées, contractants du concessionnaire de service public. Par ailleurs, et comme l'indique le Conseil d'Etat dans son communiqué, la décision « prend pleinement en compte la nécessité d'assurer le respect, par les actes administratifs intervenant en matière de droit économique, de l'ensemble des règles, et pas seulement celles relevant du droit public, régissant les rapports des acteurs économiques entre eux »⁹⁸⁵.

851. Ainsi nous soutenons qu'après l'application du droit de la concurrence par le Conseil d'Etat (voir par exemple, la décision de Section du Conseil d'Etat, du 3 novembre 1997, Société Million & Marais), c'est au tour du droit de la consommation d'intervenir dans le corpus offert au juge administratif pour statuer dans le domaine du droit public économique.

§ 2nd – Les clauses ambiguës

852. Les conditions générales, spécialement celles utilisées dans les rapports entre professionnels et consommateurs, portent parfois des clauses susceptibles de plusieurs sens⁹⁸⁶ :

- l'ambiguïté peut tenir à la rédaction, obscure ou incomplète d'une clause particulière. Un bon de garantie, par exemple, ne précise pas les prestations que le vendeur s'engage à effectuer dans le cadre de la garantie contractuelle : devra-t-il réparer l'appareil, le remplacer ou le rembourser ?
- l'ambiguïté peut aussi tenir à la contradiction qui apparaît entre plusieurs clauses du même contrat. Une police d'assurance, par exemple, énonce à tel endroit qu'un sinistre est couvert par l'assurance et indique à un autre endroit qu'il n'est pas couvert : des deux clauses, laquelle doit l'emporter ?

853. Ces ambiguïtés, il faut bien le dire, ne sont pas toujours le résultat de la maladresse du rédacteur. Elles sont parfois voulues, car elles permettent au contractant le plus puissant de voiler derrière un rideau de fumée des stipulations qui, si elles étaient clairement exprimées, pourraient dissuader l'autre partie de contracter.

⁹⁸⁴ LAGARDE X., Qu'est-ce qu'une clause abusive ? - Étude pratique, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 17, 1663, 27 Avril 2006.

⁹⁸⁵ Ibidem

⁹⁸⁶ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e éd., Dalloz, Paris 2010, n° 172, p.191

854. En cas de litige, les tribunaux ont la tâche d'interpréter les clauses ambiguës. Le principe est posé par l'article 1156 du Code civil : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes ». Les articles suivants inspirés de Domat et de Pothier, constituent, comme on l'a dit⁹⁸⁷, un « petit guide-âne ». Ils fournissent aux juges quelques recettes pour déceler, sous l'ambiguïté de l'expression la volonté profonde des contractants : ainsi, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt lui donner celui dans lequel elle peut avoir quelque effet, que celui avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (art.1157 du Code civil). Les tribunaux ont découvert eux-mêmes quelques autres recettes : ils considèrent, par exemple, que les clauses particulières doivent l'emporter, en cas de contradiction, sur les conditions générales⁹⁸⁸. Il s'agit là de simples recettes, et non de règles obligatoires : l'interprétation des contrats est une question de fait sur laquelle les juges du fond restent souverains. Seules pourraient être cassés les arrêts qui dénatureraient des clauses claires et précises⁹⁸⁹.

855. En effet, toujours dans ce mouvement d'élargissement de la qualification spéciale, la décision du 19 juin 2001⁹⁹⁰ a pu admettre le caractère abusif d'une clause en relevant la présence d'une ambiguïté. En l'espèce, un client avait déposé des pellicules à une société chargée de les développer. Les ayant perdues, elle s'était vue assignée en réparation mais avait opposé la clause limitant sa garantie, en pareil cas, à la remise d'une pellicule vierge et à son tirage gratuit ou à leur contre-valeur, faute pour le client d'avoir déclaré que les travaux avaient une importance exceptionnelle afin de faciliter une négociation de gré à gré. La Cour de cassation appréciant son caractère abusif relève que « la clause litigieuse était rédigée en des termes susceptibles de laisser croire au consommateur qu'elle autorisait seulement la négociation du prix de la prestation de services des conséquences de toute responsabilité moyennant le versement d'une somme modique, la clause litigieuse avait pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, était abusive et devait être réputée non écrite selon la recommandation nr.82-04 de la Commission des clauses abusives ». Au-delà de l'hommage rendu à la commission, on s'aperçoit que constitue un abus, le fait de laisser croire au consommateur que ses droits sont réduits⁹⁹¹.

856. Cependant, la recherche de la volonté commune des parties contractantes relève, dans la plupart des cas, de l'artifice pur et simple. Celui qui adhère à un contrat pré-rédigé ne

⁹⁸⁷ CARBONNIER V.J., Droit civil t.4, Les obligations, 15^e éd. Presse Universitaire de France, Paris 1991, n° 68, 664 p.

⁹⁸⁸ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, LGDJ 1976, n° 250 et s. ; RODIERE R., note sur la Cour de cassation, 23 octobre 1961, Recueil Dalloz 1962.J.45 : a propos d'un contrat d'entretien passe avec un garagiste.

⁹⁸⁹ CALAIS-AULOY J., Droit de la consommation, 8e éd., Dalloz, Paris 2010, p.191

⁹⁹⁰ Cass.civ., 1^{ère}, 19 juin 2001, JCP, ed Générale, 2001, II, n°10631, p.2160 – note PAISANT G.

⁹⁹¹ Ibidem.

donne qu'un consentement global, il n'a pas de volonté précise sur chacune des clauses du contrat. A supposer que cette volonté existe et qu'elle soit décelable, il est probable que les clauses ambiguës n'ont pas le même sens dans l'intention de celui qui propose le contrat et dans la pensée de celui qui adhère : deux volontés distinctes ne font pas une volonté commune.

857. Il faut donc se garder de prendre les jugements au pied de la lettre lorsqu'ils se réfèrent, pour interpréter les clauses ambiguës, à la volonté commune des contractants. Au fond, les tribunaux jugent en équité : ils donnent aux clauses ambiguës le sens qui leur paraît assurer le meilleur équilibre contractuel. Ils tendent ainsi à protéger celui qui adhère à un contrat prérédigé⁹⁹².

858. La démarche n'est pas nouvelle. Au XVII^e siècle, Domat écrivait : « si l'obscurité, l'ambiguïté ou tout autre vice d'une expression est un effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui, parce qu'il a du faire entendre nettement ce qu'il entendait. »⁹⁹³.

859. Cette idée a inspiré trois dispositions législatives, qui se recourent en grande partie :

- l'article 1162 du Code civil recommande d'interpréter la convention, dans la doute, contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ; ce texte était considéré par la doctrine classique comme visant respectivement le créancier et le débiteur. Il oppose en réalité, suivant l'enseignement de Domat, celui qui rédige (qui stipule) et celui qui adhère (qui contracte)⁹⁹⁴.

- l'article 1602 du Code civil, après avoir mis à la charge du vendeur une obligation de clarté, ajoute que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. C'est en effet celui-ci qui, généralement, rédige le contrat⁹⁹⁵ ;

- l'article L.132-2 du Code de la consommation, issu de la loi française du 1^{er} février 1995 transposant la directive de 1993 sur les clauses abusives⁹⁹⁶, concerne précisément les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou non-professionnels. Les premiers doivent rédiger clairement les clauses du contrat. En cas de doute, les clauses s'interprètent dans le sens le plus favorable aux seconds. L'art. L.132-2 précise que cette règle d'interprétation n'est

⁹⁹² BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, LGDJ 1976, n° 238

⁹⁹³ DOMAT M., Les lois civiles dans leur ordre naturel, t.I, livre I, sect II, art.XVI, Paris 1745, 2 tomes en un vol.

⁹⁹⁴ BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, LGDJ 1976, n° 42 et s. ; DUPICHOT J., Pour un retour aux textes : défense et illustration du petit guide-âne des articles 1156 à 1164 du Code civil, Etudes Flour, 1979, n°21 et s. ; Cour d'Appel de Paris, 27 novembre 1991, Recueil Dalloz 1992.IR.69 pour l'application de l'article 1162 du c.civ.fr à un contrat d'assurance.

⁹⁹⁵ Cour de cassation 1^{ère} chambre, 13 octobre 1993, Recueil Dalloz 1994.J.211 et chron. BENABENT au Recueil Dalloz 1994.chron.115 pour l'application de l'article 1602 du c.civ.fr à la vente de matériel informatique ; Cour de cassation 1^{ère} chambre, 13 avril 1999, Recueil Dalloz 1999.IR.146 à la vente d'automobile.

⁹⁹⁶ La loi de la République Française n°95-96 du 1-er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JO du 2 février 1995, p.1755-1756

pas applicable dans le cas où une association de consommateur exerce une action en suppression de clauses abusives. Le législateur français a sans doute voulu éviter que les juges, sachant que la clause doit être interprétée en faveur des consommateurs, refusent de la considérer comme abusive⁹⁹⁷.

860. L'article 4, alinéa (5) de la loi moldave sur la protection des consommateurs⁹⁹⁸ prévoit que « en cas de doute sur l'interprétation des certaines clauses contractuelles, celles-ci seront interprétées dans la faveur du consommateur ».

861. Ces textes sont sans aucun doute favorables aux consommateurs. Leur efficacité doit cependant être ramenée à sa juste mesure. Pour interpréter le contrat, il faut d'abord qu'un juge soit saisi, ce qui est rarement le cas en matière de consommation. Il faut ensuite que la clause soit assez obscure pour justifier une interprétation favorable au consommateur. Si l'on veut véritablement rétablir un équilibre entre professionnel et consommateur d'autres remèdes sont nécessaires.

862. Pour résumer, l'ambiguïté des clauses des contrats de consommation serait passible de deux sanctions différentes selon les circonstances : ou bien les stipulations sont appliquées dans un sens favorable au consommateur, quand c'est possible, ou bien, en considération de leur signification la plus défavorable, elles sont susceptibles d'être déclarées abusives et, pour cette raison, réputées non écrites.

863. Si c'est la première fois que la Cour de cassation, selon l'arrêt du 19 juin 2001 juge abusive une clause qui « laisse croire » au consommateur que ses droits sont réduits, on peut observer que cette liaison entre l'ambiguïté et l'abus a été établie dans nombre de recommandations de la Commission des clauses abusives. Ainsi, celle-ci a-t-elle déjà dénoncé les clauses ayant pour objet ou pour effet :

- de prévoir un délai de réclamation sur les éléments de la facture, en laissant croire que tout recours contentieux serait enfermé dans le même délai ;
- de laisser croire au locataire, en cas de sinistre, qu'il sera déchu de la garantie s'il reconnaît la matérialité des faits;
- de laisser croire que l'acquéreur des locaux télésurveillés est tenu de plein droit de poursuivre l'exécution du contrat aux lieux et place de son vendeur;
- de laisser croire au consommateur que la maintenance du matériel installé chez lui sera assurée gratuitement par le télésurveilleur;

⁹⁹⁷ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e éd., Dalloz, Paris 2010, p.192

⁹⁹⁸ La loi de la République de Moldova du 13.03.2003

– de laisser croire que n'ont pas un caractère contractuel les informations et documents communiqués à l'abonné.

864. Au vu de tels précédents, il est difficile de ne pas voir, dans l'arrêt rapporté, la marque de la « doctrine » de la Commission⁹⁹⁹. Celle-ci a, en effet, pris l'habitude de recommander l'élimination des clauses qui, par leur rédaction équivoque ou spécieuse, sont de nature à laisser le consommateur dans l'incertitude ou, pire, à l'induire en erreur sur l'étendue de ses droits pour, en particulier, lui donner à penser que ceux-ci sont plus limités que ceux auxquels il pourrait légalement prétendre.

865. La formule du « laisser croire » ne constitue d'ailleurs pas l'expression unique de cette doctrine même si elle en est particulièrement révélatrice. Dans le même esprit, la Commission a ainsi pu dénoncer les clauses ayant pour objet ou pour effet de « limiter la responsabilité du télésurveilleur dans des conditions qui ne permettent pas au consommateur d'apprécier l'exacte étendue de cette limitation » ou encore « de faire apparaître la garantie contractuelle, avec ses limitations et ses restrictions propres, comme une simple application au contrat particulier des règles des garanties légales et contractuelles confondues, de façon à soumettre en fait la garantie légale aux conditions et restrictions de la garantie contractuelle » .

§ 3^e - Les clauses pénales

866. Constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée.

867. Le Code civil admet en principe, dans son article 1152, la validité des clauses pénales ; « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être allouée à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre ». Des lors, certains contractants profitent de leur puissance économique pour stipuler des peines élevées dans le cas où l'autre contractant n'exécuterait pas son obligation. Les abus furent tels, spécialement en matière de crédit, qu'une loi du 9 juillet 1975 est venue ajouter à l'article 1152 un alinéa autorisant le juge à modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Les tribunaux disposent donc d'un pouvoir de révision des clauses pénales, pouvoir qui joue presque toujours, en pratique, dans le sens de la modération de la peine convenue¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ Cass.civ., 1^{ère}, 19 juin 2001, JCP, ed Générale, 2001, II, n°10631, p.2160 – note PAISANT G.

¹⁰⁰⁰ CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e édition, Dalloz, Paris, 2010, p.229

868. Dans la mesure où le « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » est devenu, dans la loi de réforme, le seul critère de la clause abusive que le juge a le pouvoir de réputer non écrite, comment ne pas considérer comme telle la clause pénale génératrice d'un excès manifesté au détriment du consommateur ? Il y a tout lieu de penser, en effet, que « l'excès manifesté » de l'art. 1152, alinéa 2, Code civil correspond au « déséquilibre significatif » du nouvel art. L. 132-1 Code de la consommation et que, dès lors, une pénalité stipulée à l'encontre d'un consommateur dans un contrat de consommation ne peut plus être jugée manifestement excessive sans que la clause qui la porte soit, par le fait, considérée comme abusive¹⁰⁰¹.

869. La Cour de cassation entend exercer un contrôle sur la révision des clauses pénales. Si les juges du fond modifient la peine, ils doivent préciser en quoi celle qui avait été convenue leur paraît manifestement excessive ou dérisoire¹⁰⁰². Ce caractère résulte essentiellement d'une comparaison entre le chiffre de la peine convenue et le montant du préjudice réellement subi par le créancier : il faut, semble-t-il, que la différence soit énorme. Les juges du fond n'en conservent pas moins un large pouvoir d'appréciation, puisqu'il détermine souverainement l'importance du préjudice.

870. S'il décide de réduire la peine, jusqu'où le juge peut-il descendre ? Certains auteurs considèrent qu'il doit maintenir la peine au-dessus du montant du préjudice¹⁰⁰³. L'article 1152 du c.civ.fr, disent-ils, permet au juge de réduire la peine, non de la supprimer ; or, la peine serait supprimée, et remplacée par une indemnité, si elle était réduite au chiffre du préjudice. Cette doctrine n'a pas été suivie par la Cour de cassation française, qui permet aux juges du fond « de fixer librement le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale, des lors qu'ils l'estiment manifestement excessive, sans toutefois pouvoir allouer une somme inférieure au montant du dommage »¹⁰⁰⁴.

871. La protection a été encore accrue par une loi du 11 octobre 1985, qui permet au juge d'exercer d'office le pouvoir de révision prévu par l'article 1152. Certaines contractants étaient en effet obligés de payer de lourdes indemnités tout simplement parce qu'ils avaient négligé d'en demander la réduction. Désormais, la demande en révision n'est plus nécessaire : le juge peut y procéder d'office.

¹⁰⁰¹ PAISANT G., *Clauses pénales et clauses abusives* après la loi n° 95-96 du 1er février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 223

¹⁰⁰² Chambre mixte, 20 janvier 1978 (D. 1978.IR.229 – observation VASSEUR F.; RTD civ. 1978.377 – observation CORNU G.)

¹⁰⁰³ CARBONNIER J., *Droit civil*, 4, n°78, VASSEUR F. – note au D.1977.I.264

¹⁰⁰⁴ Civ. 1er, 24 juillet 1978 (D. 1979.IR.151 – observation LANDRAUD D.)

872. Les consommateurs peuvent théoriquement, comme tous les autres contractants, bénéficier de la révision judiciaire des clauses pénales, telle qu'elle est admise par l'article 1152, alinéa 2 du Code civil. Pour l'auteur M. Paisant, la règle spéciale de l'article L.132-1 du Code de la consommation pouvaient priver les consommateurs du droit d'invoquer la règle générale de l'art.1152, alinéa 2 du Code civil¹⁰⁰⁵. En pratique, cependant, ils ont plutôt intérêt à faire juger que la clause est abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation : elle l'est nécessairement des lors qu'elle prévoit, au détriment du consommateur, une peine manifestement excessive. Abusive, la clause est réputée non écrite. Les associations de consommateur peuvent en outre demander la suppression de telles clauses dans les modèles de convention proposés aux consommateurs (art. L. 421-6 du Code de la consommation).

§ 4^e - Les clauses illisibles ou mal présentées

873. Les conditions générales du contrat sont le plus souvent imprimées au verso de l'acte, et le consommateur en prend rarement connaissance. Dès lors, sa signature suffit-elle à l'engager dans les liens du contrat ? La réponse à cette question dépend des circonstances de fait et de la façon dont il a pu mesurer les conséquences de son engagement. Dès l'instant où le contrat stipule que le consommateur déclare avoir lu et accepté ces clauses, sa signature suffit à l'engager, à condition que ces clauses soient apparentes et lisibles : "les conditions générales de location étaient très lisibles, que la clause litigieuse était imprimée en caractères gras, de petites dimensions, mais cependant plus gros que ceux utilisés pour certaines conditions, que l'attention du locataire était expressément attirée sur l'importance des clauses imprimées en caractères gras"¹⁰⁰⁶.

874. En revanche, lorsque la clause litigieuse est noyée au milieu d'autres, en petits caractères, et surtout lorsque cette clause contredit les documents publicitaires distribués par le bailleur, la seule signature du contrat par le locataire est insuffisante à démontrer sa connaissance et son acceptation. C'est alors à bon droit que les juges du fond déclarent cette clause inopposable au locataire¹⁰⁰⁷.

875. **L'exigence de clarté et d'intelligibilité du contrat.** Sans remonter à l'Antiquité, on trouve dans le Code civil de 1804 quelques rares obligations d'information sur la clarté des contrats. C'est l'article 1602, texte originaire, qui dispose que « le vendeur est tenu d'expliquer

¹⁰⁰⁵ PAISANT G., Clauses pénales et clauses abusives après la loi du 1^{er} février 1995, D. 1995.chron.223

¹⁰⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 31 nov. 1995 : Contrats, conc., consom. 1996, comm. n° 30, obs. RAYMOND G.

¹⁰⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1996 : Defrénois 1996, n° 36354, p. 742, obs. AUBERT J.-L. ; V. en revanche le refus de l'inopposabilité de certaines clauses pour un commerçant qui "devait s'attendre à ce qu'y figurent des clauses relatives au défaut de paiement [...] les clauses sont imprimées en caractères petits mais lisibles [...] peu important que la clause calcule le montant de l'indemnité de manière peu usuelle", CA Paris, 21 sept. 1995 : Juris-Data n° 1995-023653.

clairement ce à quoi il s'oblige ». Il démontre d'ailleurs la constance de certaines idées. De sa partie l'article 937 du Code civil moldave prévoit que « l'entrepreneur ou le prestataire est tenu, avant la conclusion du contrat, de fournir au bénéficiaire, dans la mesure des circonstances qui lui permet, toutes les informations concernant la nature du travail ou de la prestation aux biens et le délai nécessaire pour le travail ou la prestation. »

876. Il faut mentionner que la loi du 1^{er} février 1995 a généralisé la règle à l'ensemble des contrats de consommation. En effet cette loi transpose la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives¹⁰⁰⁸, dont l'article 5 énonce l'obligation de clarté. Article L.132-2 du Code de la consommation prévoit : « les clauses des contrats proposés par le professionnels aux consommateurs ou non-professionnels doivent être présentés et rédigés de façon claire et compréhensible ».

877. Tout d'abord, le contrat ne peut prétendre à la clarté que s'il n'est pas rédigé en caractère microscopique. Le consommateur doit pouvoir lire sans être armé d'une loupe. Parfois les textes eux-mêmes imposent une taille minimum de caractères, comme c'est le cas en matière de crédit immobilier à la consommation.

878. De plus, pour être lisible, les clauses doivent être écrites en caractère suffisamment contrastés. Il convient donc de veiller à ce que l'encre utilisée soit compatible avec la couleur du papier servant de support au contrat et d'éviter, par exemple, d'imprimer celui-ci avec une encre bistre dont la pâleur tend à se confondre avec la couleur du document remis au consommateur¹⁰⁰⁹.

879. Il est important d'examiner ici un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 14 novembre 2006¹⁰¹⁰ et notamment : une cour d'appel a, à bon droit, ordonné la suppression, comme étant abusive, de la clause qui, par comparaison avec les rubriques précédentes et non par rapport aux conditions générales et particulières figurant au verso, était rédigée en petits caractères dont la taille était inférieure à celle des autres clauses voisines et, dès lors, n'avait pu attirer l'attention du client, la cour d'appel ayant ainsi mis en évidence que cette clause ne répondait pas aux exigences de l'article L. 133-2, alinéa 1, du code de la consommation.

880. Signalons enfin que la clause litigieuse aux termes de laquelle le consommateur reconnaissait avoir pris connaissance des conditions générales de vente en cas de vente par démarchage (arrêt *Peugeot*) a été sanctionnée sur un autre fondement que l'article L. 132-1 du

¹⁰⁰⁸ Directive Européenne n° 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n°92 du 21 avril 1993, p.29

¹⁰⁰⁹ Cass.com.23 octobre 1984, Bull.civ.IV.nr 279

¹⁰¹⁰ Cour de cassation, 1^{re} civ. 14 novembre 2006, n° 04-17.578 (n° 1435 FS-P+B)

code de la consommation, l'article L. 133-2, alinéa 1^{er}, relatif à la présentation claire et lisible des contrats proposés aux consommateurs.

881. Les clauses de renvoi soulèvent aussi des problèmes de transparence. Généralement disposées sur le document contractuel près de l'emplacement réservé à la signature du consommateur, elles font référence à des stipulations, les plus souvent des conditions générales, figurant au verso, voire dans des documents annexes. Une telle présentation est évidemment de nature à laisser planer des doutes sur l'exacte information que le consommateur aura pu avoir de ses droits et obligations contractuelles.

882. La transparence oblige encore à ne pas donner au contrat un intitulé qui ne correspondrait pas à son contenu et qui, par voie de conséquence, serait de nature à tromper le cocontractant sur la portée réelle de son engagement. Ainsi en serait-il de la « facture » d'acquisition d'un matériel qui comporterait au verso des clauses particulières par lesquelles l'acheteur souscrirait en même temps et sans s'en rendre compte un contrat d'entretien dudit matériel¹⁰¹¹.

883. Nombreuses sont donc les occasions de manquer à l'obligation de clarté par une présentation inappropriée, si ce n'est spécieux, des documents contractuels. Il ne suffit pas au contrat d'être clairement présenté. Il doit aussi être compréhensible pour le consommateur. C'est ainsi que l'utilisation de sigles d'abréviations, de formules elliptiques, obscures ou ambiguës ou encore de renvois systématiques d'une clause à une autre est susceptibles d'empêcher le consommateur de prendre la pleine mesure de son engagement ou de l'induire en erreur sur l'étendue exacte de ses droits ou obligations. Mais la mise en œuvre de cette exigence d'intelligibilité s'avère délicate. Ce qui est compréhensible pour l'un ne l'est pas pour l'autre, et inversement. On entre ici dans le domaine du relatif et du subjectif¹⁰¹².

884. Ce type de difficulté n'est pas nouveau. Les juges y ont notamment été confrontés pour déterminer dans quelle mesure une publicité hyperbolique se traduisant par la parodie ou l'exagération était de nature à induire les consommateurs en erreur et, par voie de conséquence, à constituer le délit de publicité trompeuse (art. L.121-1 du Code de la consommation)¹⁰¹³.

885. La réponse consiste à se référer à un standard de « consommateur moyen »¹⁰¹⁴. En droit communautaire, dans des circonstances comparables, la CJCE parle du « consommateur

¹⁰¹¹ Cass.com 26 février 1991, Contrats, Conc., Consom. Mai 1991, Comm.105, note LEVENEUR L.

¹⁰¹² PAISANT G., De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies, Presse Universitaires de Grenoble, 2003, p.241, 411 p.

¹⁰¹³ Ibidem

¹⁰¹⁴ Cass.crim 21 mai 1984, D.1985.105, note MARGUERY L. ; 15 octobre 1985, D.1986.IR.397, observation ROUJOU de BOUBEE G.

moyen, normalement informe et raisonnablement attentif et avise »¹⁰¹⁵. Mais cette référence abstraite n'est que moyennement satisfaisante.

886. En conclusion on peut mentionner que la sanction de l'obligation de clarté et lisibilité se trouve dans l'interprétation du contrat¹⁰¹⁶. La sanction ne peut être appliquée que par le juge. Or, les litiges de consommation échappent, pour la plupart, aux tribunaux : l'obligation de clarté reste donc, dans bien des cas, un vœu pieux sans conséquence pratique. Il est nécessaire, certes, de la poser et il est vrai qu'une amélioration de la rédaction des contrats de consommation peut être constatée depuis quelques années. Mais il faut aussi des règles plus précises pour améliorer le consentement du consommateur.

¹⁰¹⁵ CJCE 28 janvier 1999, Sekkellerei Kessler, Rec.I.532 ; 13 janvier 2000, Estee Lauder, Rec.I.135

¹⁰¹⁶ IVAINER Th., L'ambiguïté dans les contrats, Recueil Dalloz 1976.chron.153 ; DUPICHOT J., Pour un retour aux textes : défense et illustration du petit guide-âne des articles 1156 à 1164 du Code civil, Etudes Flour, 1979, p.179

Section 2 – Les clauses expressément déclarées abusives

887. Dans la loi de 1978, la détermination des clauses abusives était l'apanage du pouvoir réglementaire. Devant la passivité de ce dernier, la Cour de cassation, encouragée par une partie de la doctrine avait fini par reconnaître aux juges le pouvoir de déclarer une clause abusive¹⁰¹⁷, en dehors de tout décret d'interdiction. Ce « coup d'éclat »¹⁰¹⁸ a finalement reçu une consécration, quoiqu'implicite, de la part du législateur. En effet, tandis que la possibilité pour le pouvoir réglementaire d'établir une liste de clauses abusives était maintenue, le législateur a prévu une liste indicative de clauses pouvant être déclarées abusives. Cette liste est naturellement pour l'essentiel destinée à servir de « guide » au juge.

888. Ce pouvoir de déclarer une clause abusive, au besoin d'office d'ailleurs, a été reconnu au juge national par la Cour de justice des communautés européennes, sur le fondement de son pouvoir d'interprétation des directives¹⁰¹⁹.

889. Dans le mécanisme de lutte contre les clauses abusives de la réforme de la loi nr.95-96 du 1^{er} février 1995¹⁰²⁰ et antérieur à la LME¹⁰²¹ du 4 août 2008, qui a pour siège l'article L. 132-1 du Code de la consommation, il existait deux voies distinctes pour obtenir la reconnaissance normative du caractère abusif d'une clause stipulée dans un contrat entre un professionnel et un consommateur ou non-professionnel. Il s'agissait, d'une part, des clauses pouvant être regardées comme abusives, car inscrites dans l'annexe visée au troisième alinéa de cet article. Ces clauses, qualifiées de « blanches », étaient celles pour lesquelles le consommateur devait apporter la preuve de leur caractère abusif. D'autre part, des clauses pouvaient également être interdites par des décrets en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives ; pour ces clauses, dites « noires », le consommateur n'avait pas à apporter la preuve de leur caractère abusif¹⁰²².

890. Ce système était source de difficultés, généralement au détriment de la protection du consommateur, en raison de l'existence de ces deux régimes juridiques différents, le premier prévu par la loi, le second fixé par règlement. Et, comme le relèvent les travaux parlementaires,

¹⁰¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991

¹⁰¹⁸ PAISANT G., note ss Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, préc. : JCP G 1991, II, 21763

¹⁰¹⁹ CJCE, 27 juin 2000, Oceano Grupo et a., aff. jtes C-240/98 et C-244/98 : Rec. CJCE 2000, I, p. 4941 ; JCP G 2001, II, 10513, note CARBALLO-FIDALGO M. et G. PAISANT ; RTD civ. 2001, p. 878, n° 6, note MESTRE J. et FAGES B. ; RTD com. 2001, p. 291, note LUBY M. ; REDC 3/2000, p. 261, note BERNARDEAU L. ; CML Rev. 3/2001, p. 719, note STRUYCK J. ; ERPL 2002, p. 157, sp. note PINNA A., p. 165.

¹⁰²⁰ La loi de la République Française n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JOFR du 2 février 1995, p.1755

¹⁰²¹ Loi du 8 août 2008 de renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives

¹⁰²² DELPECH X., LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives, Recueil Dalloz 2008, p.2220

cette superposition de régimes « ne permet pas, compte tenu de la supériorité de la loi sur le règlement, d'interdire par voie réglementaire des clauses figurant dans l'annexe ayant valeur législative, quand bien même leur caractère abusif est systématiquement reconnu tant par la Commission des clauses abusives que par la jurisprudence »¹⁰²³.

891. Le 4 août 2008, par la LME on a procédé, à l'initiative des députés, à une simplification du système en maintenant, certes, le double régime de clauses abusives, mais en lui conférant une valeur exclusivement réglementaire et en le renforçant. Ainsi, les clauses « grises » et « noires » sont désormais toutes deux déterminées par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission des clauses abusives. Ces deux types de clauses continuent à se distinguer, non plus du point de vue de leurs sources, désormais unifiées, mais de leur régime probatoire. En ce qui concerne les « clauses grises », contrairement au régime précédent, le consommateur n'aura plus à prouver devant le juge le caractère abusif de celles-ci : il revient désormais au professionnel d'apporter la preuve du caractère non abusif. La protection du consommateur est donc désormais mieux assurée, puisque le texte nouveau pose une présomption simple d'abus. Pour ce qui est des clauses « noires », leur régime en est précisé. Le nouveau texte dispose, en effet, que ces clauses sont celles « qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives ».

892. C'est l'article 86 de la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 qui a réformé les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en prévoyant qu'un décret en Conseil d'Etat¹⁰²⁴ établirait deux listes de clauses abusives, l'une contenant des clauses irréfragablement présumées abusives, la liste « noire », l'autre désignant des clauses présumées abusives, qui laissent au professionnel l'opportunité de rapporter la preuve du caractère non abusif de la stipulation considérée, la liste « grise ».

893. Alors que la Commission des clauses abusives soulignait, dans son rapport d'activité pour l'année 2008, les difficultés susceptibles d'être engendrées par une entrée en vigueur tardive du décret¹⁰²⁵, celui-ci a, enfin, été publié au Journal officiel du 20 mars 2009, sous le n° 2009-302¹⁰²⁶.

894. Le décret d'application de l'article L. 132-1 précité modifie donc la partie réglementaire du Code de la consommation, plus précisément les articles R. 132-1, R. 132-2 et

¹⁰²³ BETEILLE L., LAMURE E. et MARINI P., V. Rapport Sénat, n° 413, p. 303

¹⁰²⁴ PATTETA G., Une solution réglementaire aux problèmes de suppression des clauses abusives ?, <http://blog.dalloz.fr>, 8 janv. 2009

¹⁰²⁵ V. D. 2009. Act. lég. 621

¹⁰²⁶ La Commission des clauses abusives souhaitait que le décret soit publié concomitamment à l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, soit le 1er janvier 2009 au plus tard.

R. 132-2-1 qui détaillent, respectivement, la liste noire pour le premier (douze clauses), la liste grise pour le deuxième (dix clauses), tandis que le dernier article énumère les transactions et contrats, voire les clauses elles-mêmes, non concernés par l'application de ces listes.

895. Il faut mentionner que le nouveau décret sur les clauses abusives a déjà fait l'objet de plusieurs commentaires qui soulignent son importance comme ses déficiences, en insistant sur son caractère transitoire en raison de l'intervention probable d'une nouvelle réglementation européenne. Ainsi, on peut affirmer que les clauses abusives sont désormais réparties selon une palette de couleurs et notamment : les clauses noires (art. R. 321-1 du Code de la consommation), qui sont présumées abusives de manière irréfragable (§ 1^{er}) et les clauses grises (art. R. 132-2 Code de la consommation), qui sont affectées d'une présomption simple d'abus (§ 2nd).

§ 1^{er} – Les clauses noires

896. Au titre de la liste noire, sont visées douze clauses, « irréfragablement présumées abusives ». On y trouve, par exemple, la clause ayant pour objet ou effet de « faire adhérer le consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans le contrat qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence » (art. R. 132-1, 1^o)¹⁰²⁷ ou celle qui permet de « restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires » (art. R. 132-2, 2^o)¹⁰²⁸. L'ensemble n'est néanmoins pas très novateur. On y retrouve ainsi une dizaine de clauses issues de la liste noire annexée à la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives (dir. 93/13/CEE). Deux y ont été ajoutées : les clauses ayant pour objet ou pour effet « de subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel » (10^o)¹⁰²⁹ ; celles ayant pour objet ou effet « d'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 » (12^o)¹⁰³⁰.

897. On y retrouve aussi des clauses interdites par les décrets internes antérieurs : celles

¹⁰²⁷ Exemple : dans un contrat de location de véhicule, à propos des exclusions de garantie de l'assurance, une clause qui précise que la liste des exclusions de garantie n'est pas exhaustive et l'assureur peut opposer au locataire l'ensemble des conditions, limitations et exclusions figurant dans la police d'assurance qui est mis à la disposition du locataire dans l'établissement du loueur => elle est désormais interdite

¹⁰²⁸ Exemple : dans un contrat de maintenance d'immeuble, une clause qui dispose que le professionnel n'est pas tenu par les engagements faits par les représentants du professionnel à l'occasion d'une opération de dépannage ou d'entretien => elle est désormais interdite.

¹⁰²⁹ Exemple : La clause d'un contrat de télésurveillance qui prévoit des frais de résiliation à la charge du consommateur.

=> elle est désormais interdite.

¹⁰³⁰ Exemple : dans un contrat d'assurance la clause qui dispose que la charge de la preuve des exclusions de garantie incombe à l'assuré. => elle est désormais interdite.

donnant au professionnel un pouvoir unilatéral de modification des caractéristiques du produit ou du service (le présent art. R. 132-2, 3° y ajoutant- ce qui n'est pas négligeable - les modifications de la durée et du prix ; cette interdiction ne s'applique pas si les modifications sont liées à l'évolution technique - art. R. 132-2, V - ou si elles sont relatives à certaines transactions sur instruments financiers, art. R. 132-2-1, I et II)¹⁰³¹ ; celles lui permettant de « supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations » (le présent art. R. 132-2, 6° étendant de façon remarquable le champ d'application de l'interdiction puisque tous les contrats sont visés et non plus seulement la vente)¹⁰³².

898. Certaines autres clauses sont aussi connues car elles figuraient dans l'ancienne liste indicative et/ou répondent aux catégories doctrinalement établies au vu de la jurisprudence¹⁰³³. Il en est ainsi de celles qui pèchent par manque de réciprocité : les clauses permettant au seul professionnel de constater la conformité des biens vendus ou des services exécutés aux stipulations du contrat (art. R. 132-4°, qui vise également « le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat »)¹⁰³⁴ ; celles obligeant le consommateur à exécuter ses obligations, alors que le professionnel n'exécuterait pas les siennes (art. R. 132-2, 5°, précisément ses « obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service »)¹⁰³⁵.

899. On remarquera d'ailleurs que ce type de grief est particulièrement présent à l'égard des clauses entourant la fin du contrat. Sont stigmatisées les stipulations entravant les actions en résolution ou « résiliation » du consommateur pour inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture de service (art. R. 132-2, 7°)¹⁰³⁶ ; celles permettant au professionnel de résilier le contrat discrétionnairement, sans reconnaître ce droit au consommateur (8°)¹⁰³⁷ ; celles permettant au

¹⁰³¹ Exemple : dans un contrat de club de sport une clause qui autorise le professionnel à changer les heures et jours d'ouverture, ou à supprimer une des activités offertes => elle est désormais interdite.

¹⁰³² Exemple : la clause figurant sur un bulletin de dépôt qui exonère le laboratoire photo de toute responsabilité en cas de perte des diapositives => elle est désormais interdite.

¹⁰³³ Sur cette classification cf. SAUPHANOR-BROUILLAUD N., Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus, CCC juin 2008. étude 7

¹⁰³⁴ Exemple : dans un contrat de location d'emplacement de résidence mobile, la clause qui réserve au professionnel l'appréciation de l'état d'entretien ou de vétusté de la résidence mobile sans énoncés des critères objectifs permettant de caractériser l'état de l'installation => elle est désormais interdite.

¹⁰³⁵ Exemple : Dans un contrat de télésurveillance, la clause qui oblige le consommateur à poursuivre le paiement des loyers alors que le contrat de télésurveillance est suspendu, résolu ou résilié => elle est désormais interdite.

¹⁰³⁶ Exemple : la clause d'un contrat d'installation de cuisine qui dispose qu'un retard ne peut en aucun cas constituer une cause de résiliation de la commande => elle est désormais interdite.

¹⁰³⁷ Exemple : dans un contrat de dépôt de vente, une clause qui réserve le droit à l'entrepôt d'interrompre le contrat sur simple appel téléphonique ou courrier simple, le déposant dispose alors de 72 heures pour enlever ses objets mis en vente, alors qu'aucune clause n'offrirait en revanche de possibilité de résilier au consommateur. => elle est désormais interdite.

professionnel « de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat » (9°)¹⁰³⁸ ; celles soumettant la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel (10°)¹⁰³⁹ ; celles entravant ce droit dans les contrats à durée indéterminée ou exigeant du consommateur le versement d'une indemnité (11°)¹⁰⁴⁰.

900. Plus avant, à l'issue de trente ans de lutte peu efficace contre les clauses abusives, on peut se montrer sceptique sur l'efficacité du procédé des listes. Certes, pour les optimistes, le présent décret pourrait renforcer l'action des divers acteurs participant à la lutte contre les clauses abusives.

§ 2nd – Les clauses grises

901. Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

- 1° Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté¹⁰⁴¹ ;
- 2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce¹⁰⁴² ;
- 3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné¹⁰⁴³ ;

¹⁰³⁸ Exemple : Dans un contrat de club de danse, une clause qui indiquerait que les forfaits de cours non épuisés ne sont pas remboursables en cas de fermeture du club => elle est désormais interdite.

¹⁰³⁹ Exemple : la clause dans un contrat d'hébergement pour personnes âgées qui prévoit que la résiliation à l'initiative de l'établissement s'effectue moyennant un préavis d'1 mois à compter de l'envoi du courrier alors que la résiliation à l'initiative de ce dernier intervient à l'expiration d'un délai de 2 mois => elle est désormais interdite.

¹⁰⁴⁰ Exemple : La clause d'un contrat de télésurveillance qui prévoit des frais de résiliation à la charge du consommateur. => elle est désormais interdite., Civ. 1^{re}, 29 oct. 2002, n° 99-20265, Bull. civ. I, n° 254

¹⁰⁴¹ Exemple : Dans un contrat d'achat de véhicule automobile, qualifié de bon de commande, la clause qui dispose que le contrat ne devient définitif qu'après la signature du directeur de l'établissement.

¹⁰⁴² Exemple : Dans un contrat concernant une prestation de traiteur pour un mariage, la clause de résiliation qui stipule que toute résiliation par le client d'une commande ou réservation acceptée, qu'elle qu'en soit la cause, entraîne pour celui-ci, la perte de l'acompte au titre de l'indemnité forfaitaire et définitive et irréductible sans prévoir par ailleurs une indemnité du client si la résiliation est à l'initiative du professionnel.

¹⁰⁴³ Exemple : Dans un contrat de club de sport, la clause qui stipule que tout adhérent du club qui prêterait sa carte d'adhérent serait soumis à une pénalité d'un montant de 540 euros.

- 4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable¹⁰⁴⁴ ;
- 5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du non-professionnel ou du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou du consommateur¹⁰⁴⁵ ;
- 6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 132-1¹⁰⁴⁶ ;
- 7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise¹⁰⁴⁷ ;
- 8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel¹⁰⁴⁸ ;
- 9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur¹⁰⁴⁹ ;
- 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 litiges¹⁰⁵⁰.

902. Parmi ces dix clauses, huit sont issues de la liste grise annexée à la directive de 1993. Deux s'y ajoutent : les clauses ayant pour objet ou pour effet « de stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise » (art. R. 132-2, 7°) ; celles ayant pour

¹⁰⁴⁴ Exemple : La clause d'une convention de compte bancaire qui stipule que la clôture du compte peut intervenir sur l'initiative de la banque après expiration d'un délai de préavis de cinq jours.

¹⁰⁴⁵ Exemple : Dans un contrat de fourniture de gaz de pétrole liquéfié en vrac, la clause qui permet à la société distributrice de procéder à la cession de son contrat sans objection possible du consommateur et sans qu'il soit assuré du maintien de ses droits et obligations contractuels.

¹⁰⁴⁶ Exemple : Dans un contrat de téléphonie mobile la clause qui prévoit que les factures sont établies par périodicité mensuelle mais que toutefois l'opérateur se réserve le droit de faire varier cette périodicité après en avoir avisé l'abonné.

¹⁰⁴⁷ Exemple : Dans un contrat d'achat de meubles la clause qui disposerait : « les dates de livraison, que nous nous efforçons toujours de respecter, ne sont données toutefois qu'à titre indicatif ».

¹⁰⁴⁸ Exemple : Dans un contrat « triple play », la clause qui prévoit que la résiliation du contrat à l'initiative de l'opérateur s'effectuera moyennant un préavis d'un mois à compter de l'envoi d'un courrier électronique au consommateur, alors que la résiliation à l'initiative de ce dernier ne peut intervenir, à l'expiration du même délai, qu'à compter de la réception par le professionnel d'une lettre recommandée.

¹⁰⁴⁹ Exemple : Dans un contrat de convention de compte bancaire, la clause qui prévoit qu'en cas de dépôt d'espèces à un guichet automatique, le ticket délivré au client ne fera pas preuve du dépôt et de son montant et que la preuve sera uniquement rapportée par l'inventaire réalisé par l'établissement de crédit.

Une telle clause ne permet pas le client à prouver que le montant qu'il a déposé est différent de celui inventorié.

¹⁰⁵⁰ Exemple : Dans un contrat de déménagement, la clause qui limite à trois jours le délai pour effectuer des réclamations en cas de dommages survenus à l'occasion des opérations de déménagement.

objet ou pour effet « de soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou des modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel » (art. R. 132-2, 8°). Ces deux dernières clauses font d'ailleurs, également, la différence avec l'ancienne liste indicative française.

903. On peut s'interroger sur la répartition parfois surprenante des clauses dans l'une ou l'autre catégorie. Notamment, n'est pas d'une évidence indiscutable le classement dans la liste grise des clauses ayant pour objet ou pour effet « 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 ou passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges » (art. R. 132-2, 10°). Ces dernières sont effectivement à même de provoquer une atteinte grave à l'équilibre des droits et des obligations et devraient être placées dans la liste noire¹⁰⁵¹. Le droit français regarde d'ailleurs la clause compromissaire comme nulle dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur¹⁰⁵².

904. Il faut reconnaître que le dispositif n'est évidemment pas sans faille¹⁰⁵³. Le professionnel peut avoir intérêt à prendre un risque, en rédigeant de façon subtile ses conventions de telle sorte que l'abus ne soit pas flagrant. Ainsi, par exemple, dans un contrat de location d'un emplacement de *mobil home* une stipulation prévoyait que le « preneur devra souffrir sans indemnité les travaux nécessités par les entretiens des installations en sous-sol passant sur leur emplacement ». Les juges du fond avaient été ainsi convaincus que la limitation spatiale des travaux excluait tout déséquilibre significatif. Cependant, la Cour de cassation considère que la clause est abusive en ce qu'elle exonère, de manière générale, le bailleur de toute responsabilité¹⁰⁵⁴. De même, la clause qui présume l'approbation des opérations mentionnées sur un relevé de compte après un délai de trois mois est suffisamment subtile pour que sa qualification d'abusives ne tombe pas sous le sens. Elle suppose de déceler une assimilation du délai de vérification à un délai de prescription et d'en déduire l'entrave à l'exercice par le consommateur de son droit d'agir en justice au sens désormais de l'article R. 132-2, 10°¹⁰⁵⁵.

905. La détection de clauses, même illicites, par la Commission des clauses abusives reste

¹⁰⁵¹ cf. CJCE 26 oct. 2006, *Mostaza Claro c/ Centro Movil Milenium SL*, D. 2006. 2910, obs. AVENA-ROBARDET V. et p. 3027, obs. CLAY T.; RTD civ. 2007. 113, obs. MESTRE J., FAGES B. et 633, obs. TERY P., JCP E 2007. 2018, n° 1, obs. SERAGLINI C.; LPA 2007, n° 152, p. 9, note LEGROS C., qui se prononce pour la nullité d'une clause compromissaire abusive soulevée pour la première fois devant le juge étatique et non devant l'arbitre.

¹⁰⁵² Art. 2061 du Code civil, interprété a contrario ; adde pt q) de l'ancienne liste.

¹⁰⁵³ SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., AUBRY H., *Droit de la consommation*, janvier 2009 - janvier 2010, Recueil Dalloz 2010 p. 790

¹⁰⁵⁴ Civ. 3^e, 10 juin 2009, n° 08-13.797, D. 2009. AJ 1685, obs. DELPECH X.

¹⁰⁵⁵ Civ. 1^{re}, 8 janv. 2009, n° 06-17.630, RTD com. 2009. 418, obs. LEGAIS D.

donc opportune sous l'empire du nouveau dispositif. *A fortiori* en est-il ainsi pour les clauses « hors liste » telle que la stipulation qui laisse à la banque la possibilité d'informer le consommateur des modifications déjà effectuées à une convention de compte de dépôt. Cette clause, qui prive le consommateur d'un droit, celui de résilier la convention s'il n'agrée pas aux nouvelles conditions tarifaires, n'est pas répertoriée dans le nouveau dispositif¹⁰⁵⁶. Du côté du consommateur, le risque n'est pas non plus exclu. S'agissant de la preuve, le législateur a réduit l'intérêt de la présomption simple d'abus lorsqu'il a laissé au consommateur le soin d'en prouver les conditions d'application alors que celles-ci présentent une marge d'indétermination. Ainsi en va-t-il de la disproportion manifeste de l'indemnité prévue qui doit être démontrée pour que la clause pénale soit présumée abusive (art. R. 132-2, 3°) ou du caractère déraisonnable de la durée de préavis que suppose la mise en œuvre de l'article R. 132-2, 4°.

906. Par ailleurs, la liste grise introduit un risque de confusion entre les sanctions en présumant simplement abusives des clauses illicites, qu'il s'agisse de la condition potestative (art. R. 132-2, 1° *versus* art. 1174 du Code civil), ou de la clause compromissoire. Pour cette dernière, l'application de la présomption simple d'abus introduite par l'article R. 132-2, 10°, supposerait un toilettage de l'article 2061 du Code civil dont l'interprétation *a contrario* conduisait à juger nulle la clause d'arbitrage stipulée dans un contrat de consommation interne. La preuve contraire apportée par le professionnel serait facilitée par le fait que « *les clauses de litige ont un objet processuel et non pas substantiel* »¹⁰⁵⁷. En revanche, si l'on considère que cette présomption simple d'abus est une maladresse de rédaction¹⁰⁵⁸, et qu'un texte de nature réglementaire ne peut restreindre le champ d'application d'une disposition de nature législative (art. 2061 du Code civil), c'est alors l'illicéité qui prévaut, ce qu'autorise la clause d'harmonisation minimale de la directive n° 93/13. Ce risque de confusion des sanctions sur le plan du droit interne n'est pas sans poser de difficultés au regard de l'arrêt *Asturcom* rendu par la CJCE¹⁰⁵⁹.

907. **En droit moldave**, la liste des clauses abusives est réglementée par la Loi nr.256 du 09.12.2011 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. L'art.5 alin.(5) prévoit une liste des clauses considérées abusives qui ont pour objet ou effet de déséquilibrer un contrat de consommation. La liste est non-exhaustive et elle est une transposition, sans exception, de la Directive sur les clauses abusives.

¹⁰⁵⁶ Civ. 1^{re}, 28 mai 2009, n° 08-15.802, D. 2009. AJ 1602

¹⁰⁵⁷ CLAY T, Arbitrage et modes alternatifs de règlements des litiges, D. 2009. Pan. 2959, spéc. 2960

¹⁰⁵⁸ SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., AUBRY H. obs. in Chronique de droit de l'arbitrage, LPA 2009, n° 143)

¹⁰⁵⁹ SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., AUBRY H., Droit de la consommation, janvier 2009 - janvier 2010, Recueil Dalloz 2010 p. 790

908. Ainsi, le fondement de la législation de la République de Moldova dans le domaine des clauses abusives depuis un an est réglementé par la Loi nr.256 du 09.12.2011 sur les clauses abusives et la Loi nr.105-XV du 13.03.2003 concernant la protection des consommateurs, par le contenu bref de l'art.4, intitulé expressément « Les clauses abusives » (« *Clauzele abuzive* »).

909. Par conséquent, nous pouvons observer que la vision sur les clauses abusives, dans la Loi nr.256 du 09.12.2011, se réalise, en effet comme un découpage de la loi européenne, par la concentration des prévisions générales et des prévisions spéciales du domaine des clauses abusives. Nous soutenons que l'article mentionné est équivoque, mal structuré, ayant seulement une « saveur » européenne et il ne reflète pas profondément la Directive nr.93/13/CEE. Il faut reconnaître que la nouvelle loi contient une liste d'orientation et non exhaustive des clauses abusives inadaptées à la situation économique actuelle de la République de Moldova.

910. De l'autre côté on trouve une liste des clauses interdites dans les prévisions du Code civil, qui réglemente dans le chapitre IV du Livre IIIe « Les clauses contractuelles standards » (art.712-720 du Code civil)¹⁰⁶⁰ en se référant à en mode spécial sur le clauses formulées préalablement pour une multitude des contrats (art.712, alin.(1) du Code civil)¹⁰⁶¹. Ainsi selon l'art.718 du Code civil sont interdites huit clauses contractuelles standard avec la possibilité d'évaluation. Dans l'art 719 du Code civil sont interdites treize types des clauses contractuelles standards sans possibilité d'évaluation. Il faut remarquer qu'avec l'adoption de la Loi sur les clauses abusives, le Code civil moldave a souffert des modifications et ses prévisions se réfèrent déjà seulement aux contrats conclus entre professionnels.

911. Il faut mentionner que la Loi sur les clauses abusives a été initiée depuis 2008 mais à cause de la prévision d'une liste des clauses présumées abusives, jusqu'à fin 2011 elle n'a pas vu la lumière à cause de plusieurs circonstances. Officiellement, les représentants du Gouvernement

¹⁰⁶⁰ Il faut mentionner que l'art.720 alin.(4) du Code civil moldave, prévoit des dispositions spéciales concernant le contrat entre le professionnel et le consommateur, et notamment « les prévisions de l'art.712-720 s'appliquera en tenant compte des suivantes conditions :

- les clauses contractuelles standards se considère comme étant établie par le professionnel s'ils n'ont pas été établies par le consommateur ;
- les art.715-719 s'appliquent aux conditions contractuelles reformulées et lors quand ceux-ci sont déterminées pour l'unique utilité, aussi dans la mesure dans laquelle le consommateur n'a pas pu influencé les prévisions à cause de leur formulation ;
- à l'appréciation pour l'inconvénient inappropriée conformément à l'art.716 alin.(1) et (2), on va prendre en considération et les circonstances existantes à la conclusion du contrat ».

¹⁰⁶¹ Les règles sur les clauses contractuelles standards s'applique envers toutes les clauses contractuelles à l'exception des cas prévus par la loi, et notamment les prévisions de l'art.718 et 719 du Code civ ne s'appliquent aux contrats, la partie duquel sont les entreprises de livraison de l'énergie électrique, du gaz, de l'énergie thermique à la distance et de l'eau, si les conditions de livraison ne dérogent pas dans le désavantage des utilisateurs des conditions stipulées par l'organe d'état pour la réglementation dans le domaine de l'énergie électrique, du gaz, de l'énergie thermique et de l'eau. Aussi bien, les règles concernant les clauses contractuelles standards du Code civil ne s'appliqueraient aux rapports de travail et familiale, Le Commentaire du Code Civil de la République de Moldova, auteurs collectifs, vol. II, Edition ARC, Chişinău, 2005

se réfèrent à la crise politique du pays¹⁰⁶², mais en réalité nous soutenons que c'étaient à cause des grands commerçants qui ne voulaient pas que leur activité soit bouleversée par le contrôle d'Etat pour le respect de la loi sur les clauses abusives.

912. Conclusion de la section. On notera, au titre des exclusions, que la clause tendant à réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre (présumée irréfragablement abusive), la clause tendant à reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable et celle tendant à réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties (clauses présumées abusives mais pouvant être combattues par la preuve contraire) ne sont pas applicables aux transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours, d'un indice ou d'un taux que le professionnel ne contrôle pas, pas plus qu'aux contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats internationaux émis en bureau de poste et libellés en devises.

913. Nous soutenons cette dernière réforme sur les clauses abusives dans le droit de la consommation français, car ce système de listes, « sur le modèle communautaire »¹⁰⁶³, a pour effet d'appréhender certains risques entendus ici, au sens courant de « dangers » et non au sens juridique de « probabilité de survenance d'un événement contrariant le scénario contractuel »¹⁰⁶⁴. C'est d'abord le risque de la preuve de l'abus qui est réduit. Avant le décret, hormis les trois clauses interdites, il appartenait au consommateur de prouver le déséquilibre significatif. Désormais, les présomptions d'abus, irréfragables pour les clauses noires, et simples pour les clauses grises, ne font plus peser sur lui le risque de la preuve de l'abus. Avantageux pour le consommateur, le dispositif de listes réglementaires l'est également pour le professionnel qui peut désormais mieux « mesurer le risque contractuel » qu'il encourt lorsqu'il insère dans un contrat l'une des clauses répertoriées¹⁰⁶⁵.

914. Par ailleurs, les articles R. 132-1, 12°, et R. 132-2, 9°, qui présumant abusives les clauses relatives à la charge et aux modes de preuve, réduisent la mainmise du professionnel quant à « la gestion contractuelle du risque de la preuve »¹⁰⁶⁶. Enfin, et dans un autre ordre d'idées, si l'on admet que la réglementation de la durée du contrat est de nature à lutter contre

¹⁰⁶² Du 2009 et jusqu'à présent le parlement de la République de Moldova est en impossibilité d'élire le président du pays, ce qui crée des divergences essentielles dans les Commission parlementaires.

¹⁰⁶³ ROCHFELD J, RTD civ. 2009. 383 ; V. égal. supra, I, B

¹⁰⁶⁴ MARTIN A.-C., L'imputation des risques entre contractants, préf. F. Ferrier, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 508, n° 3.

¹⁰⁶⁵ MAXEAUD D., REVET T., Editorial, RDC 2009. 450

¹⁰⁶⁶ MEKKI M. et GRIMALDI C., RDC 2009. 464

l'inégalité des contractants¹⁰⁶⁷, il apparaît que les articles R. 132-1, 3°, 10°, 11° et R. 132-2, 8° qui déclarent ou présument abusives les clauses permettant notamment au professionnel de modifier unilatéralement la durée d'un contrat, ou d'entraver le droit de rompre celui-ci sont autant de moyens de lutter contre les risques, ou dangers, liés à la maîtrise du temps contractuel par la partie forte¹⁰⁶⁸.

915. Pour autant, dans une vision plus pessimiste, on considèrera les obstacles majeurs qui demeurent et freineront ces actions, qu'ils soient internes ou européens. Au plan interne, d'une part, on peut d'ores et déjà craindre que les freins actuels perdurent et douter que ces listes réglementaires viennent à bout des déficiences du système¹⁰⁶⁹. D'un côté, on peut conjecturer que ceux qui n'ont que peu usé des pouvoirs qui leur étaient déjà conférés se saisissent de ces listes pour mieux œuvrer : les agents de la DGCRRF ; les consommateurs, dissuadés d'agir par le déséquilibre entre les intérêts en jeu et la lourdeur, psychologique et financière, de l'action judiciaire¹⁰⁷⁰. D'un autre côté, on peut douter que ceux qui agissent contre les clauses abusives trouvent dans ces listes les moyens de surmonter les obstacles qui les entravent actuellement. On pense aux associations de consommateurs et à la jurisprudence parfois restrictive qui entoure leurs actions en cessation aussi que le montre la question des modes d'élimination des clauses abusives.

¹⁰⁶⁷ LITTY O., Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de quatre contrats d'adhésion usuels, préf. GHESTIN J., LGDJ, Bibl. droit privé, t. 322

¹⁰⁶⁸ BRETZNER J.-D., La durée, l'abus et le contrat, RDC 2009. 1662

¹⁰⁶⁹ ROCHFELD J., Clauses abusives - Listes réglementaires noire et grise, RTD Civ. 2009 p. 383

¹⁰⁷⁰ Ibidem

TROISIEME PARTIE –

L'ELIMINATION DES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS DE LA CONSOMMATION

916. L'article 6.1 de la directive prévoit que les clauses abusives contenues dans un contrat individuel „ne lient pas” le consommateur suivant les modalités fixées par les droits nationaux. L'objectif envisagé doit ainsi être atteint selon les différents régimes de sanctions auxquels les Etats membres restent libres de soumettre les clauses abusives. En raison de la diversité des traditions légales existantes, cette disposition a été intégrée de façon différente (les sanctions civiles varient entre l'inexistence, la nullité, l'inefficacité ou l'inopposabilité). Cependant, et afin de préserver la portée de la directive et de sauvegarder son effet utile, les systèmes juridiques doivent respecter une série de principes pour assurer qu'une clause abusive ne lie pas effectivement le consommateur. A cet égard, le consommateur doit non seulement avoir la possibilité, sans pouvoir y renoncer, d'invoquer le caractère abusif des clauses contractuelles pendant une procédure judiciaire, mais également pouvoir refuser d'honorer ses obligations découlant des clauses abusives sans qu'il soit besoin d'une décision judiciaire préalable¹⁰⁷¹. Ainsi, le droit communautaire ne précise pas les modes d'élimination ou la sanction des clauses abusives.

917. Toutes les autorités concourant à l'élimination des clauses abusives ont pour objectif principal de conserver ou rétablir un équilibre au sein du contrat, aussi bien de sanctionner le caractère abusif d'une clause contractuelle. Il s'agira, dans un premier temps (**Titre I**), de les déterminer.

918. Lorsqu'une clause abusive a été insérée dans un contrat de consommation, il convient donc de la supprimer. La suppression se réalise à l'occasion d'une action en justice exercée de manière individuelle ou collective, c'est-à-dire, soit à l'initiative d'un contractant, soit à celle d'une association représentative des consommateurs¹⁰⁷². Ces actions feront l'objet du deuxième titre de cette partie (**Titre II**).

¹⁰⁷¹ Il va de soi que si l'entreprise conteste la prise de position du consommateur, elle pourra l'attaquer en justice et avoir gain de cause, avec toutes les conséquences que ceci implique pour le consommateur au cas où le juge viendrait à la conclusion que la clause contractuelle n'était pas abusive.

¹⁰⁷² CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., Droit de la consommation, 8e édition, Dalloz, Paris, 2010, p.210

Titre I - Les autorités concourant à l'élimination des clauses abusives

919. Il ne suffit pas de dire qu'une clause est abusive pour qu'elle disparaisse du contrat. Il faut une autorité pour décider de cette élimination. En ce sens, la directive évoque les tribunaux et les organes administratifs. On les retrouve en droit français et en droit moldave. Ainsi, dans son article 7, la directive impose aux Etats membres de se doter d'un système adéquat et efficace afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives. Bien qu'à cette fin la directive laisse le choix entre une procédure judiciaire et une procédure administrative, majoritairement les législations nationales ont opté pour la voie judiciaire.

920. Il s'agit d'examiner les autorités mises en place par le droit français et le droit moldave pour éradiquer les clauses abusives. Ainsi, selon l'article 7-2 de la directive, ces moyens doivent comprendre des organisations possédant « un intérêt légitime à protéger les consommateurs » et pouvant saisir « les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif ». Ces autorités doivent être regroupées en deux catégories : le pouvoir judiciaire et les organismes administratifs.

921. D'abord, ceux qui permettent d'éliminer les clauses abusives sont principalement les juges. *A priori*, pourtant, le juge ne devrait avoir qu'un rôle secondaire, aboutissement de l'échec des mécanismes préventifs (**Chapitre I**).

922. D'autres acteurs, représentés par les organismes administratifs, sont ensuite présents et participent à leur manière à l'éradication des clauses abusives. Les organismes administratifs constituent les partenaires du juge. Il ne faudrait pas croire que ce second rôle attribué aux organismes administratifs soit sans importance (**Chapitre II**).

Chapitre I - Le juge

923. C'est en effet le juge qui appréciera au cas par cas le caractère abusif d'une clause selon des modalités prévues par l'article L. 132-1 alinéa 5 du Code de la consommation. L'abus peut être recherché dans tous les contrats de consommation (article L. 132-1 du Code de la consommation).

924. Le rôle du juge moldave dans la lutte contre les clauses abusives, en comparaison avec le juge français, est loin d'être suffisant pour assurer un cadre juridique satisfaisant en vue de protéger les intérêts économiques des consommateurs. Il faut reconnaître qu'actuellement la pratique judiciaire interne n'est pas riche mais, dans certains cas, la Cour suprême de Justice de la République de Moldova s'est prononcée, en motivant ses décisions en vertu de la Loi nr. 105-XV du 13.03.2003 sur la protection des consommateurs, créant ainsi un minimum de jurisprudence, comme guidage pour les litiges futurs.

925. Sans faire référence à la législation consumériste, dans la plupart des cas, les tribunaux de la République de Moldova appliquent la législation du droit commun. En même temps, certains juges commettent des erreurs essentielles dans la détermination de la compétence matérielle, de la personne responsable, du cadre procédural etc. Afin d'éliminer les lacunes dans la pratique de l'examen des affaires relatives à la protection des consommateurs, la Cour suprême de Justice de la République de Moldova explique qu' « en jugeant les cas à la demande des consommateurs contre les professionnels (producteurs, prestataires, vendeurs, fournisseur et autres) sur la protection de leurs droits, les tribunaux doivent appliquer la Loi sur les consommateurs protection nr. 105-XV de 13.03.2003, dans la mesure dans laquelle celle-ci ne contrevient pas au Code civil de la République de Moldova »¹⁰⁷³.

926. Dans ce chapitre il s'agit d'examiner les instruments mis en place par le droit national pour éradiquer les clauses abusive grâce au pouvoir judiciaire. En somme, le pouvoir législatif accorde aujourd'hui au juge un pouvoir qui lui avait été refusé par le législateur de 1978 (**Section 1**). Ce pouvoir est d'autant plus grand qu'il peut désormais s'exercer d'office (**Section 2**).

¹⁰⁷³ La décision explicative de la Cour suprême de Justice de la République de Moldova du 09.10.2006, nr.7 concernant la pratique sur l'application de la législation concernant la protection des consommateurs au jugement des causes civiles //Buletinul CSJ a RM 3/4, 2007

Section 1 – La reconnaissance du pouvoir autonome du juge.

927. Depuis l'apparition du Code civil français en 1804, et jusqu'à aujourd'hui, le droit des contrats a dû évoluer pour s'adapter à notre époque. Ainsi, alors que la doctrine a longtemps fait reposer le contrat sur le principe de l'autonomie de la volonté, ce principe a depuis été remis en cause, et la volonté des contractants considérée comme toute puissante s'est vu tempérer par l'apparition de la notion d'abus dans les contrats, et plus précisément celle de clause abusive. La jurisprudence civile concernant ce type de clause est relativement récente, du fait que la notion légale de clause abusive n'est apparue qu'avec la loi Scrivener du 10 janvier 1978, et que les arrêts visant avec précision les clauses abusives que les juges pouvaient se permettre de supprimer ont été très rares. (§ 1^{er}) Et c'est devant l'apparente inefficacité de cette loi que la Cour de cassation a rendu un arrêt daté du 14 mai 1991, consacrant un pouvoir autonome du juge de supprimer les clauses abusives, même sans intervention préalable d'un décret. (§ 2nd)

§ 1^{er} – Jusqu'à l'arrêt du 14 mai 1991

928. .A la question de savoir si une clause peut être déclarée abusive par les juges malgré l'absence d'un décret en prononçant formellement l'interdiction, la Cour de cassation répondit positivement par une série d'arrêts s'échelonnant de 1987 à 1991 **(B)**, **(C)**, tandis que, avant l'arrêt du 16 juillet 1987, le rôle du juge dans l'élimination des clauses abusives était en question **(A)**.

A) – Avant l'arrêt du 16 juillet 1987

929. Comme nous avons recherché dans le chapitre antérieur, le champ d'application de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, devenu l'article L. 132-1 du Code de la consommation, était, et reste d'ailleurs, circonscrit aux seuls contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs. C'est dire ensuite que, dans ces contrats, les clauses qui pouvaient être déclarées non écrites parce qu'abusives étaient celles qui étaient imposées au consommateur par un abus de puissance économique du professionnel et qui conféraient à celui-ci un avantage excessif ; encore fallait-il que ces clauses se référassent à certains aspects particuliers, limitativement énumérés, du contenu ou de l'exécution du contrat¹⁰⁷⁴.

930. Tenant compte que pour éliminer une clause abusive il fallait l'intervention d'un décret, on peut mentionner que l'efficacité du système dépendait de la diligence du pouvoir réglementaire. Or, en dépit d'un travail important de la commission des clauses abusives qui a

¹⁰⁷⁴ GHESTIN J., Mélanges Roger O. Dalcq : Responsabilités et assurances, n°10, p.213

émis plusieurs recommandations en ce sens, pendant longtemps le décret du 24 mars 1978 resta seul. Ensuite sa disposition la plus importante, qui prohibait les clauses de référence à d'autres documents que l'écrit signé, a été annulée par le Conseil d'État¹⁰⁷⁵.

931. Du point de vue doctrinal on peut mentionner que faisant la part belle au pouvoir réglementaire et confinant le juge dans une tâche d'application quasi-mécanique des textes, le système mis en place par la loi du 10 janvier 1978 a été, fort logiquement, approuvé par certains auteurs dont on connaît l'hostilité à la jurisprudence source de droit¹⁰⁷⁶. Selon cette doctrine, une protection effective du consommateur ne saurait s'accommoder d'un détour par le juge. La diversité des solutions adoptées par les tribunaux, la lenteur de la formation de la jurisprudence, la difficulté de connaître ses solutions, l'effet trop limité de l'invalidation d'une clause en raison de la relativité de la chose jugée, les hésitations des particuliers à intenter des actions judiciaires contre leur puissant partenaire constitueraient autant de freins à la mise en place d'une protection efficace tout en générant un désordre économique important.

932. D'autre part, M. Ghestin soulignait¹⁰⁷⁷, « la perplexité générale des professionnels devant le premier décret d'application. La difficulté a été repoussée, tant il est vrai que l'interprétation judiciaire reste indispensable pour la solution des cas d'espèce ». La lenteur de l'élaboration du droit par voie judiciaire ne saurait, au demeurant, être exagérée. La loi du 9 juillet 1975 a reconnu au juge le pouvoir de réviser les clauses pénales ainsi que la jurisprudence publiée de la Cour de cassation permettait dès la fin de l'année 1978 de répondre à la grande majorité des questions suscitées par la mise en œuvre de ce nouveau texte¹⁰⁷⁸. Et s'il est exact que les particuliers ignorent pour la plupart la jurisprudence et se croient liés par le contrat, peut-on prétendre sérieusement, ainsi que M. Rieg en fait la remarque, « que le citoyen moyen aura assimilé les listes législatives de clauses abusives » ?¹⁰⁷⁹. Quant à la nécessité de saisir le juge, elle existe dans les deux systèmes. Comme le note M. Calais-Auloy, « il ne suffit (...) pas que les clauses abusives soient réputées non écrites. Il faut qu'elles soient matériellement éliminées des modèles de contrats que rédigent les professionnels et qu'ils proposent aux consommateurs »¹⁰⁸⁰.

933. Enfin, s'agissant de l'insécurité juridique qu'engendrerait la reconnaissance aux juges du fond d'un pouvoir propre de sanctionner les clauses qu'ils jugent abusives, il convient là encore de relativiser la portée de cette critique. Dans plusieurs pays européens, le législateur a

¹⁰⁷⁵ CE 13 déc. 1980, D. 1981. 228, note LARROUMET C, JCP 1981. II. 19502, concl. Hagelstein

¹⁰⁷⁶ FLOUR J et AUBERT J-L. J-L, Les obligations, vol. 1, 4^e éd., n° 187-6, p. 41, note 3 ; rappr. CARBONNIER J., t. 4, n° 83

¹⁰⁷⁷ GHESTIN J., Le contrat, 2e éd., n° 604

¹⁰⁷⁸ GRIDEL J-P, chr. D. 1984. 156

¹⁰⁷⁹ RIEG, Mélanges Rodière, 1981, p. 245, note 100

¹⁰⁸⁰ CALAIS-AULOY J., note D. 1988. 52

abandonné au juge le pouvoir d'éliminer les clauses abusives en se bornant à lui fournir, pour les identifier, des critères imprécis.

934. Comme mentionnaient les auteurs Terré Fr, Lequette Y., « On le voit, il existait en la matière de bonnes raisons pour inciter les juges du fond à résister à la tentative de marginalisation dont ils étaient l'objet »¹⁰⁸¹. A cet effet, deux voies s'offraient. La première était que la Cour de cassation admette qu'une clause puisse être jugée abusive, et par conséquent non écrite, dès lors qu'elle répondait à la définition de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, même si elle n'avait pas été interdite par décret¹⁰⁸². Susceptible de trouver un support textuel dans l'alinéa 2 de l'article 35 qui dispose « de telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites », une telle solution — que d'aucuns n'avaient pas hésité à qualifier de « coup d'État »¹⁰⁸³ — pouvait s'autoriser de l'échec du système mis en place par la loi du 10 janvier 1978¹⁰⁸⁴, ainsi que du vieillissement de la loi¹⁰⁸⁵.

935. La seconde était que les juges usent plus largement des prérogatives que leur reconnaît la théorie générale des contrats. Le pouvoir réglementaire ayant trait aux clauses abusives vient, en effet, simplement se superposer au pouvoir général que le juge a d'apprécier la validité d'une convention. On pouvait songer à utiliser à cet effet la théorie de la cause¹⁰⁸⁶ ou encore l'alinéa 3 de l'article 1134 prévoyant que les contrats s'exécutent de bonne foi. Sans doute, ce texte vise-t-il la seule exécution du contrat¹⁰⁸⁷, mais la bonne foi n'est nullement absente de sa formation¹⁰⁸⁸.

B) – L'arrêt du 16 juillet 1987

937. Cédant aux instances pressantes dont elle était l'objet, la Cour de cassation a progressivement reconnu aux juges le pouvoir de réputer une clause non écrite pour « abus de puissance économique ayant procuré un avantage excessif ». Cette création prétorienne s'est opérée par touches successives, la Cour de cassation ayant admis ce pouvoir « d'abord par allusion, ensuite implicitement, enfin explicitement »¹⁰⁸⁹. On retracera ici les principales étapes

¹⁰⁸¹ Ibidem

¹⁰⁸² CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., note D. 1988. 50

¹⁰⁸³ CARBONNIER J., t. 4, n° 83

¹⁰⁸⁴ PAISANT G., chr. D. 1986. 302

¹⁰⁸⁵ TERRE Fr, LEQUETTE Y., *Clauses abusives. Interdiction, Pouvoir du juge, Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e édition 2008, p. 137

¹⁰⁸⁶ Ibidem

¹⁰⁸⁷ CARBONNIER J., t. 4, n° 83

¹⁰⁸⁸ TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, nos 40-2 ; JOURDAIN P., « La bonne foi dans la formation du contrat », *Trav. Ass. H. Capitain* 1992 ; v. en ce sens, RIEG A., art. préc., *Études Rodière*, p. 221 et s. ; HUET J., obs. *RTD civ.* 1987. 563 ; SINAY-CYTERMANN A., « La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations », *RTD civ.* 1985. 475 et s., spéc. p. 515

¹⁰⁸⁹ CARBONNIER J., t. 4, n° 83

de l'élaboration de cette jurisprudence, car elle illustre à la perfection la manière, toute de souplesse et de persuasion, parfois employée par la haute juridiction pour opérer au sein de droit français d'importantes mutations.

938. Premier temps fort de cette construction, et cet arrêt est rendu par la première chambre civile le 16 juillet 1987¹⁰⁹⁰. La question étudiée se posait, dans cette espèce, en termes un peu particuliers dans la mesure où le contrat mêlait étroitement dispositions prohibées et dispositions non prohibées. L'acheteur d'objets d'ameublement avait signé un bon de commande qui indiquait, au recto et en caractères apparents, un délai de livraison de deux mois, suivi en petits caractères de la mention « Prévus à titre indicatif ». Au verso figurait, parmi de nombreuses autres clauses, l'article suivant : « les dates de livraison que nous nous efforçons toujours de respecter, ne sont données qu'à titre indicatif, et il est bien évident qu'un retard dans la livraison ne peut constituer une cause de résiliation de la présente commande, ni ouvrir droit à des dommages-intérêts. Toutefois l'acheteur pourra demander l'annulation de sa commande et la restitution, sans intérêts autres que ceux prévus par la loi, des sommes versées si la marchandise n'est pas livrée dans les 90 jours d'une mise en demeure restée sans effet, étant entendu que cette mise en demeure ne pourra être faite qu'après la date de livraison prévue à titre indicatif ».

939. Si l'on simplifie quelque peu, il en résultait, d'une part, une clause prévoyant que le délai de livraison est donné à titre indicatif — la troisième clause autorisant une mise en demeure laissait en fait au vendeur la possibilité de fixer quasi discrétionnairement la date de livraison en raison de la disproportion considérable entre le délai annoncé de deux mois et celui laissé au professionnel de cinq mois minimum — d'autre part, une clause réduisant ou supprimant le droit du consommateur à réparation en cas de dépassement du délai. Constatant que ces clauses conféraient au professionnel un avantage excessif en ce qu'elles lui laissaient l'appréciation du délai de livraison et réduisaient le droit à réparation en cas de manquement à son obligation essentielle de délivrance, la haute juridiction les réputa non écrites et leur substitua les dispositions du Code civil qui permettent à l'acheteur de demander soit l'exécution, soit la résolution et d'obtenir des dommages-intérêts. L'équilibre voulu par le Code civil se substitue ainsi au déséquilibre du contrat prérédigé¹⁰⁹¹.

940. De fait, l'abus était, en la circonstance, manifeste. Il ne résulte pas seulement du sens de la clause, mais aussi de sa typographie et de sa place dans le document : le vendeur mentionne au contrat de façon apparente un bref délai de livraison qui lui sert d'argument publicitaire, tout en se donnant, grâce aux clauses écrites au verso en petits caractères, le moyen de ne pas

¹⁰⁹⁰ D. 1988. 49, note CALAIS-AULOY J., JCP 1988. II. 21001, note PAISANT G., RTD civ. 1988. 14, obs. MESTRE J

¹⁰⁹¹ CALAIS-AULOY J., note D. 1988. 50 ; GHESTIN J., *Le contrat*, 2e éd., n° 588

respecter le délai mentionné. Ici on peut se demander si elles tombaient sous le coup des dispositions du décret du 24 mars 1978 ? Affirmative pour la clause limitant la garantie, la réponse était négative pour celle qui avait trait au délai indicatif, au point d'ailleurs que la Commission des clauses abusives a estimé nécessaire de stigmatiser celle-ci dans plusieurs recommandations de 1980, 1982 et 1985. Partant, les arguments se balançaient. Pour limiter la portée de la décision, on faisait valoir que les deux clauses étaient en l'espèce indivisibles et que la haute juridiction avait pris le soin de viser les articles 2 et 3 du décret du 24 mars 1978. En sens inverse, on relevait que la Cour, après s'être référée à l'article 35 et avoir rappelé la définition qu'il donne de la clause abusive, n'avait pas hésité à déclarer que la clause en question « conférait au vendeur un avantage excessif ».

C) – L'arrêt du 25 janvier 1989

941. L'ambiguïté qui entourait la portée de l'arrêt du 16 juillet 1987 ne fut que partiellement dissipée par les décisions ultérieures. Dans un arrêt du 25 janvier 1989, la haute juridiction eut à connaître d'une question qui avait déjà donné lieu à un important contentieux devant les juges du fond et qui n'est pas sans rappeler l'espèce qui est à l'origine de l'arrêt¹⁰⁹².

942. Un particulier avait acquis des films pour diapositives; le prix de ces films incluait leur développement et une clause du contrat stipulait qu'en cas de perte du film, la responsabilité du professionnel serait limitée à son remplacement. Ces films ayant été perdus par le laboratoire photographique auquel ils avaient été confiés pour leur traitement, celui-ci fut, malgré cette clause, condamné par les juges du fond à réparer l'intégralité du préjudice. Un pourvoi ayant été formé, la Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir déclaré la clause non écrite par application de l'article 2 du décret de 1978, lequel prohibe les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les ventes conclues entre professionnels et non-professionnels, au motif que l'acte en question était indivisiblement une vente et un louage d'ouvrage¹⁰⁹³.

943. Le fait que la Cour de cassation prit le soin de relever que le contrat était indivisible et présentait pour partie les traits d'une vente afin d'étendre la portée de la prohibition, indiquait-il qu'elle n'était pas prête à se libérer du carcan du décret de 1978 ou était-il une simple manifestation de l'économie de moyens si chère à la haute juridiction ? Les deux lectures étaient possibles. L'incertitude devait être partiellement dissipée par un arrêt du 6 décembre 1989¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹² Civ. 1re, 25 janv. 1989, D. 1989. 253, note MALAURIE Ph. Note PAISANT G. JCP G 1989, II, 21357.

¹⁰⁹³ Civ. 1re, 6 juin 1990, Bull. civ. I, n° 145, Defrénois 1991. 367, obs. AUBERT J-L.

¹⁰⁹⁴ D. 1990. 289, note GHESTIN J., JCP 1990. II. 21534, note DELEBECQUE P., Defrénois 1991. 366, obs. AUBERT J-L., RTD civ. 1990. 277, obs. MESTRE J.

944. La Cour de cassation ayant censuré un jugement qui avait refusé d'appliquer une clause au motif qu'elle était abusive, « sans caractériser en quoi elle serait constitutive d'un abus de nature à la priver d'effet », il semblait en résulter tout à la fois que les juges du fond pouvaient annuler une clause en la qualifiant d'abusives, alors même qu'elle n'a été prohibée par aucun décret particulier et que la haute juridiction entendait contrôler strictement cette qualification afin d'éviter tout débordement. Néanmoins, un doute subsistait, la Cour de cassation n'ayant encore approuvé aucune décision ayant fait usage du pouvoir ainsi reconnu aux juges.

§ 2nd - Depuis l'arrêt du 14 mai 1991

945. Devant l'apparente inefficacité de la loi de 1978 que la Cour de cassation a rendu un arrêt daté du 14 mai 1991, consacrant un pouvoir autonome du juge de supprimer les clauses abusives, même sans intervention préalable d'un décret, comme une solution *contra legem* (A).

946. D'abord, avant la réforme française du 1^{er} février 1995, le pouvoir réglementaire conscient de son impuissance à lutter lui-même contre les clauses abusives a entériné le pouvoir du juge. Un décret n° 93-134 du 10 mars 1993 donne toujours au juge la faculté de consulter pour avis la Commission des clauses abusives sur le caractère abusif d'une clause avant de statuer¹⁰⁹⁵. En somme, le pouvoir exécutif accorde au juge un pouvoir qui lui avait été refusé par le législateur (B).

947. Tenant compte de l'évolution complexe du contrôle judiciaire des clauses abusives, il convient d'examiner les rôles respectifs des juges du fond et de la Cour de cassation dans la lutte contre les clauses abusives par le prisme du droit français (C).

A) – La solution retenue (*contra legem*)

948. A notre avis, l'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 14 mai 1991 est particulièrement important pour la lutte contre les clauses abusives¹⁰⁹⁶. La 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation admet, cette fois sans aucune ambiguïté, que le juge dispose du pouvoir de déclarer une clause abusive, avec les conséquences attachées à cette qualification par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, malgré l'absence d'un décret en ayant formellement prononcé l'interdiction. La 1^{re} Chambre civile autorise ainsi expressément l'annulation des clauses abusives par les juges du fond en l'absence de tout décret d'interdiction¹⁰⁹⁷.

949. Elle statue de nouveau à l'égard d'une clause usuelle, dont le caractère abusif a déjà donné lieu à un important contentieux et à plusieurs arrêts de la Cour de cassation, clause par

¹⁰⁹⁵ Codifié aux articles R 132-3 à R 132-6 C. Consom

¹⁰⁹⁶ Note GHESTIN J., D., 1990, p.289

¹⁰⁹⁷ Note HASSLER M.T., Les petites Affiches, 8 juillet 1991.

laquelle un laboratoire professionnel limite ou écarte sa responsabilité en cas de perte des films ou des diapositives qui lui sont confiés afin de les développer ou de les reproduire sur papier¹⁰⁹⁸.

950. Pour la 1^{re} Chambre civile, « ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressort qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société Minit France et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite ».

951. On sait que l'approbation de la Cour de cassation est plus marquée, et du même coup plus significative, lorsqu'elle emploie, comme dans le présent arrêt, une formule telle que « l'arrêt attaqué a retenu à juste titre, ou à bon droit, ou justement que... »¹⁰⁹⁹ La valeur juridique du précédent s'en trouve nettement affirmée¹¹⁰⁰.

952. S'agissant de l'arrêt du 14 mai 1991 : c'est la solution retenue par cet arrêt qui est *contra legem*, contraire à la loi, en l'occurrence contraire aux dispositions de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978. Comme on a déjà mentionné, l'article 35 donnait une définition générale de la clause abusive avec deux critères de définition (l'abus de puissance économique du professionnel et l'avantage excessif retiré de la clause par ce dernier). Mais toutes les clauses des contrats de consommation répondant à cette définition générale ne sont pas pour autant réputées non écrites.

953. Dans l'affaire jugée en 1991, la Cour de cassation valide une décision du fond qui avait considérée comme abusive et non écrite une clause d'exonération de responsabilité du professionnel dans un contrat d'entreprise alors qu'aucun décret n'interdisait ce type de clauses. Le décret de 1978 réputait abusives et non écrites les clauses restreignant ou supprimant la responsabilité des professionnels seulement dans les contrats de vente. L'arrêt admet donc qu'on puisse annuler une clause comme étant abusive sur le seul fondement de la définition générale de l'article 35, en l'absence de toute interdiction posée par un décret. Si l'arrêt ne mentionne pas expressément l'article 35, il mentionne clairement que la clause litigieuse avait été dictée par l'abus de puissance économique du professionnel et que ce dernier en retirait un avantage excessif, c'est à dire les deux critères de définition de la clause abusive. C'est ainsi, en dehors de

¹⁰⁹⁸ Cass., civ. 1, 25 janv. 1989, Bull.civ., I, n° 43, p.28; D., 1989, p.253, note MALAURIE Ph.; D. 1989, somm. 337, obs AUBERT J-L. ; J.C.P. 1989, II, p.21357, note PAISANT G ; RTD civ., 1989, p.574, obs. REMY Ph ; Les Petites Affiches 31 mai 1989, p.21, note HASSLER T ; Cass., civ 1, 6 juin 1990, Bull. civ., I n° 145 ; J.C.P., 1991, II, p.21594, note HASSLER T ; Defrancois, 1991, art.34987, p.367, obs. AUBERT J-L. ; RTD civ., 1986, obs. MESTRE J, et 1987, p.113, obs. REMY Ph ; PAISANT G., De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives, p.299

¹⁰⁹⁹ VOULET J., L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation, J.C.P., 1970, I, 2305, n° 113 et 14

¹¹⁰⁰ GHESTIN J et GOUBEAUX G., Introduction générale, 3^e ed. 1990, n° 1469, in Traité de droit civil sous la direction de GHESTIN J.

toute prohibition par décret, qu'a été affirmée la reconnaissance du pouvoir autonome du juge en la matière des clauses abusives.

954. La première Chambre civile de la Cour de cassation a jugé, par un arrêt rendu le 26 mai 1993¹¹⁰¹, dans un attendu de principe précède du visa de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, « qu'il résulte de ce texte que sont réputées non écrites les clauses relatives à la charge du risque lorsqu'elles apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Réaffirmant de la façon la plus nette la solution qu'elle avait retenue le 14 mai 1991, elle autorise expressément les juges du fond à annuler les clauses abusives en l'absence même de tout décret d'interdiction.

955. Comme on a déjà démontré, le droit des clauses abusives était « mal né »¹¹⁰². Au contraire, le recul du juge a fait place à son retour, retour inattendu mais nécessaire pour protéger les consommateurs¹¹⁰³. Ce retour du juge sur la scène de la lutte contre les clauses abusives applaudi par les uns et contesté par les autres¹¹⁰⁴ se résumait à répondre à la question suivante : le juge pouvait-il annuler une clause abusive au sens de la loi du 10 janvier 1978 en l'absence d'un décret d'interdiction ?

956. A vrai dire, l'article 35 de la loi de 1978 par son ambiguïté laissait place à une seconde lecture. Au sens de ce texte, toute clause abusive prise dans son seul critère matériel et non plus organique pouvait avoir vocation à être supprimée. La hardiesse de la Haute juridiction était d'autant moins grande qu'elle pouvait s'appuyer sur la réforme des actions en justice des associations de consommateurs en date du 5 janvier 1988¹¹⁰⁵. Tout spécialement, les associations

¹¹⁰¹ J.C.P., 1993, I, p.3709, Chronique de droit des obligations du Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, obs. MARCHESSAUX I ; J.C.P., 1993, II, p.22158, note BAZIN E. E.

¹¹⁰² Expression du Professeur PAISANT G., Le point sur les clauses abusives des contrats in Après le code de la consommation, grands problèmes choisis, Actualités de droit de l'entreprise, colloque du 24 février 1994, n° 19, Litec, p 106 ; comp. ERRANTE E., Le droit anglo-américain des contrats, LGDJ 1995, coll. Jupiter, spéc. & 2.2.1.

¹¹⁰³ Ibidem

¹¹⁰⁴ Contre l'annulation par le juge d'une clause abusive en l'absence d'un décret : MALINVAUD Ph., La protection des consommateurs, D. 1981, chron., p 49 ; RIEG A., La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande et française), Etudes René Rodière, 1981, p 22 ; SERLOOTEN P., Les orientations nouvelles de la protection des consommateurs en droit privé français, Annales Université Toulouse, t 27, 1979, p 133 ; TROCHU M., La protection des consommateurs contre les clauses abusives, Droit et pratique du commerce international, 1981, 2^e partie, Le contrôle de l'équilibre contractuel, p 260 ; DELEBECQUE P., D. 1982, note, p 136 ; CALAIS-AULOY J., Droit de la consommation, n° 204 ; WEILL A. et TERRE F., Obligations, 3^e éd., n° 251 ; ROLAND H. et BOYER L., Les obligations, t II, n° 538 ; LARROUMET C., Obligations, 1986, n° 438 ; FLOUR J. et AUBERT J-L., Obligations, vol. 1, n° 187-6.

Pour l'annulation d'une clause abusive par le juge sans l'exigence d'un décret : BERLIOZ G., Droit de la consommation et droit des contrats, JCP 1979, I, n° 2954, n° 24 ; L. Bihl, Clauses abusives, in Les contrats d'adhésions et la protection du consommateur, p 175 ; MALAURIE Ph. et AYNES L., Obligations 1985, n° 317 ; REMY Ph, RTD civ. 1987, p 113 ; MESTRE J., RTD civ. 1986, p 345 et 589 ; GRIDEL J. P., Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 ...D. 1984, p 153.

¹¹⁰⁵ La loi n° 88-14 du 5 janvier 1988, notamment CALAIS-AULOY J., D. 1988, chron., p 193 ; En ce qui concerne l'action en suppression des clauses abusives, l'article 6 de la loi de 1988 est devenu depuis la codification l'article L 421-6 du C. Consom..

agréées se virent octroyer la faculté nouvelle de demander au juge civil la suppression de clauses abusives... Il était difficile de ne pas voir un changement de cap, une autorisation implicite donnée par le législateur au juge de rechercher le caractère abusif d'une clause interdite ou non par un décret. En résumé, avant la réforme du 1^{er} février 1995, la lutte contre les clauses abusives était le fait de la Commission des clauses abusives et des juges.

B) – La confirmation par la loi du 1^{er} février 1995

957. La jurisprudence de l'arrêt du 14 mai 1991 a été confirmée par la loi du 1^{er} février 1995. Ainsi, cette jurisprudence doit aujourd'hui être lue à la lumière de la loi du 1^{er} février 1995 qui a mis le droit français en conformité avec la directive européenne du 5 avril 1993. La loi française du 1^{er} février 1995 a reconnu le pouvoir autonome du juge de statuer au cas par cas sur le caractère abusif d'une clause afin de la déclarer non écrite. L'article L.132-1 alinéa 3 du Code de la consommation prévoit, en effet, qu'en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause. De surcroît, l'alinéa 1^{er} de l'article précité écarte la référence obligatoire à un décret d'interdiction et l'alinéa 5 poursuit en indiquant que le juge a la possibilité d'apprécier le caractère abusif d'une clause *in concreto*¹¹⁰⁶.

958. Cette jurisprudence, qui voulait donner une plus grande efficacité à la lutte contre les clauses abusives en la faisant sortir du carcan¹¹⁰⁷ dans lequel le législateur de 1978 l'avait enserrée, apparaissait comme l'anticipation d'une réforme annoncée par l'art. 9 d'un projet de loi déposé à l'Assemblée nationale trois mois plus tôt¹¹⁰⁸ et approuvé à l'unanimité par la Commission des clauses abusives¹¹⁰⁹. Mais s'il advint que le projet devint la loi du 18 janv. 1992 renforçant la protection des consommateurs, l'article espéré n'y figura point. La directive étant annoncée, il était brusquement apparu prudent d'attendre avant de réformer le droit des clauses abusives.

959. A la suite de cette jurisprudence, le décret n° 93-314 du 10 mars 1993 réformant la Commission des clauses abusives¹¹¹⁰, en son art. 4, donnait aux juges la possibilité de la saisir pour avis « lorsqu'à l'occasion d'une instance est soulevé le caractère abusif d'une clause contractuelle... tel que défini à l'art. 35 de la loi ». On pouvait y voir une sorte de consécration de

¹¹⁰⁶ A la différence d'un consommateur agissant pour son compte, le juge en cas d'action conduite par une association agréée de consommateurs porte une appréciation *in abstracto* sur l'abus.

¹¹⁰⁷ PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 99

¹¹⁰⁸ Doc. AN n° 1903, 9^e lég.,

¹¹⁰⁹ Rapport à M^{me} le secrétaire d'Etat chargé de la consommation, BOCCRF, 8 mai 1991, p. 120.

¹¹¹⁰ CHARTIER Y., La réforme de la Commission des clauses abusives, JCP 1993. Act. n° 15 ; KERNINON M., même titre, Rev. conc. consom. nov. - déc. 1993.12.

la solution admise le 14 mai 1991, car quel serait l'intérêt de cette nouvelle procédure si le juge ne pouvait supprimer des contrats que des clauses déjà expressément interdites par décrets ? La Commission pouvait ainsi contribuer à l'harmonisation de la jurisprudence en la matière¹¹¹¹. Mais cela n'a pas empêché la Cour de cassation de compléter à sa guise le système qu'elle avait inauguré en 1991 : gardienne de l'unité du droit, elle contrôlerait elle-même la notion de clause abusive en substituant le cas échéant sa propre appréciation à celle du juge du fond¹¹¹².

960. C'est donc dans ce contexte, resté inchangé¹¹¹³, que la loi du 1^{er} février 1995 est intervenue. Si aux termes de l'alinéa 2 du nouvel art. L. 132-1 des décrets « peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives »..., c'est bien qu'à titre principal la mission d'éliminer ces clauses des contrats est dévolue au juge. Les plus sceptiques se rassureront par la lecture de l'avant-dernier alinéa du même article en ce qu'il fait allusion aux clauses « jugées » abusives. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute : pour le législateur, il était bien clair que le texte nouveau reconnaissait au juge le pouvoir de déclarer une clause abusive sans que celle-ci ait été préalablement interdite par un décret¹¹¹⁴. L'alignement sur la jurisprudence du 14 mai 1991 a été voulu¹¹¹⁵. La loi s'est rendue aux raisons de la Cour de cassation.

961. Cette solution n'est ici encore qu'un retour aux sources puisqu'elle figurait dans le projet de 1978. Le projet de code de la consommation de 1990 va aussi dans le même sens¹¹¹⁶. Mais tout en se réjouissant de la disparition de la contradiction qui existait entre la loi et la jurisprudence, on peut regretter que le législateur se soit contenté d'une consécration silencieuse de cette dernière. De notre point de vue, la reconnaissance d'un tel pouvoir judiciaire méritait mieux qu'un non-dit.

962. Reste la question de l'usage qui pourra être fait de ce pouvoir, qui est particulièrement important. La jurisprudence postérieure à 1991 fournit quelques indications. Le juge devrait continuer, en respectant le principe du contradictoire, à relever d'office le caractère abusif d'une clause opposée à un consommateur¹¹¹⁷. Et, comme précédemment, il exercera son pouvoir de suppression aussi bien à l'occasion des actions individuelles des consommateurs que dans les litiges opposant des professionnels à des associations agréées¹¹¹⁸

¹¹¹¹ PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 99

¹¹¹² Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1993, D. 1993.568, note PAISANT G.; JCP 1993.II.22158, note BAZIN E. E.; Bull. civ. I, n° 192.

¹¹¹³ Par exemple : Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1994

¹¹¹⁴ Déclaration Fosset, JO Sénat (CR), 16 nov. 1994, p. 5569.

¹¹¹⁵ Déclaration ministre de l'Economie, JOAN (CR), 11 janv. 1995, p. 11.

¹¹¹⁶ Art. L. 104, préc. note 11.

¹¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1994, SARL TAC, n° 295 D, inédit.

¹¹¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1994, préc., note 13.

963. La rançon de ce pouvoir ne sera-t-elle pas l'insécurité juridique pour ces professionnels ? Ce qui aura été jugé abusif ici ou là ne le sera pas forcément ailleurs. En 1978, le législateur n'avait pas voulu courir ce risque. La discussion du projet qui allait devenir la loi du 18 janv. 1992 avait été vive. Avant que l'art. 9 litigieux fût retiré, le Sénat avait par deux fois voté un texte qui cherchait à limiter le pouvoir d'élimination du juge aux clauses interdites par décrets toutes les fois qu'il n'aurait pas sollicité l'avis de la Commission des clauses abusives sur les stipulations litigieuses¹¹¹⁹. Des députés avaient aussi manifesté leurs craintes de voir le juge statuer sur des critères aussi flous que ceux tirés de l'abus de puissance économique ou de l'avantage excessif¹¹²⁰. Mais, trois ans plus tard, ces craintes avaient déserté le Parlement. Ceux-là même qui dénonçaient en 1992 « le droit au désordre »¹¹²¹ qu'on se proposait d'instaurer étaient devenus les meilleurs défenseurs du texte nouveau en ce qu'il apportait une amélioration de la protection des consommateurs¹¹²².

964. Loin de toute polémique, il est bien évident que le risque de divergence de jurisprudences existe aussi bien maintenant qu'il y a trois ans. A faible intensité dans les litiges opposant un consommateur individuel à un professionnel, il est plus ennuyeux dans les actions en suppression conduites par les associations représentatives. On conçoit la perplexité d'un professionnel, ou d'une organisation professionnelle¹¹²³, voyant ses contrats amputés à Chambéry ou à Perpignan mais lavés de tout reproche à Poitiers ou à Besançon¹¹²⁴.

965. Certes, ce risque ne doit pas être exagéré. Le juge peut continuer de s'inspirer des recommandations émises par la Commission des clauses abusives¹¹²⁵ et il conserve la faculté que lui a ouverte le décret du 10 mars 1993 de la consulter pour avis. Peut-être également que la Cour de cassation entendra maintenir son contrôle sur la notion de clause abusive¹¹²⁶, malgré les risques pour elle de s'ériger en cette matière en troisième degré de juridiction. La loi du 1^{er} février 1995 offre aussi une nouvelle source d'inspiration au juge avec une liste de clauses susceptibles d'être déclarées abusives. Mais cette profusion de références pourrait engendrer des

¹¹¹⁹ JO Sénat (CR), 16 oct. 1991, p. 2889 s. ; ibid. 13 déc. 1991, p. 5312 s.

¹¹²⁰ Déclaration Charié, JOAN (CR), 25 avr. 1991, p.1693.

¹¹²¹ Déclaration Charié, loc. cit.

¹¹²² Rapport Charié, Doc. AN préc., note 50, spéc. p. 1.

¹¹²³ C. consomm., art. L. 421-6 nouveau

¹¹²⁴ PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 99

¹¹²⁵ Trente-neuf recommandations avaient été publiées au 1^{er} févr. 1995.

¹¹²⁶ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1993, D. 1993.568, note PAISANT G. ; JCP 1993.II.22158, note BAZIN E. E. ; Bull. civ. I, n° 192.

effets pervers¹¹²⁷ contraires à ceux qui sont recherchés. On aurait pu faire la distinction selon que le litige oppose le professionnel à un consommateur individuel ou à une association agréée¹¹²⁸.

C) – Les rôles respectifs des juges du fond et de la Cour de cassation

966. Pouvoirs respectifs des juges du fond et de la Cour de cassation en matière des clauses abusives signifie qu'il convient de déterminer, après la jurisprudence de 1991 sur la reconnaissance du pouvoir autonome du juge, qui des juges du fond ou de la Cour de cassation a le pouvoir d'apprécier l'avantage excessif ou, maintenant, le déséquilibre significatif pour déclarer abusive une clause d'un contrat de consommation.

967. Le système de la loi de 1978, en écartant les magistrats de la lutte contre les clauses abusives, pour confier celle-ci au Gouvernement aidé de la Commission des clauses abusives, n'a pas donné satisfaction. Un seul décret d'application a été pris par le Gouvernement¹¹²⁹. Ceci montre que la protection des contractants des professionnels est mieux assurée par les tribunaux que par le Gouvernement soumis aux éventuelles pressions des professionnels. Si le rôle des magistrats est ainsi indispensable dans la lutte contre les clauses abusives¹¹³⁰, il doit néanmoins être défini. Ce n'est pas le cas dans la nouvelle loi de 1995, ce qui fait apparaître les risque d'un pouvoir judiciaire non encadré¹¹³¹.

968. D'autre part, la loi a également prévu l'intervention du pouvoir exécutif et de la Commission des clauses abusives. Or le fait que le pouvoir judiciaire ne soit pas encadré va avoir une incidence sur le sens du rôle du magistrat par rapport à celui du pouvoir exécutif et de la Commission des clauses abusives.

969. La loi de 1995 a confirmé la position de la Cour de cassation, sans donner aucune base aux magistrats pour déterminer le caractère abusif d'une clause. En premier lieu, un des graves inconvénients réside dans l'incertitude de la qualification abusive d'une clause. Ainsi les cocontractants des professionnels ne sauront pas à l'avance si telle ou telle clause pourra être déclarée abusive par le magistrat. Or ce cocontractant qui se trouve en situation d'infériorité envers le professionnel ne sera pas enclin à agir en justice. D'autant que, comme nous l'avons vu,

¹¹²⁷ Sur ce thème, cf. les études de PIGNARRE G. et MALAURIE P., et notamment : étude de PIGNARRE G., L'effet pervers des lois, RRJ 1994.1 ; MALAURIE P., L'effet pervers des lois, Ecrits en hommage à G. Cornu, PUF, 1994

¹¹²⁸ Cf. Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives, JCP 1994.I.3772, spéc. n° 7.

¹¹²⁹ Décr. n° 78-464 du 24 mars 1978 ; D. et BLD 1978.228. V. CALAIS-AULOY J., préc., n° 147.

¹¹³⁰ TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., Droit civil. Les obligations, Dalloz, 5^e éd. 1993, n° 309

¹¹³¹ DANGLEHANT C., Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats, Recueil Dalloz 1990 p. 127

il doit apporter les preuves pour convaincre le juge du caractère abusif d'une clause¹¹³². Ceci est contraire à une politique efficace de la lutte contre les clauses abusives. En effet, la sanction d'une clause abusive est son élimination. Comme la loi de 1978, la loi de 1995 prévoit que « les clauses abusives sont réputées non écrites »¹¹³³.

970. Or tant que le cocontractant du professionnel n'agit pas en justice, la clause abusive continuera à s'appliquer. Le cocontractant ne peut pas invoquer l'inopposabilité d'une telle clause, il faut d'abord qu'il prouve au magistrat le caractère abusif de celle-ci. D'autre part, il ne faut pas oublier que la décision du magistrat n'a d'effet qu'en ce qui concerne les parties au procès, en application du principe de l'autorité de la chose jugée¹¹³⁴. Ainsi le professionnel peut continuer à inclure la clause annulée par le juge dans d'autres contrats. Le professionnel pourra être tenté de le faire dans la mesure où le juge n'a aucune directive précise dans ce domaine, et juge au cas par cas selon la méthode subjective préconisée¹¹³⁵.

971. Le second inconvénient du système de mise en œuvre de la lutte contre les clauses abusives réside dans le fait qu'il porte atteinte à la sécurité contractuelle. En effet, les professionnels ne connaissent pas à l'avance la validité des clauses qu'ils insèrent dans les contrats. Ceci est contraire au principe primordial de la sécurité des contrats¹¹³⁶. Il en va de même pour l'application de la loi du 5 janv. 1988. Il n'est pas possible par avance de prévoir quelles seront les clauses dont la suppression sera ordonnée par le juge. Enfin, on peut mesurer la difficulté de la tâche des magistrats et leur perplexité quant au critère abusif d'une clause. Il leur est difficile de connaître les pratiques des milieux professionnels, et de définir le déséquilibre à travers l'appréciation globale du contrat. Il faut alors apprécier le rôle du magistrat par rapport à celui du pouvoir exécutif de la Commission des clauses abusives.

972. En appréciant le rôle du magistrat par rapport à celui du pouvoir exécutif et de la Commission des clauses abusives, il faut mentionner que la loi de 1995 n'a pas totalement rompu avec le système mis en place par la loi de 1978. Elle prévoit en effet que « Des décrets en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée par l'art. L. 132-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives au sens du premier alinéa »¹¹³⁷. Ainsi, le pouvoir exécutif a la faculté de prendre un décret déterminant les clauses impérativement

¹¹³² DANGLEHANT C., Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats, Recueil Dalloz 1990 p. 127

¹¹³³ Art. 1^{er} L. 1995 ; art. L. 132-1, al. 6, c. consomm.

¹¹³⁴ Sur cette limite à l'efficacité de la loi sur les clauses abusives, V. CALAIS-AULOY J., préc., n° 149 ; PAISANT G, préc.

¹¹³⁵ DANGLEHANT C., Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats, Recueil Dalloz 1990 p. 127

¹¹³⁶ Ibidem

¹¹³⁷ Art. 1^{er} L. 1995 ; art. L. 132-1, al. 2, c. consomm.

abusives. Pour ces clauses, le cocontractant du professionnel est dispensé de rapporter la preuve du caractère abusif de la clause.

973. En ce sens, le maintien d'interdictions par voie de décret semble inutile¹¹³⁸. Ce n'est donc pas du côté du pouvoir exécutif que le juge trouvera une aide quant à la détermination du caractère abusif d'une clause. D'autant que le rôle du pouvoir exécutif, comme nous l'avons vu, est secondaire par rapport à celui du juge dans la lutte contre les clauses abusives¹¹³⁹.

974. En revanche, le magistrat va pouvoir trouver une aide auprès de la Commission des clauses abusives. Indirectement, la loi de 1995 va lui donner un rôle renforcé dans le contrôle de ces clauses. La Commission des clauses abusives a été créée par la loi de 1978¹¹⁴⁰. Un de ses rôles est de donner son avis sur les décrets pris par l'exécutif pour réglementer les clauses abusives¹¹⁴¹. Elle a un caractère consultatif qui n'a pas changé avec la nouvelle loi.

975. Depuis un décret n° 93-314 du 10 mars 1993¹¹⁴², la Commission des clauses abusives a ainsi un rôle d'expert. Elle ne se substitue pas au juge et son avis ne lie pas celui-ci. Mais dans la pratique, lorsque le magistrat a recours à un expert, il suit, en général, l'avis de ce dernier¹¹⁴³. Il est alors probable que la Commission des clauses abusives sorte de son simple rôle consultatif et acquière indirectement, en collaboration avec le pouvoir judiciaire, un pouvoir normatif. En outre, les recommandations qu'elle émet quant à la suppression des clauses qui lui paraissent abusives¹¹⁴⁴ auront un impact plus important auprès des professionnels.

976. La loi de 1995 sur les clauses abusives a le mérite d'avoir consacré le pouvoir du juge dans ce domaine. Il faut néanmoins regretter que ce pouvoir ne soit pas encadré. Le simple fait de n'avoir pas conféré une valeur juridique à la liste indicative des clauses abusives pose, on l'a vu, de nombreuses difficultés¹¹⁴⁵, et met un frein à la lutte contre les clauses abusives. Il est dommage que la mise en conformité avec la directive européenne n'ait pas été l'occasion de

¹¹³⁸ En ce sens PAISANT G., préc.

¹¹³⁹ Cela ressort des termes de l'art. L. 132-1, al. 2.

¹¹⁴⁰ Art. 36 de la loi 1978.

¹¹⁴¹ Sur les rôles de cette Commission V. CALAIS-AULOY J., préc., n° 146 s.

¹¹⁴² JO 12 mars, p. 3847 ; D. et ALD 1993.271.

¹¹⁴³ D'ailleurs, les juges tiennent compte pour apprécier le caractère abusif d'une clause des recommandations de la Commission des clauses abusives. V. SINAY-CYTERMANN A., La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations, RTD civ. 1985.471.

¹¹⁴⁴ La Commission peut étudier les contrats habituellement proposés aux consommateurs pour établir des recommandations visant la suppression ou la modification des clauses apparaissant abusives. Sur ces recommandations, V. CALAIS-AULOY J., préc., n° 146.

¹¹⁴⁵ PAISANT G., préc., regrette ainsi qu'« au lieu d'une refonte globale du droit des clauses abusives à même de donner à ce dernier plus de simplicité et de cohérence, c'est la voie du replâtrage qui a été choisie par le législateur ».

donner une impulsion plus forte à cette lutte. Il est vrai que cette directive est décevante puisqu'elle n'apporte pas une protection vraiment supérieure à celle du droit français¹¹⁴⁶.

977. Les rôles respectifs de la Cour de cassation à cela a été donnée aussi bien par l'arrêt du 26 mai du 1993 de la Cour de cassation. Dans cette décision la Cour admet son pouvoir de contrôler l'appréciation des juges du fond en la matière. Elle peut substituer sa propre appréciation de l'avantage excessif, ou maintenant, du déséquilibre significatif conféré par la clause au professionnel dans le cas d'espèce considéré. C'est ce qu'elle a fait dans l'arrêt de 1993, cette jurisprudence a été confirmée plusieurs fois depuis lors.

978. Cette position présente un risque, apparemment assumé, celui, pour la Cour de cassation, de devenir, en l'occurrence, un troisième degré de juridiction¹¹⁴⁷. Indiscutablement, en effet, avantage excessif ou déséquilibre significatif, c'est du fait.

979. En statuant ainsi, la Cour de cassation prend le contrepied de sa jurisprudence en matière des clauses pénales. Pour la révision des clauses pénales « manifestement excessives », elle laisse heureusement l'appréciation de cet excès aux juges du fond.

¹¹⁴⁶ JOCE L 95, 21 avril 1993, p. 29 ; D. et ALD 1993.360. Sur cette directive, V. SINAY-CYTERMANN A., Protection ou surprotection du consommateur ?, JCP 1994.I.3804 ; SAGE F., Le droit français au regard de la directive 93-13 du Conseil des Communautés européennes du 5 avril 1993, Gaz. Pal. 1994.2. Doctr. 1189 ; GHESTIN J. et MARCHESSAUX I., L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire, RED consom. 1993.67 ; HUET J., Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, JCP éd. E 1993.I.309.

¹¹⁴⁷ Ibidem

Section 2 – La reconnaissance du pouvoir d’office du juge

980. Dans le contentieux de la consommation, le litige met la plupart du temps en présence un professionnel, qui agit en paiement, et un consommateur qui très souvent ne comparait pas ou comparait seul mais ne se défend pas réellement. La tentation de certains juges ici est de venir en aide à la partie qui ne comparait pas ou qui se défend mal et donc à faire d’office application des règles protectrices du consommateur. Sur ce point, la jurisprudence française et communautaire ont été longtemps contradictoires.

981. Afin d'harmoniser le droit interne avec le droit communautaire, le législateur français confère au juge le pouvoir d'appliquer d'office les dispositions du code de la consommation par la voie du relevé d'office. L'effectivité du droit communautaire de la consommation, à la fois protecteur du consommateur et régulateur du marché, justifie la création d'un droit processuel autonome plutôt qu'une instrumentalisation du relevé d'office des moyens de droit. Dans ces circonstances il est important de voir l'évolution de la reconnaissance de ce pouvoir d'office du juge, d'une part, de la négation dudit pouvoir à la faculté de le faire (§ 1^{er}) et, d'autre part, du pouvoir de relever d'office à l'obligation de le faire (§ 2nd).

§ 1^{er} – De la négation du pouvoir de relever d’office à la faculté de le faire

982. Des juges d'instance avaient estimé qu'ils pouvaient se saisir d'office des irrégularités qu'ils découvraient dans les contrats objets des litiges qui leur étaient soumis¹¹⁴⁸. Mais les juges d'appel s'étaient montrés défavorables ; ce n'est que tout récemment qu'une cour d'appel allait dans le sens de la saisine d'office¹¹⁴⁹. La Cour de cassation avait toujours cassé les décisions admettant que le juge pouvait se saisir d'office en droit de la consommation¹¹⁵⁰. La négation du pouvoir d'office, s'est d'abord manifestée, en France, en matière de crédit à la consommation et, notamment, par l'arrêt Grine du 15 février 2000 rendu par la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de

¹¹⁴⁸ TI Vienne, 22 sept. 2000 : JurisData n° 2000-127074 ; Contrats, conc. consom. 2000, comm. 181, obs. RAYMOND G.. – TI Liévin, 13 févr. 2001 : JurisData n° 2001-010107 ; Contrats, conc. consom. 2001, comm. 97, obs. RAYMOND G.. – TI Niort, 15 mai 2002 : JurisData n° 2002-110541 ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. 115, obs. RAYMOND G.. – TI Vienne, 14 mars 2003 : JurisData n° 2003-212562 ; Contrats, conc. consom. 2003, comm. 118. – TI Roubaix, 16 oct. 2003 : Contrats, conc. consom. 2004, comm. 14. – TI Roubaix, 11 juin 2004 : Contrats, conc. consom. 2004, comm. 132. – TI Saintes, 4 janv. 2006 : JurisData n° 2006-297312 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 94

¹¹⁴⁹ CA Dijon, ch. civ. sect. B, 13 mars 2007 : JurisData n° 2007-332154 ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 222, obs. RAYMOND G.

¹¹⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 2000 : JurisData n° 2000-000518 ; Contrats, conc. consom. 2000, comm. 116, obs. RAYMOND G.. – V. aussi : Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2002, n° 00-22.199 : JurisData n° 2002-015154 ; D. 2003, jurispr. p. 549, note O. GOUT O.. – CA Bourges, 20 mars 2002 : JurisData n° 2002-172374. – CA Bourges, 21 janv. 2003 : JurisData n° 2003-199223. – CA Toulouse, 5 nov. 2002 : JurisData n° 2002-199230. – CA Paris, 8^e ch., 5 déc. 2002 : JurisData n° 2002-198887. – CA Rennes, 15 mars 2002 : JurisData n° 2002-172965. – CA Grenoble, 30 avr. 2002 : JurisData n° 2002-175066

cassation. Il n'y a pas d'arrêt équivalent en matière de clauses abusives, mais la motivation développée par l'arrêt Grine vaut également dans le domaine des clauses abusives (A).

983. Sur question préjudicielle, la CJCE a, au moins à trois reprises, admis le pouvoir du juge national d'appliquer d'office les dispositions des directives européennes¹¹⁵¹. Il y avait donc opposition entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle de la CJCE. La position contraire est exprimée sur le plan communautaire par l'arrêt Océano dans le domaine des clauses abusives. Mais, là encore, la motivation développée par cet arrêt fait que la solution doit pouvoir être appliquée dans les autres secteurs des contrats de consommation (B).

984. Ensuite, en France, ce sont les arrêts du 16 mars 2004 de la Cour de cassation qui, encore dans le secteur du crédit, reproduisent la jurisprudence Grine. Cette position fut critiquée par une partie de la doctrine Puis, enfin, ce fut la réforme législative de 2008 avec le nouvel article L 141-4 du code de la consommation, qui a clarifié relativement la situation en France (C).

A) – La position de la jurisprudence française en matière de crédit à la consommation

985. Dans un arrêt rendu le 15 février 2000¹¹⁵², qui a retenu l'attention de la doctrine française en matière de crédit à la consommation, la première chambre civile de la Cour de cassation conteste, de façon discutable, le pouvoir du juge de relever d'office l'irrégularité d'un contrat..

986. Les faits à l'origine de cette décision sont les suivants : la société Cofica avait donné un véhicule en location, avec option d'achat, à M. Grine. Ce dernier, après s'être fait voler le véhicule, a cessé d'honorer ses engagements. La société Cofica l'a alors assigné en justice, mais a été déboutée de sa demande. La Cour d'appel de Versailles, devant laquelle M. Grine n'a pas comparu, a en effet retenu d'office que les pièces produites par la société Cofica ne permettaient pas de s'assurer de la régularité de l'offre. La société Cofica n'aurait pas, semble-t-il, respecté le formalisme prescrit par les textes en matière de crédit à la consommation consenti aux particuliers. Les articles L. 311-8 et suivants du Code de la consommation imposent en effet qu'un certain nombre d'éléments soient précisés dans l'offre de crédit.

¹¹⁵¹ CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Murciano Quintero et autre : JCP G 2001, II, 10513, note CARBALLO FIDALGO M. et PAISANT G. ; LPA 24 juill. 2001, p. 25, note HOURDEAU S.; RTD civ. 2001, p. 878, obs. MESTRE J.. – CJCE, 5e ch., 21 nov. 2002, aff. C-473/00, Cofidis SA c/ Fredout ; Rec. CJCE 2002, I, p. 10875 ; Contrats, conc. consom., 2003, comm. 31 ; D. 2003, p. 486, note NOURRISSAT C. C. ; JCP E 2003, 279, p. 321, note BAUDE-TEXIDOR C. et FADLALLAH I ; Europe 2003, comm. 4, obs. RIGAUX F; Gaz. Pal. 2003, 3, jurispr. p. 1711, note FLORES Ph. et BIARDEAUD G. – CJCE 4 oct. 2007, aff. C-429/05, R. c/ Franfinance : Contrats, conc. consom. 2007, comm. 310, obs. RAYMOND G.

¹¹⁵² L'arrêt Cofica c/ Grine (Cass. 1re civ., 15 févr. 2000 : Bull. civ. 2000, 1, n° 49 ; Contrats. Conc. Consom., 2000, comm. 116, note RAYMOND G.

987. La première Chambre civile de la Cour de cassation censure néanmoins les juges du fond pour avoir relevé spontanément l'irrégularité de l'acte litigieux. Elle affirme en effet que la méconnaissance des exigences posées par le droit de la consommation ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger.

988. La Cour de cassation apporte ainsi une nouvelle contribution à la série de décisions de justice relative au pouvoir du juge de relever d'office la nullité d'un contrat. La matière est en effet sujette à de nombreuses hésitations que tente de régler la première chambre civile dans un sens qui prête à discussion. La question du relevé d'office de la nullité par le juge donne lieu depuis de nombreuses années à de vifs débats doctrinaux (1) relayés par des hésitations jurisprudentielles (2).

1 - Le débat doctrinal

989. La prise en compte d'une irrégularité a longtemps été le critère exclusif de détermination des pouvoirs du juge quant à son aptitude à relever d'office, par exemple, la nullité d'un contrat vicié. Ainsi, si l'on s'en tient à cette approche, et conformément à la conception moderne des nullités, le juge serait en mesure de relever d'office la nullité chaque fois que la règle transgressée au moment de la conclusion du contrat tend à la protection de l'intérêt général. Dans ce cas, en effet, la nullité répondant à des intérêts que l'État a pour mission d'incarner, il faut que le juge puisse refuser de faire application d'un contrat dont l'exécution lui est demandée. « En revanche, lorsque la finalité de la règle violée est la protection d'intérêts particuliers, seuls les contractants bénéficiaires de cette règle, c'est-à-dire les titulaires du droit de critique, pourraient demander la nullité de l'acte. La nullité serait ici mise à la disposition des parties, qui peuvent renoncer à se prévaloir de l'irrégularité de l'acte, et non à la disposition du juge »¹¹⁵³.

990. Cette approche classique des pouvoirs du juge, qui continue de séduire une partie de la doctrine, n'est pas complètement satisfaisante. Elle omet en effet de prendre en considération les données procédurales du litige. Il est en effet indispensable d'interroger les règles de procédure civile pour déterminer si elles autorisent le juge à se saisir d'office de la nullité. Dans le cas contraire, peu importe la nature de la nullité, le juge ne pouvant suppléer les omissions des parties s'il n'en a pas le pouvoir. Ce n'est que très récemment que des auteurs civilistes sont devenus sensibles à cette réalité. On peut s'en étonner car depuis longtemps les processualistes,

¹¹⁵³ GOUT O., Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité, La Semaine Juridique Edition Générale n° 7, 14 Février 2001, II 10477.

pour rendre compte des pouvoirs du juge, raisonnent en terme d'objet de la demande, de principe dispositif, de distinction entre moyens de fait et moyens de droit¹¹⁵⁴.

991. Ainsi, il faut mentionner que les hésitations de la doctrine concernant l'étendue des pouvoirs du juge dans le domaine des clauses abusives aujourd'hui se retrouvent assez largement dans les décisions de justice.

2 - Les hésitations jurisprudentielles

992. Il n'est pas évident de faire le point sur la position de la Cour de cassation quand il s'agit de savoir dans quelle mesure le juge a le pouvoir de relever d'office un nouveau moyen de droit non invoqué par les parties au procès. L'analyse des décisions rendues par la Haute juridiction indique en effet que les différentes chambres qui la composent ne partagent pas toujours la même solution sur cette question. Il est même possible de relever des hésitations au sein même de chacune des Chambres de la Cour de cassation. Ces hésitations se retrouvent dans l'étude des arrêts se prononçant sur le point de savoir si le juge peut relever d'office une nullité d'intérêt privé.

993. Une première série d'arrêts s'inscrit tout d'abord dans le sens de la décision du 15 février 2000. Au titre de ces arrêts on peut tout d'abord citer la célèbre affaire du berger des Causses dans laquelle la Cour de cassation avait censuré les juges du fond qui avaient alloué d'office au berger le paiement de quarante jours de congé alors qu'il avait simplement réclamé le paiement d'une indemnité de douze jours en raison de son ignorance de la législation applicable. On peut aussi relever que la troisième chambre civile a jugé, le 20 décembre 1982, qu'une nullité relative ne peut être invoquée que par la partie que la loi entend protéger. Il convient enfin d'évoquer l'affaire jugée le 3 mai 1995 par la chambre commerciale qui estime que la méconnaissance de règles d'ordre public de protection ne peut être relevée d'office par les juges du fond. Les faits ayant donné lieu à cette affaire étaient sensiblement les mêmes que dans l'espèce commentée, dans la mesure où le bénéficiaire de la législation protectrice n'avait pas comparu.

994. On trouve ensuite une deuxième série de décisions adoptant une conception plus extensive des pouvoirs du juge. Tel est par exemple le cas de cet arrêt rendu par la troisième chambre civile le 20 novembre 1985, qui invite les juges du fond à relever d'office une nullité relative. La première chambre civile s'inscrivait également dans ce mouvement, si l'on en croit l'arrêt rendu le 22 mai 1985. Dans cette affaire, un agent immobilier agissait en paiement d'une commission prévue dans un mandat non exclusif de vendre un immeuble. La cour d'appel avait

¹¹⁵⁴ Ibidem

relevé d'office le moyen tiré de l'absence de limite de la durée du mandat. Le demandeur au pourvoi a alors contesté cette décision au motif que "la nullité de protection n'est invocable que par le seul particulier". La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, approuvant la décision des juges du fond, car le moyen était de pur droit. Ce faisant, elle autorisait également les juges du fond à relever de leur propre initiative des dispositions tendant à la protection d'un intérêt privé. Dans l'arrêt du 15 février 2000, la première chambre civile affirme le contraire.

B) – La jurisprudence Océano du 27 juin 2000

995. Alors que la Cour de cassation française reconnaissait au juge le pouvoir de déclarer une clause abusive hors décret, le 27 juin 2000 la Cour de justice des Communautés européennes, a admis que le juge apprécie d'office le caractère abusif d'une clause du contrat lorsque celui-ci examine la recevabilité d'une demande¹¹⁵⁵.

996. En l'occurrence, les vendeurs (sociétés d'édition), d'une encyclopédie payable à tempérament, assignaient leurs acheteurs/consommateurs à raison du non-paiement aux échéances contractuelles devant les juridictions de Barcelone, ville dans laquelle aucun des défendeurs n'était domicilié mais où se trouvait le siège de la demanderesse. De fait, les contrats comportaient une clause attributive de compétence territoriale. Le juge espagnol a saisi la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle visant à savoir si « la protection que la directive 93/13/CEE assure aux consommateurs permettait au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat soumis à son appréciation lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions ordinaires ? ». Le fait que la loi ibérique de transposition de la directive n'était pas encore entrée en vigueur à la date à laquelle les sociétés demanderesses introduisaient leur action restait indifférent et procurait à la Cour l'occasion de réitérer sa jurisprudence constante et selon laquelle, en pareil cas, la juridiction nationale est tenue de statuer dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-là¹¹⁵⁶.

997. La Cour de justice des Communautés européennes relevait d'abord que la clause attributive de compétence aux seules juridictions du siège du professionnel était de nature à entraver, pour le seul consommateur, l'exercice d'actions en justice, spécialement s'agissant de litiges portant sur des sommes limitées, et réunissait tous les critères pour être qualifiée d'abusive au sens de la directive (points 21 à 24). La Cour estime alors que la situation d'inégalité qui existe entre les parties au contrat doit pouvoir être compensée par une intervention positive,

¹¹⁵⁵ Cour de justice des Communautés européennes 27 juin 2000, aff. jtes C-240/98 à C-244-98, Océano Gruppo Editorial SA c./Rocio Murciano Quintero et Salvat Editores SA c./ José M. Sanchez Alcon Prades et al.

¹¹⁵⁶ CJCE 14 juillet 1994, Fascina Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, point 26.

extérieure aux seules parties au contrat (point 27). C'est à ce titre que la directive encourageait les Etats membres à prévoir la faculté pour les associations agréés de consommateurs de saisir le juge pour obtenir la suppression de pareilles clauses (art. 7 directive). Par une sorte de raisonnement *a fortiori* les juges de Luxembourg estiment alors « difficilement concevable que, dans un système exigeant la mise en œuvre à titre préventif d'actions collectives spécifiques destinées à mettre un terme aux abus préjudiciables aux intérêts des consommateurs, le juge saisi d'un litige concernant un contrat déterminé, dans lequel est stipulé une clause abusive, ne puisse écarter l'application de cette clause pour la seule raison que le consommateur n'en soulève pas le caractère abusif » (point 28) ; tout au contraire, l'effet dissuasif attaché à la reconnaissance d'un tel pouvoir au profit de l'autorité judiciaire doit concourir à faire cesser l'utilisation de telles clauses (point 28). Une réponse positive à la question posée s'imposait d'autant : la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que la protection que la directive 93/13/CE assure aux consommateurs « implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat qui lui est soumis lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions nationales ».

998. Ainsi, nous pouvons affirmer, que la Cour de justice était appelée à se prononcer pour la première fois sur la directive 93/13 relative aux clauses abusives, ce qui ne devrait pas être le seul intérêt de cette décision. La Cour de justice des Communautés européennes nous apprend que le juge peut examiner d'office le caractère abusif d'une clause, elle ne nous dit pas que celui-ci doive se livrer à cette recherche, pourtant pareille déduction paraît bien dans la logique de la décision commentée¹¹⁵⁷.

999. Le juge peut examiner d'office le caractère abusif d'une clause... pour décider que celle-ci ne lie pas le consommateur, selon le vocable communautaire¹¹⁵⁸, pour la réputer non écrite, selon la terminologie française¹¹⁵⁹. En effet, l'une des originalités première de la discussion tient au régime des sanctions qui, en droit français, atteignent les clauses abusives, non pas nulles, mais réputées non écrites. En réalité la distance entre ces deux causes d'inefficacité ne doit pas être exagérée, spécialement à l'aune communautaire¹¹⁶⁰. A cet égard, l'avocat général faisait observer que « si la directive, conformément aux limites de l'action d'harmonisation minimale des législations nationales, se borne à indiquer de façon générale un résultat à atteindre, en laissant aux ordres juridiques nationaux le choix de la sanction concrète en droit de ces clauses, il est évident que le choix opéré par cette formulation entraîne

¹¹⁵⁷ RAYNARD J., Droit européen des contrats : le juge a le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause du contrat, (CJCE 27 juin 2000), RTD Civ. 2000 p. 939

¹¹⁵⁸ art. 6 § 1, de la Directive 93/13

¹¹⁵⁹ art. L. 132-1 al. 6, c. consom.

¹¹⁶⁰ RAYNARD J., précité

l'attribution aux dispositions de la directive de la nature de normes impératives d'ordre public économique qui ne peut pas ne pas se refléter sur les pouvoirs attribués au juge national »¹¹⁶¹.

1000. L'ordre public économique viendrait justifier le pouvoir d'intervention d'office du juge. Néanmoins, le régime procédural de l'action en nullité d'un acte juridique invite, en droit français, à un raisonnement moins systématique. La question de savoir si le juge peut soulever d'office la nullité d'un acte juridique, contrat ou clause, reste passablement discutée¹¹⁶². La réponse était traditionnellement associée à l'opposition classique des nullités absolues et relatives, le juge pouvant seulement substituer une cause de nullité absolue touchant à l'ordre public à un moyen de nullité inefficace invoqué par un plaideur, immutabilité du litige oblige¹¹⁶³.

1001. A la suite du Code de procédure civile et de l'élargissement des pouvoirs du juge qui en est résulté, il est semble-t-il admis que ce dernier puisse relever d'office un moyen de nullité, absolue ou relative, pourvu que celui-là reste de pur droit¹¹⁶⁴ et que soit respecté le principe du contradictoire¹¹⁶⁵.

1002. Toute référence à l'ordre public deviendrait par là même encombrante ; de fait ce seul visa, à la clôture de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne saurait sérieusement suffire à purger toute difficulté en droit français pour ce qui est de l'initiative judiciaire à l'égard du caractère abusif d'une clause du contrat ; à l'inverse l'interprétation par certains des nouvelles dispositions du nouveau code de procédure civile encourage à pareil interventionnisme judiciaire¹¹⁶⁶. Pourtant, les principales objections qui se dressent à l'encontre du système préconisé par le juge communautaire paraissent bien encore tenir aux principes directeurs de l'instance ; le centre de gravité du débat se déplace du contrat au procès, même si les deux laissent toujours le juge aux prises avec les parties¹¹⁶⁷.

1003. Le juge doit-il examiner d'office le caractère abusif d'une clause ? L'appréciation d'office par le juge du caractère abusif d'une clause relève-t-elle d'une simple faculté ou d'un véritable devoir contraignant pour celui-ci ? Le respect du contradictoire, précédemment rappelé, doit amener le juge à provoquer le débat des parties avant que de prononcer la clause réputée non écrite ; un débat qui serait alors initié par l'autorité judiciaire en quelque sorte. Mais ce sont aussitôt les principes d'impartialité du juge dans le procès et d'égalité des citoyens devant la

¹¹⁶¹ Point 25, concl. av. gén. A. Saggio

¹¹⁶² GHESTIN J., L'annulation d'office d'un contrat, in Mélanges P. Drai, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, 2000, p. 593 et s.

¹¹⁶³ Ibidem

¹¹⁶⁴ art. 7 al. 1^{er} et 12 al. 1^{er} NCPC

¹¹⁶⁵ art. 16, al. 2 NCPC; V. obs. RÉMY Ph., RTD civ. 1986.149

¹¹⁶⁶ GHESTIN J., préc.

¹¹⁶⁷ RAYNARD J., Droit européen des contrats : le juge a le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause du contrat, (CJCE 27 juin 2000), RTD Civ. 2000 p. 939

justice, et dans le même temps l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il faudrait ici convoquer. L'égalité des citoyens devant le juge - en tout cas des consommateurs qui, par hypothèse, ne sauraient appartenir au corps politique - paraît peu compatible avec une faculté qui serait laissée au juge de soulever d'office le caractère abusif d'une clause précisément dans la mesure où celui-ci pourrait parfois ne pas le faire : ainsi le débat judiciaire dépendrait, selon le prétoire, du bon vouloir, sinon de la curiosité du juge saisi. En revanche l'obligation faite au juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause purgerait le reproche précédent et répondrait au souci fondamental de l'égalité de tous devant la justice. Mais l'impartialité du juge n'est-elle pas alors affectée par le rôle qui lui est ainsi dévolu ? Le juge ne saurait rester neutre à l'égard du moyen qu'il se devrait de soulever : examiner d'office le caractère abusif d'une clause, n'est ce pas aussitôt condamner celle-là ? En présence de celui qui deviendrait juge et partie à la fois, le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial, célébré par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, serait alors méconnu. On peut regretter que les juges de la Cour de justice des Communautés européennes, dont on sait l'estime dans laquelle ils tiennent le respect des droits fondamentaux en général, et la Convention européenne des droits de l'homme en particulier¹¹⁶⁸ ni davantage l'avocat général dans ses conclusions ne se soient arrêtées à l'objection. D'autant que la dialectique suivie par la Cour et le Haut magistrat devait leur permettre de surmonter l'obstacle. Ainsi selon l'arrêt *Beheer* de la Cour de Strasbourg, le droit à un procès équitable emporte « l'obligation d'offrir à chacune des parties une possibilité raisonnable de présenter sa cause... dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire »¹¹⁶⁹.

1004. En l'occurrence, c'est précisément à une telle pondération que vise à procéder l'office du juge qui de sa propre initiative examine le caractère abusif d'une clause : « il convient de rappeler que le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel... » (point 25) laquelle « ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat » (point 27)... et parties au procès. Le droit du consommateur à un procès équitable supposerait, à son profit, un certain favoritisme judiciaire !¹¹⁷⁰ En réalité, si les motifs de l'arrêt restent taisants sur le respect de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est peut-être parce que le rôle prêté au juge ne doit pas non plus être exagéré : l'interprète

¹¹⁶⁸ RTD civ. 1999. 920, cette chron.

¹¹⁶⁹ 27 oct. 1993, série A, n° 274

¹¹⁷⁰ sur la compatibilité de l'art. 6 § 1 de la Conv. EDH avec l'art. 12 NCPC, V. déjà obs. NORMAND J., RTD civ. 1996. 689

restera attentif au dispositif de la décision qui retient que le juge national peut apprécier d'office « le caractère abusif d'une clause du contrat qui lui est soumis lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions nationales » ; dès lors que la demande est fondée sur la clause litigieuse, celle-là est jetée dans le débat du fait du demandeur et non pas du juge, l'intervention de ce dernier vient étayer une défense déficiente, elle ne provoque pas le débat au fond¹¹⁷¹.

1005. Au final, la déduction qui s'esquisse, sur des bases européennes, rejoint l'interprétation que certains prêtent à l'article 12, alinéa premier du nouveau code de procédure civile, et selon laquelle c'est bien en terme d'obligation que le juge se verrait investi du pouvoir de relever d'office la nullité du contrat, et de la clause¹¹⁷²; comment pourrait-il en aller différemment à l'endroit de clauses réputées non écrites ? Cette interprétation maximaliste devrait alors satisfaire les exigences du droit communautaire. C'est heureux, car les conclusions de l'avocat général ne laissent guère d'équivoque : « Etant donné que le système de protection institué par la directive ne serait pas efficace si l'on ne permettait pas au juge national d'apprécier d'office la clause du contrat à la lumière des dispositions de la directive, il ne peut qu'en résulter que les dispositions de procédure nationales, qui ne sont pas susceptibles de permettre une telle appréciation, devraient donc être écartées par le juge, eu égard au devoir de collaboration qui incombe à tous les organes nationaux... » ; en clair : « conformément au principe général de primauté du droit communautaire, les dispositions de procédure nationales ne peuvent pas être appliquées par le juge si elles ne permettent pas une protection efficace des droits conférés par le droit communautaire » (point 27).

1006. Il reste que la décision commentée recèle sa part d'ombres et d'interrogations. On ne s'arrêtera pas au reproche tiré de l'usage d'un standard qui, dans la définition même de la clause abusive, appelle une appréciation au cas par cas directement au service de la promotion du pouvoir judiciaire. En revanche, la décision comporte des risques de « dommages collatéraux » qui ne sont pas, à terme, négligeables. Ainsi, si le pouvoir du juge d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause prend appui sur le rôle imparti aux associations agréées de consommateurs, force est de constater qu'il dessert encore l'utilité, sinon la légitimité de celles-là désormais en concurrence directe avec l'autorité judiciaire pour débusquer la clause répréhensible¹¹⁷³.

¹¹⁷¹ GHESTIN J., préc.

¹¹⁷² GHESTIN J., article préc.

¹¹⁷³ RAYNARD J., Droit européen des contrats : le juge a le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause du contrat, (CJCE 27 juin 2000), RTD Civ. 2000 p. 939

1007. En conclusion nous pouvons affirmer que l'arrêt Océano est le premier arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) pour l'interprétation de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives. En même temps il est important de retenir que dans son arrêt du 27 juin 2000, la CJCE apporte la double réponse escomptée : d'une part, la protection recherchée par la directive « implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif de la clause du contrat qui lui est soumis... », d'autre part, devant interpréter les textes nationaux antérieurs ou postérieurs à la directive « à la lumière de la finalité de cette dernière », le juge doit privilégier l'interprétation « qui lui permettra de refuser d'office d'assumer une compétence qui lui est attribuée en vertu d'une clause abusive ».

1008. Le constat de l'infériorité juridique et procédurale du consommateur face au professionnel, décrit de manière abstraite et générale dans les motifs de l'arrêt Océano Grupo, était le socle de la décision justifiant une éventuelle intervention du juge. Ce constat se vérifiant dans tout le droit de la consommation, il permettait de considérer que la solution retenue valait pour tous les contrats de consommation (y compris les contrats de crédit à la consommation) et toutes les irrégularités et non seulement pour les clauses abusives¹¹⁷⁴.

C) – Les conséquences en droit français

1009. En vue d'apprécier les conséquences en droit français sur la reconnaissance du pouvoir d'office du juge, il faut mentionner l'arrêt du 16 mars 2004 de la Cour de cassation qui, encore dans le secteur du crédit, reproduisant la jurisprudence Grine. Par cet arrêt, spécialement dans les cas d'irrégularités des offres préalables de crédit, la Cour de cassation refusait au juge du fond le pouvoir de relever d'office les dispositions du Code de la consommation : la méconnaissance des exigences de la loi, se plaisait-elle à répéter, « même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger ». En statuant de la sorte, la Cour entendait fondamentalement faire prévaloir une certaine idée de la neutralité du juge.

1010. Mais, compte tenu des difficultés rencontrées par les consommateurs à faire valoir utilement leurs droits en justice, cette jurisprudence renforçait la supériorité des professionnels. Elle suscita de vives oppositions doctrinales et la résistance des juges du fond¹¹⁷⁵; elle allait exactement au rebours des préoccupations et des solutions posées par la jurisprudence Océano.

¹¹⁷⁴ PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle, in Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum J. CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 877

¹¹⁷⁵ BAZIN E., De l'office du juge en droit de la consommation : Dr. et proc. 2008, p. 125)

1011. Quel doit être l'impact de la décision sur le cas Océano sur le droit français ? Pour mettre fin à la jurisprudence de la Cour de cassation dans le domaine des clauses abusives, le législateur français a adopté l'article L. 141-4 du Code de la consommation disposant que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». Prenant acte de ce changement législatif, la Cour de cassation a finalement jugé que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être soulevée d'office¹¹⁷⁶.

1012. Mais l'arrêt rapporté dit maintenant que le juge national doit exercer son pouvoir d'office¹¹⁷⁷. Cette solution était déjà jugée préférable par plusieurs auteurs¹¹⁷⁸. Tout d'abord, en effet, si le pouvoir de relever d'office ne constitue qu'une simple faculté pour le juge, l'application de cette règle devient aléatoire pour les justiciables. Dans ces circonstances on peut poser les suivantes questions : En vertu de quoi exercerait-il ce pouvoir dans un cas et pas dans l'autre ? Ce choix ne risque-t-il pas d'être arbitraire ? Par ailleurs, faut-il rappeler que l'article 12 de Code de procédure civile enjoint au juge de trancher le litige « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » ?

1013. De ce fait, les juges étant indépendants, plusieurs pratiques risquent de voir le jour entre ceux qui ne relèvent pas ou rarement un moyen issu du Code de la consommation, et ceux qui le feront plus fréquemment. Toutefois, en pratique, plusieurs arguments solides pèsent en faveur d'une sorte d'obligation professionnelle du juge de relever d'office, de manière systématique, le ou les moyens pertinents dès qu'une disposition du Code de la consommation a été violée par l'une des parties au litige¹¹⁷⁹ :

- le droit de tout consommateur au bénéfice de la protection prévue par la loi et de la régulation du marché de biens et services auquel il a accès et dont il doit pouvoir profiter ;
- la double finalité du droit de la consommation qui est de protéger le consommateur, mais aussi de moraliser le marché donnant ainsi au juge un double rôle de protecteur et de régulateur ;
- la mission générale du juge qui est d'appliquer la loi et de refuser de valider des contrats irréguliers ;
- l'égalité des justiciables et des consommateurs devant la loi et devant le juge qui impose de ne pas les traiter différemment ;

¹¹⁷⁶ Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, D. 2009. AJ. 365, obs. AVENA-ROBARDET V., et Jur. 908, note PIEDELIEVRE S. ; RTD com. 2009. 421, obs. LEGEAIS D. ; LPA 2009, n° 70. 6, note POISSONNIER G.

¹¹⁷⁷ C'est une manière d'appliquer immédiatement un texte non encore applicable à l'espèce. La Cour de cassation rend les armes alors qu'elle avait pu résister jusqu'au bout.

¹¹⁷⁸ GOUT O. , L'accès au droit des consommateurs : LPA 30 mai 2008, p. 20, n° 21 ; POISSONNIER G., Mode d'emploi... préc., n° 14

¹¹⁷⁹ POISSONNIER G., Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation, CCC 2009, n° 5.

- l'impossibilité de déterminer des critères non arbitraires en fonction desquels le juge relèverait ou ne relèverait pas un moyen tiré des dispositions du Code de la consommation ;
- le droit de tout justiciable à ce que son litige soit jugé conformément à la loi¹¹⁸⁰ qui se traduit par l'obligation pour le juge de trancher le litige conformément à la loi.

1014. En conclusion nous pouvons affirmer que le nouvel article L. 141-4 indique que le juge « peut soulever » une disposition du Code de la consommation. Ont été ainsi exclues la formule « doit soulever » et celle usant du présent indicatif telle que « le juge soulève », qui toutes deux suggèrent l'obligation. Il est regrettable que le juge ne se soit vu accorder qu'une faculté et non une obligation de relever d'office les dispositions protectrices du Code de la consommation¹¹⁸¹.

1015. Enfin, on peut mentionner que cette disposition pourrait suffire à elle seule à justifier que le juge soit tenu de relever d'office les moyens de droit applicables au litige¹¹⁸². Ainsi, lorsque le juge est saisi de l'exécution d'un contrat de consommation par un professionnel, il ne trancherait pas le litige conformément à l'exigence de l'article 12 si, dans le silence du consommateur, il faisait droit à la demande tout en sachant que ledit contrat est irrégulier au regard des dispositions d'ordre public du Code de la consommation. La faculté de relever d'office est la solution la plus respectueuse du droit substantiel, spécialement quand il est d'ordre public.

§ 2nd – Du pouvoir de relever d'office à l'obligation de le faire

1016. C'est la suite de la jurisprudence de la CJCE qui fait l'obligation au juge de relever d'office en matière de clauses abusives **(A)**. Un projet de loi français de 2011 a cherché à intégrer cette solution dans le droit positif **(B)**.

A) – La jurisprudence communautaire

1017. Avec la formule selon laquelle « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle »¹¹⁸³, la CJCE va plus loin que la loi française, qui ne prévoit qu'un simple pouvoir donné au juge. Le droit communautaire primant sur le droit national, l'article L. 141-4 du code de la consommation doit donc d'ores et déjà être lu et interprété par les juridictions françaises à la lumière de l'arrêt Océano et l'arrêt Pannon : en droit de la consommation, le relevé de toute irrégularité contractuelle n'est plus seulement un pouvoir

¹¹⁸⁰ art. 12 du Code proc civ.

¹¹⁸¹ GOUT O., L'accès au droit des consommateurs : LPA 2008, n° 109, p. 20,

¹¹⁸² CADIET L., Droit judiciaire privé : LexisNexis Litec, 2000, 3e éd., n° 1133

¹¹⁸³ CJCE 4 juin 2009, préc., pt 35

du juge, comme le dit la loi, mais devient bel et bien un devoir. On ne pourra que se réjouir de ce changement¹¹⁸⁴.

1018. La décision sur l'arrêt Pannon du 4 juin 2009 est l'aboutissement d'un processus entamé par la CJCE, pour les besoins de l'interprétation de la directive 93/13 du 5 avril 1993. Dans son arrêt Océano du 27 juin 2000¹¹⁸⁵, rendu au nom de la « protection effective du consommateur »¹¹⁸⁶ et dont la jurisprudence fut plusieurs fois reprise¹¹⁸⁷ et même étendue dans le domaine du crédit à la consommation¹¹⁸⁸, la CJCE avait admis que le juge national pût apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur.

1019. Un pas de plus est franchi avec l'arrêt rapporté puisque, désormais, cette faculté d'agir d'office se transforme en obligation : « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ».

1020. La décision sur l'arrêt Pannon du 4 juin 2009 est tout à fait remarquable même si elle ne constitue pas vraiment une surprise. L'arrêt Mostaza Claro du 26 octobre 2006 avait en effet annoncé cette solution dans son argumentation¹¹⁸⁹ reprise aujourd'hui¹¹⁹⁰ en des termes identiques : « la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre consommateur et professionnel ».

1021. Cet arrêt contribue toutefois, de manière éminente, à renforcer l'effectivité des dispositions d'ordre public destinées à combattre la présence de clauses abusives dans les contrats de consommation. Une analyse plus précise permettra de mieux comprendre que, si cette décision doit beaucoup à la jurisprudence antérieure de la CJCE, sa portée, spécialement en droit interne, devrait être significative.

¹¹⁸⁴ PIZZIO J.-P., article préc.

¹¹⁸⁵ CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98 : Rec. CJCE 2000, I, p. 4941 ; JCP G 2001, II, 10513, note CARBALLO FIDALGO M. et PAISANT G. ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. MESTRE J. et FAGES B. ; RTD com. 2001, p. 291, obs. LUBY M. ; LPA 24 juill. 2001, p. 25, note HOURDEAUX S.

¹¹⁸⁶ pt 26

¹¹⁸⁷ CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, Cofidis : Rec. CJCE 2002, I, p. 10875 ; JCP G 2003, II, 10082, note PAISANT G. ; JCP E 2003, 279, note FADLALLAH I et BAUDE-TEXIDOR C. ; D. 2003, p. 486, note NOURISSAT C. ; RTD com. 2003, p. 410, obs. LUBY M. ; Gaz. Pal. 2003, p. 1711, note FLORES Ph. et BIARDEAUD P. – CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, Mostaza Claro : D. 2006, p. 2910, obs. AVENA-ROBARDET V. ; LPA 20 sept. 2007, p. 9, note POISSONNIER G. et TRICOIT J.-Ph.

¹¹⁸⁸ CJCE, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, Rampion : Contrats, conc. consom. 2007, comm. 310, obs. RAYMOND G. ; JCP G 2008, II, 10031, note PAISANT G. ; D. 2008, p. 458, note CLARET H. ; Gaz. Pal. 12-13 déc. 2007, note POISSONNIER G. et TRICOIT J.-Ph.

¹¹⁸⁹ pt 38

¹¹⁹⁰ pt 31

1022. L'arrêt Pannon trouvait son origine en Hongrie. Elle concernait l'exécution d'un contrat d'abonnement téléphonique. Le document contractuel signé par le consommateur contenait une clause par laquelle ce dernier reconnaissait avoir pris connaissance et accepté les termes d'un « règlement d'exploitation » qui, notamment, contenait une clause attributive de compétence territoriale au profit de l'opérateur professionnel¹¹⁹¹. Et c'est en vertu de cette clause que le consommateur fut assigné en paiement devant une juridiction distante de quelque 275 kilomètres de son domicile. Le juge saisi, soupçonnant le caractère abusif de la clause de compétence, comme cela avait déjà été le cas, notamment, dans l'affaire Océano, a alors décidé de surseoir à statuer pour saisir la CJCE de trois questions préjudicielles¹¹⁹².

1023. La première était curieusement inutile puisque la réponse était connue depuis, précisément, l'arrêt Océano. L'article 6 de la directive, énonçant que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs, suppose-t-il que le consommateur conteste avec succès ladite clause abusive en introduisant une demande à cet effet ? La réponse est évidemment négative ; en décider autrement reviendrait à exclure le pouvoir d'office du juge que la CJCE, tant dans ses arrêts Océano¹¹⁹³ que Mostaza Claro¹¹⁹⁴, avait jugé nécessaire compte tenu du caractère impératif des dispositions en cause qui tendent à compenser la position d'infériorité du consommateur pour le rétablissement d'un « équilibre réel » dans la relation contractuelle. Et l'ordre public dont il est ici question n'est pas seulement un ordre public de protection, mais aussi de direction puisque la directive du 5 avril 1993 est jugée par la CJCE « indispensable à l'accomplissement des missions confiées à la Communauté européenne et, en particulier, au relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'ensemble de cette dernière »¹¹⁹⁵.

1024. La deuxième question constituait le cœur du débat : la protection voulue par la directive « nécessite-t-elle » que le juge national se prononce d'office, donc même en l'absence de demande en ce sens, sur le caractère abusif d'une clause ? En d'autres termes, est-il fait obligation au juge de statuer d'office dans le silence du consommateur ? La réponse affirmative apportée en l'espèce par la CJCE ne fait que prolonger sa jurisprudence précédente, toujours au nom d'une protection effective du consommateur. La Cour précise bien que le juge saisi « est appelé à assurer l'effet utile de la protection voulue par les dispositions de la directive ». Pour cette raison, son rôle ne se limite pas à la simple « faculté » de se prononcer d'office sur le caractère abusif d'une clause ; il comporte également « l'obligation » d'examiner d'office cette question dès lors que le dossier lui fournit les éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet.

¹¹⁹¹ JCP G 2009, n° 25, 27, obs. PICOD F.

¹¹⁹² PAISANT G., L'obligation de relever d'office du juge national, JCP G. n° 42, 12 Octobre 2009, 336

¹¹⁹³ pts 26 à 28

¹¹⁹⁴ pt 36 et 37

¹¹⁹⁵ PAISANT G., préc.

Néanmoins, ajoute la Cour, d'une manière qui peut prêter à sourire mais qui fait référence au principe du contradictoire, le juge ne pourra effacer la clause litigieuse du contrat que si, après avoir informé le consommateur de son moyen relevé d'office, ce dernier ne s'y oppose pas...¹¹⁹⁶

1025. La troisième et dernière question portait sur les éléments à prendre en considération pour l'exercice, par le juge national, de son pouvoir d'office. Sur ce point, la CJCE répond qu'il appartient au juge national de déterminer si une clause contractuelle réunit les critères requis par la directive pour être qualifiée d'abusive¹¹⁹⁷. Cette solution est logique puisque ce caractère doit s'apprécier à la lumière, notamment, de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat. Mais, comme cela résultait déjà de la jurisprudence *Freiburger* du 1er avril 2004¹¹⁹⁸, elle laisse subsister le propre pouvoir d'appréciation de la CJCE lorsqu'il est possible de constater le caractère abusif d'une clause « sans avoir à examiner toutes les circonstances propres à la conclusion du contrat ni à apprécier les avantages et les désavantages liés à cette clause dans le droit national applicable au contrat ». Et, finalement, tel était le cas d'espèce avec la clause attributive de compétence territoriale au profit du professionnel s'analysant, in abstracto, comme une stipulation ayant pour objet ou pour effet d'entraver l'exercice, par le consommateur, d'actions en justice¹¹⁹⁹.

1026. En droit communautaire, tout d'abord, on peut penser que cette nouvelle décision aura une destinée comparable à celle de l'arrêt *Océano*. Rendue en matière de clauses abusives, la solution qu'elle retient a vocation à s'appliquer aux autres directives « consoméristes », pour les mêmes motifs tenant à la volonté de protéger effectivement les consommateurs par le rétablissement d'un équilibre réel dans leurs relations contractuelles avec les professionnels. Ce n'est pas seulement, en effet, dans le domaine des clauses abusives que le consommateur est ignorant de ses droits ou est dissuadé, pour des raisons économiques, de se défendre sur l'action en justice du professionnel. La portée générale de cette obligation faite au juge national de relever d'office la question de l'application de la norme impérative de protection paraît d'autant plus évidente que la directive ici en cause était une directive d'harmonisation minimale. A fortiori, cette solution vaudra pour les directives d'harmonisation totale (comment, par exemple, ne pas penser à celle du 23 avril 2008 sur le crédit à la consommation ?) dont le caractère d'ordre public apparaît renforcé, et ce, même si ce renforcement tient moins au désir de protéger le consommateur que de celui de réguler le marché intérieur afin d'éviter les distorsions de concurrence entre les opérateurs économiques¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁶ Ibidem

¹¹⁹⁷ Ibidem

¹¹⁹⁸ CJCE, 1er avril 2004, aff. C-237/02, pt 23

¹¹⁹⁹ déjà sur ce type de clause, V. arrêt *Océano*, préc., pt 24

¹²⁰⁰ PAISANT G., L'obligation de relever d'office du juge national, JCP G. n° 42, 12 Octobre 2009, 336

1027. La phrase du Professeur Cadiet reste plus que jamais d'actualité en droit de la consommation : « le juge doit relever d'office les moyens de droit qui lui paraissent applicables au litige [...] cette obligation est imposée par la nature même de l'office du juge »¹²⁰¹.

1028. L'arrêt de la CJCE fixe toutefois au moins deux limites non négligeables à ce devoir : la possibilité pour le consommateur de s'opposer à la démarche du juge et la nécessité pour le juge de disposer « des éléments de fait et de droit nécessaires à cet effet », conformément d'ailleurs à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de forclusion¹²⁰². D'autres limites existent aussi : le respect du principe du contradictoire (qui permet aux parties de soumettre des observations pour corriger l'erreur éventuelle du juge), le principe d'immutabilité de l'objet du litige¹²⁰³.

1029. En réalité, le devoir de relever d'office est déjà connu dans le droit français, sans que cela pose de difficultés¹²⁰⁴. Ainsi, en droit de la consommation, le relevé des moyens de fond peut désormais se faire dans les mêmes conditions que celles des moyens d'irrecevabilité (fins de non-recevoir et moyens procéduraux d'ordre public). Quant à ceux qui craignent que la responsabilité professionnelle ou civile du juge puisse être engagée en cas de manquement à son « devoir », ils seront sûrement rassurés par la règle selon laquelle les parties ne peuvent pas reprocher au juge ne pas avoir procédé à une recherche qu'elles ne lui ont pas permis de réaliser, règle rappelée régulièrement par la Cour de cassation justement à propos de la forclusion biennale.

1030. De notre point de vue, pour étendre clairement la solution de l'arrêt rapportée au-delà du domaine harmonisé par les directives, la prise en compte de ce nouveau principe devrait passer par une réforme de l'article L. 141-4 du Code de la consommation. Désormais, il devrait, par exemple, disposer que « le juge doit relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». Naturellement, il faut y insister, dans tous les cas, ce pouvoir d'office du juge ne saurait trouver à s'exercer que dans le respect du principe du contradictoire¹²⁰⁵.

¹²⁰¹ CADIET L., *Droit judiciaire privé* : Litec 1998, 2e éd., n° 1133, p. 487

¹²⁰² Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, D. 2008. 2499, obs. AVENA-ROBARDET V.; RTD com. 2009. 189, obs. LEGAIS D. ; Gaz. Pal. 2009. 20, note POISSONNIER G.

¹²⁰³ art. 4 Code pr. civ.

¹²⁰⁴ P. ex., obligation de qualification des faits : Cass., ass. plén., 21 déc. 2007, D. 2008. AJ. 228, et Chron. 1102, obs. DESHAYES O.; RDI 2008. 102, obs. MALINVAUD P.; RTD civ. 2008. 317, obs. GAUTIER P.-Y.

¹²⁰⁵ Note PAISANT G., L'obligation de relever d'office du juge national, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 42, 12 Octobre 2009, 336

B) – Le projet de loi de juin 2011

1031. Le 11 octobre 2011, par l'Assemblée nationale a été adopté en première lecture le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs¹²⁰⁶. Ce texte se présente sous la forme d'une énumération de mesures concrètes visant à renforcer la protection des consommateurs dans les principaux secteurs de la vie courante. Sous un intitulé quelque peu redondant, puisque l'information représente un droit essentiel des consommateurs et fait partie d'un ensemble de mesures destinées à assurer leur protection, ce projet de loi entend, par diverses mesures, contribuer au renforcement du dispositif existant. A l'heure où, du fait de la mondialisation des échanges, les entreprises ont tendance à se regrouper pour augmenter leur compétitivité sur le marché, cet objectif de protection juridique apparaît comme une nécessité chaque jour de plus en plus grande pour tenter de maintenir un équilibre dans une relation fondamentalement inégale entre professionnels et consommateurs au détriment de ces derniers, à raison de la triple supériorité, technique, économique et juridique des premiers.

1032. D'un point de vue technique, le texte proposé au vote du Parlement se présente comme une réforme partielle de plus touchant aux droits des consommateurs après la très récente loi du 17 mai 2011 (art. 45) plutôt avantageusement dénommée «de simplification et d'amélioration de la qualité du droit »... Globalement, les diverses mesures proposées dans ce projet de loi ne seront pas de nature à modifier sensiblement la situation des consommateurs même si ses objectifs sont louables, mais concernant le sujet de la lutte contre les clauses abusives, le juge d'office aura un nouveau pouvoir.

1033. Sur le nouvel office du juge il s'agit de l'article 10 du projet qui complète les dispositions de l'article L 132-1 du code de la consommation en prévoyant que « le juge écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ».

1034. Jusqu'à présent (depuis la loi du 3 janvier 2008), selon les prescriptions de l'article L 141-4 du code de la consommation, et conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice de Communautés Européennes (CJCE) inaugurée le 20 juin 2000, le juge était doté du pouvoir de relever d'office - toujours en respectant le principe du contradictoire - le caractère abusif d'une clause à l'occasion d'un litige dont il avait à connaître opposant un professionnel à un consommateur déterminé. Le texte aujourd'hui proposé, selon la nouvelle jurisprudence de la CJCE (arrêt Pannon du 4 juin 2009), entend, semble-t-il (la formule pourrait être plus claire),

¹²⁰⁶ Doc. Ass. Nat, n°3508, 13^e lég:

aller plus loin dans le sens de l'obligation de relever d'office le caractère abusif de telle ou telle clause du contrat litigieux.

1035. Cette disposition ainsi comprise va dans le sens d'une meilleure effectivité du dispositif d'ordre public de lutte contre les clauses abusives car, souvent, actionné en paiement par un professionnel, pour éviter des frais supplémentaires, notamment d'avocat, le consommateur évite de comparaître et ne fait donc pas valoir des droits que, d'ailleurs, très fréquemment, il ignore. Le texte proposé tend donc à apporter un remède à cette situation. Mais la question reste posée de savoir si ce raisonnement, initié par la CJCE au sujet des clauses abusives, ne vaut pas aussi, pour les mêmes raisons, pour tous les autres domaines d'ordre public de la protection contractuelle des consommateurs¹²⁰⁷.

1036. Au final, il faut mentionner que ce projet de loi a été abandonné avec le changement du gouvernement en mai 2012, mais, qui peut être sera repris dans un proche avenir.

¹²⁰⁷ Ibidem

Chapitre II - Les organismes administratifs

1037. Depuis plusieurs années, on constate, dans de nombreuses branches du droit le développement du rôle dévolu aux autorités administratives pour assurer le respect de l'intérêt collectif d'une catégorie de personnes ou d'un secteur d'activité particulier. Le droit de la consommation n'échappe pas à ce phénomène. Ce phénomène démontre que, même à l'époque où les gouvernements veulent conduire une politique libérale, l'État ne se désintéresse jamais de l'activité commerciale qui est essentielle pour la bonne marche de l'économie nationale. Il prouve également que les juridictions, qu'elles soient civiles ou commerciales ne remplissent pas toujours le rôle qui devrait être le leur en matière de droit de la consommation. Certaines administrations dans la matière des clauses abusives ont un rôle direct.

1038. Des organismes chargés de constater et de réprimer les atteintes portées à l'intérêt collectif des consommateurs existent tant en France qu'en Moldova. Ces systèmes de protection se distinguent cependant par le pouvoir plus ou moins important dont disposent les agents respectifs pour interférer dans des conflits d'intérêts collectifs de nature privée.

1039. Dans les deux pays, nous rechercherons le rôle des Commissions spécialisées dans la lutte contre les clauses abusives (**Section 2**) et envisagerons les pouvoirs d'enquête et de sanctions qui s'exercent sous le contrôle de l'Etat (**Section 1**).

Section 1 – Les organismes dépendants du pouvoir exécutif

1040. Des organismes chargés de constater et de réprimer les atteintes portées à l'intérêt collectif des consommateurs existent tant en France qu'en République de Moldova. Ces systèmes de protection se distinguent cependant par le pouvoir plus ou moins important dont disposent les agents respectifs pour interférer dans des conflits d'intérêts collectifs de nature privée.

1041. À cet égard, les autorités administratives interviennent directement, dans ces deux pays. Tant le pouvoir exécutif en France que celui de la République de Moldova, ont conféré à leurs agents, le pouvoir d'enquête et de sanctions « sur le terrain » du droit de la consommation. En France, le pouvoir d'enquête et de sanctions est principalement attribué à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF - § 1^{er}) et en Moldova depuis 1^{er} janvier 2012 à l'Agence pour la Protection des Consommateurs (APC - § 2nd).

§ 1^{er} – L'activité de la DGCCRF en France

1042. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), placée sous l'autorité du ministre de l'économie et des finances, ainsi que ses subdivisions régionales, est chargée de la recherche et de la constatation des « infractions ou manquements » à la législation de protection des consommateurs¹²⁰⁸. Elle est responsable, notamment, du contrôle de l'information, des pratiques commerciales et des conditions générales des contrats aux consommateurs¹²⁰⁹. Ses pouvoirs ne se limitent ainsi pas à la constatation d'infractions pénales, elle dispose tout autant du pouvoir de combattre des pratiques et des clauses abusives¹²¹⁰. L'art. L. 141-1, al. V, du Code de la consommation prévoit que ces organes « peuvent, après une procédure contradictoire, enjoindre au professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à [leurs] obligations de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite »¹²¹¹. L'alinéa suivant du même article leur accorde aussi un droit d'agir en justice dans la défense des intérêts des consommateurs. Il peuvent ainsi « demander à la

¹²⁰⁸ Art. L. 141-1, I, du Code consom

¹²⁰⁹ Art. L. 141-1, I, 4^o à 8^o

¹²¹⁰ Art. L. 141-1, II, 4^o

¹²¹¹ L'art. L. 141-1, I, renvoie aux pouvoirs d'enquête prévus, entre autres, aux arts. L. 450-1 à L. 450-4 et L. 450-8 du Code de commerce. Ce dernier sanctionne des peines d'emprisonnement de six mois et d'une amende de 7500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions des autorités de contrôle. Il semble pourtant, que celles-ci n'auraient pas le pouvoir de sanctionner elles-mêmes le professionnel qui refuserait, malgré les injonctions de la DGCCRF, de se conformer à la législation. Ils ne peuvent, dit-on, que « dresser procès-verbal de leurs constatations et transmettre celui-ci à leur hiérarchie, qui saisira le parquet, lequel décidera ou non de poursuivre par application du principe de l'opportunité des poursuites » : RAYMOND G. « Droit de la consommation », op. cit., n° 757, p. 371.

juridiction civile ou, s'il y a lieu, à la juridiction administrative d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur », ainsi que, « après en avoir avisé le procureur de la République [...], toute mesure de nature à mettre un terme aux manquements à des obligations contractuelles ou aux agissements illicites » relatifs aux opérations de crédit aux consommateurs.

1043. On pourrait penser qu'une action combinée entre les agents de la DGCCRF et la Commission des clauses abusives aboutirait à un contrôle très efficace des abus commis dans le marché de consommation. Au besoin et par précaution, ces actions pourraient n'intervenir qu'après une décision de la Cour de cassation sur le type de clauses estimées abusives. Cependant, malgré toute la latitude que lui confère la loi pour rendre efficaces les règles de protection du consommateur, la DGCCRF semble s'en remettre largement, du moins eu égard aux pratiques illicites non constitutives d'infractions pénales, à l'activité des associations de consommateurs¹²¹².

1044. L'activité de la DGCCRF vient d'ailleurs de se voir octroyer un nouveau rôle par le droit communautaire. Le règlement n° 2006/2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs fixe les conditions dans lesquelles les autorités compétentes des États membres, désignées comme responsables de l'application des lois protégeant les intérêts des consommateurs, coopèrent entre elles et avec la Commission afin de garantir le respect de ces lois et le bon fonctionnement du marché intérieur.

1045. Ce réseau, dont le début des activités était prévu pour le 1^{er} janvier 2007, va pouvoir devenir bientôt opérationnel grâce à la publication d'une la liste des autorités compétentes et des organismes ayant un intérêt légitime à voir cesser ou interdire les infractions intracommunautaires, ainsi que des bureaux de liaison unique. Pour la France, le bureau de liaison unique est la DGCCRF¹²¹³, tenant compte de ses pouvoirs d'enquête **(A)** et de ses pouvoirs de sanctions **(B)**.

¹²¹² RAYMOND G. « Droit de la consommation », op. cit., n° 755, p. 370, qui affirme que « la DGCCRF a un rôle très limité dans le procès civil. En effet, cette administration est plus chargée de l'intérêt générale que des intérêts particuliers ». En pratique, elle exerce parfois des contrôles en matière de publicité trompeuse et de démarchage à domicile. Pour des exemples relatifs aux opérations de crédit, v. Cass. crim. 5 mai 2009 : inédit, pourvoi n° 08-86197 ; CA Toulouse 25 févr. 2008, n° 07/00941 ; Cass. crim. 20 juin 2000 : inédit, pourvoi n° 99-86431 (refus de restitution de l'acompte en cas de rétractation de l'offre de crédit par le consommateur).

¹²¹³ Les autorités compétentes sont, en fonction des différents textes communautaires concernés, la DGCCRF, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Direction générale du tourisme, la Direction générale de l'aviation civile, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé

A) – Les pouvoirs d'enquête

1046. L'article L. 141-1 du Code de la consommation fournit une première liste des infractions devant être recherchées et constatées par la DGCCRF. On y trouve celles relatives aux ventes de biens et de fournitures de prestations de services à distance, au démarchage, au contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé, aux contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel, aux ventes ou prestations à la boule de neige, à l'abus de faiblesse, aux sanctions en matière de crédit à la consommation, aux sanctions en matière de crédit immobilier, au taux d'usure, au crédit hypothécaire garanti par une hypothèque rechargeable et au prêt viager hypothécaire.

1047. Les pouvoirs des enquêteurs sont prévus par les articles L. 450-1 et suivants du Code de commerce ; il est impossible de leur opposer le secret professionnel. Ils peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. La visite des locaux et la saisie des documents nécessite une autorisation judiciaire donnée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et d'apporter leur concours en procédant le cas échéant aux réquisitions nécessaires, ainsi que de le tenir informé de leur déroulement.

1048. Selon l'article L. 450-8 du Code de commerce, « est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents désignés à l'article L. 450-1 et les rapporteurs du Conseil de la concurrence sont chargés en application du présent livre ».

1049. L'une des originalités du système ainsi instauré est qu'il fait une large place à la transaction qui permet alors une suppression des sanctions à l'encontre du professionnel auteur de l'agissement illicite. L'article L. 141-2 du Code de la consommation, prévoit pour les contraventions prévues aux livres Ier et III de ce code, que l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation a droit, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de transiger, après accord du procureur de la République. L'acte par lequel le procureur de la République donne son accord à la proposition de transaction est interruptif de la prescription de l'action publique. L'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté dans le délai imparti les obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction.

Le système concerne seulement des infractions mineures. On accorde au professionnel une sorte de droit au pardon ou à l'oubli du manquement dès lors qu'il est rentré dans le droit chemin.

1050. La plupart des agissements visés sont constitutifs d'infractions pénales. Il n'en va autrement que pour les clauses abusives. En tout état de cause, la DGCCRF peut demander à la juridiction civile ou, selon les cas, à la juridiction administrative, d'ordonner, s'il y a lieu sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur.

B) – Les pouvoirs de sanctions

1051. Il est de plus en plus fréquent d'attribuer un pouvoir de sanctions à certaines autorités administratives. Tel est le cas par exemple de l'Autorité de la concurrence. Son pouvoir de sanction est considérable, puisqu'elle a le pouvoir de prononcer des interdictions d'exercice à l'encontre des professionnels ayant manqué à leurs obligations ou de les condamner à des amendes dont le montant ne peut être supérieur à 1,5 million d'euros ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés. Il en est de même de l'Autorité des marchés financiers.

1052. Dans plusieurs hypothèses, les agents de la DGCCRF bénéficieront d'un pouvoir de sanctions. Ils ont pouvoir de sanction lorsque des produits sont dangereux pour la santé ou la sécurité des consommateurs. Il en va de même en cas d'infractions en matière d'information, de pratiques commerciales et des conditions générales des contrats de crédit. Ils ont la possibilité d'agir en justice pour demander au juge d'ordonner, s'il y a lieu sous astreinte, de faire supprimer des clauses illicites ou abusives. Ils peuvent enfin faire saisir ou consigner, sans autorisation judiciaire, des marchandises non-conformes à la réglementation et dangereuse pour la santé et la sécurité des consommateurs.

§ 2nd – L'activité de l'Agence de Protection des Consommateurs en Moldova

1053. Jusqu'au 1^{er} janvier 2012, la principale activité de la République de Moldova dans le domaine de protection des consommateurs était réalisée par l'Inspection d'Etat pour la Surveillance du Marché, de la Métrologie et de la Protection des Consommateurs (IPSSPMPC), dépendante du Ministère de l'économie.

1054. Conformément au point 5 de la Décision du Gouvernement n° 757 du 23.06.2008 l'IPSSPMPC avait le droit de recevoir et de traiter les demandes déposées par les associations ou par les consommateurs individuels sur les produits, les services et les contrats proposés par les professionnels.

1055. Il faut ajouter qu'en comparaison avec les pouvoirs de la DGCCRF, d'enquête et de sanctions, jusqu'au 1^{er} janvier 2012, l'autorité moldave pour la protection des consommateurs n'avait pas le pouvoir de sanction, mais seulement le pouvoir de constater les faits dans un acte de contrôle, le procès verbal de constat étant remis en instance judiciaire en vue d'appliquer la sanction administrative.

1056. Par cette limitation de compétence, le législateur moldave n'assurait pas une protection efficace des consommateurs contre les produits et les services non qualitatifs. Mais, en ce qui concerne la sanction des clauses abusives, le Code Contraventionnel de la République de Moldova ne contenait, jusqu'au 1^{er} janvier 2012, aucune sanction relative à l'interdiction de ces dernières dans les contrats conclus avec les consommateurs.

1057. Un sondage d'opinion¹²¹⁴, effectué dans la capitale de la République de Moldova, révèle qu'une grande partie des citoyens ne sont pas informés des activités de l'IPSSPMPC et moins encore de son activité d'enquête (9%). Ils en appellent dans la grande majorité des cas aux associations (33,5%). Encore, moins de personnes connaissent le rôle de l'activité du Ministère d'économie dans le domaine de la protection des consommateurs. (22,5 %).

1058. A partir du 1^{er} janvier 2012, la Loi nr.140 du 18 juillet 2011, réorganise l'IPSSPMPC dans l'Agence de Protection des Consommateurs (APC), qui modifie essentiellement l'organisation de l'activité dans le domaine de la protection des consommateurs et qui renforce principalement la lutte contre les clauses abusives. Ainsi grâce aux nouveaux changements législatifs, l'APC a le droit de constater les clauses abusives et, par suite, de les interdire. De plus, le directeur de l'APC dispose de tous les pouvoirs d'enquête et de sanction, parce qu'en base d'une seule prescription l'agent d'état a le droit d'interdire d'office une clause abusive. La charge de la preuve de la légalité de la clause pèse sur le professionnel, ainsi le consommateur n'est pas tenu de prouver le caractère abusif de la clause.

1059. En outre, selon les dernières modifications législatives apportées au Code Contraventionnel de la République de Moldova et, notamment, en raison de l'introduction d'une norme spéciale sur la sanction des clauses abusives, l'art.408 nouveau permet au directeur de l'APC de sanctionner d'office le professionnel qui insère une clause abusive dans le contrat de consommation.

1060. Dans ces circonstances nous constatons que la nouvelle politique moldave de protection des consommateurs avance progressivement. Nous soutenons avec optimisme que les futures actions de l'APC peuvent ainsi progresser avec succès dans la lutte contre les clauses

¹²¹⁴ Le volume de sondage est de presque 200 personnes de 18 ans et plus et est réalisé dans la période 1^{er} octobre 2011 – 15 octobre 2011.

abusives. De plus, la Loi sur les clauses abusives (adoptée le 9 décembre 2011), a complété le domaine législatif avec une liste des clauses abusives, inspirée de la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993.

1061. Nous sommes réalistes ; ces changements législatifs seront toutefois mis en œuvre lentement, mais nous espérons des résultats positifs sur l'entier marché moldave. En ce qui concerne la qualité de contrat de consommation et le renforcement du respect des professionnels pour le consommateur moldave, nous constatons qu'à la fin de l'année 2013, nous pourrions avoir un autre résultat à travers un nouveau sondage d'opinion.

Section 2 – Les Commissions administratives

1062. Tant en France qu'en Moldova, le législateur a créé un organisme administratif avec un rôle préventif contre l'abus de droit dans les contrats de consommation. La Commission des clauses abusives, en France, (§ 1^{er}) et la Commission d'examen et de coordination des contrats types, en Moldova, (§ 2nd) font partie intégrante du dispositif législatif et réglementaire de lutte contre les clauses abusives des contrats conclus entre les professionnels et les consommateurs, dans les deux systèmes de droit.

§ 1^{er} – La Commission des clauses abusives en France

1063. La prévention est une dimension essentielle du droit de la consommation. Elle repose sur l'idée que le consommateur est mieux protégé par des dispositifs préventifs que curatifs. En matière de clauses abusives, la prévention consiste à stigmatiser certaines stipulations fortement suspectées d'être une source potentielle de déséquilibre au détriment du consommateur. Le 10 janvier 1978 ; par l'article 36 de la loi n° 78-23 du sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, a été créé la Commission des clauses abusives Depuis maintenant trente-quatre ans, la Commission des clauses abusives, grâce à ses caractéristiques, fait donc partie intégrante du dispositif législatif et réglementaire de lutte contre les clauses abusives des contrats de consommation (A).

1064. Principalement, la Commission des clauses abusives se trouve renforcée indirectement par la loi du 1^{er} février 1995. Il y a eu manifestement, depuis le décret du 10 mars 1993 (codifié dans la partie réglementaire du code de la consommation), une volonté d'associer étroitement les juges et cette Commission, tenant compte de ses missions spécifiques attribuées par la loi (B).

A) – Ses caractéristiques

1065. La Commission des clauses abusives a notamment pour mission de recommander la suppression ou la modification de clauses de ce type dans les modèles de contrats habituellement proposés aux consommateurs et de proposer les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables. Instituée par la loi du 10 janvier 1978, la Commission des clauses abusives, après la réforme du 2010, est aujourd'hui régie par les articles L. 534-1 et suivants et R. 534-1 à R. 534-4 du Code de la consommation. Désormais, la Commission des clauses abusives, avec d'autres commissions administratives, dont la Commission de sécurité des

consommateurs, se trouve placée au sein de l'Institut National de la Consommation (INC). Surmontant le scepticisme inhérent à l'utilité et l'efficacité de ce type d'entité administrative, la Commission est parvenue, au fil des années, à asseoir son autorité en fournissant un travail considérable¹²¹⁵. Institutionnellement, la Commission des clauses abusives est placée auprès du ministre chargé de la consommation et INC. Ceci étant précisé, il convient d'en étudier la composition **(1)**, les modes de saisine **(2)** et les modalités de fonctionnement **(3)**.

1 – La composition

1066. Conformément à l'art. R. 534-1 du Code de la consommation, la Commission des clauses abusives est composée de treize membres : - un magistrat de l'ordre judiciaire assumant les fonctions de président, - deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membres du Conseil d'État, l'un d'entre eux étant nommé vice-président ; deux personnalités qualifiées en matière de droit ou de technique des contrats, choisies après avis du Conseil national de la consommation, - quatre représentants des professionnels, - quatre représentants des consommateurs. Les membres ainsi répartis sont nommés par arrêté du ministre chargé de la consommation, sur proposition du garde des Sceaux s'agissant des magistrats, pour une durée de trois ans renouvelable une fois, étant précisé que l'absence d'un membre titulaire à trois réunions consécutives entraîne sa démission. Cet arrêté désigne aussi un suppléant pour chaque membre titulaire, à l'exception du président.

1067. Conformément au Décret n°2010-801 du 13 juillet 2010¹²¹⁶ « Le directeur général de l'Institut national de la consommation ou son représentant peut participer aux séances de la Commission des clauses abusives. Il ne prend pas part aux votes sur les recommandations et avis ».

1068. C'est le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes qui assume la fonction de commissaire du gouvernement. Le ministre chargé de la consommation met à la disposition de la Commission des clauses abusives un secrétaire général et un ou plusieurs rapporteurs permanents. Le président, quant à lui, a la possibilité de désigner des rapporteurs particuliers à raison de leurs compétences.

¹²¹⁵ V. Actes de la journée d'étude consacrée au bilan de vingt années d'activité de la Commission [Rev. conc. consom. 1998, n° 105] et V. Rapport CCA 1998, BOCCRF 25 juin 1999, spéc. p. 371 et s.

¹²¹⁶ Art.12

2 – La saisine

1069. Les possibilités de saisine de la Commission des clauses abusives sont très larges. Celle-ci peut, en effet, être saisie :

- soit par le ministre chargé de la consommation,
- soit par les associations agréées de défense des consommateurs,
- soit par les professionnels intéressés.

1070. La Commission peut également, précise l'article L. 534-2 du Code de la consommation in fine, se saisir d'office. Cette dernière possibilité lui permet, en pratique, de connaître de n'importe quelle réclamation portée à sa connaissance par toutes personnes. Outre ces saisines extrajudiciaires, il existe une possibilité pour toute juridiction connaissant d'une instance, dans laquelle le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé, de saisir pour avis la Commission. Dans cette hypothèse, la Commission fait connaître son avis dans un délai de trois mois à compter de la saisine et il est sursis à statuer, sans préjudice toutefois des mesures urgentes ou conservatoires, jusqu'à réception de cet avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de trois mois¹²¹⁷.

1071. Le détail des modalités matérielles de recevabilité des saisines extrajudiciaires de la Commission des clauses abusives est fixé par son règlement intérieur, celui-ci étant publié au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes¹²¹⁸.

3 – Le fonctionnement

1072. Les dispositions réglementaires déterminent, dans les grandes lignes le fonctionnement de la Commission des clauses abusives¹²¹⁹. La Commission siège ou bien en formation plénière, ou bien en une ou plusieurs formations restreintes. Le président répartit les affaires, d'une part, entre les formations restreintes s'agissant de celles qu'il n'entend pas réserver à la formation plénière et, d'autre part, avec le secrétaire général, entre les rapporteurs. La réunion en formation plénière est la règle.

1073. Les membres de la Commission des clauses abusives et les rapporteurs peuvent entendre toute personne susceptible de leur révéler des informations sur les affaires dont ils ont la charge et se faire communiquer tout document nécessaire à l'accomplissement de leur mission. Au cours des séances, qui ne sont pas publiques, les parties intéressées peuvent demander à être entendues, à l'exclusion des cas dans lesquels la Commission a été saisie par un juge sur le

¹²¹⁷ C. consom., art. R. 534-4

¹²¹⁸ BOCCRF 28 janv. 1994

¹²¹⁹ C. consom., art. R. 534 -3

fondement de l'article R. 534-4 du code de la consommation. Les décisions de la Commission sont prises à la majorité et, en cas de partage égal de voix, celle du président est prépondérante.

B) – Ses missions

1074. L'activité principale de la Commission des clauses abusives est de connaître des modèles de convention habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs et de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif¹²²⁰. Depuis l'origine, une triple mission est assignée à la Commission, qui a une fonction consultative.

1075. En premier lieu, elle connaît des modèles de convention habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs afin de rechercher si ces documents contiennent des clauses abusives. Elle est ainsi conduite à émettre des recommandations pour la suppression ou la modification des clauses qui, dans ces modèles de convention, présentent, selon son appréciation, un caractère abusif¹²²¹ **(1)**.

1076. En deuxième lieu, suivant les dispositions de l'article L. 132-6 du Code de la consommation, elle peut être saisie pour avis lorsque à l'occasion d'une instance le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé. **(2)**.

1077. En troisième lieu, elle doit établir chaque année un rapport de son activité. À cette occasion, elle est libre de proposer toutes modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables **(3)**.

1 – Les recommandations

1078. Ces recommandations représentent l'activité la plus importante et la plus significative de la Commission des clauses abusives **(a)**. Depuis sa création, la Commission des clauses abusives a émis plusieurs dizaines de recommandations¹²²², d'une grande variété **(b)**.

a) Les caractéristiques

1079. Ces recommandations ont évidemment une portée valeureuse consistant à marquer du sceau de la suspicion certaines clauses habituellement insérées par les professionnels dans les conditions générales contractuelles qu'ils proposent aux consommateurs. Cependant, elles n'ont aucune force obligatoire à leur égard. L'idée consiste seulement à exercer sur eux une « pression

¹²²⁰ C. consom., art. L. 534-1

¹²²¹ C. consom., art. L. 534-3

¹²²² Jusqu'au 1^{er} juin 2012 a émis 72 recommandations

morale »¹²²³ en les incitant à supprimer spontanément de leurs modèles de contrats types les clauses dont l'élimination est recommandée.

1080. Leur autorité est également très réduite à l'égard du juge. En effet, les clauses dont la suppression est recommandée ne sont aucunement présumées abusives. Certes, le juge a la faculté de s'y référer, comme s'il s'agissait d'un guide, afin d'apprécier le caractère abusif de certaines clauses¹²²⁴, mais elles ne sont pas des règles dont la méconnaissance ouvre la voie à la cassation¹²²⁵. Pour le dire autrement, le juge est libre de ne pas suivre la recommandation¹²²⁶ et, s'il décide de la suivre, celle-ci ne peut être qu'un élément de motivation qui ne le dispense par de l'analyse de caractère significatif du déséquilibre, prévue à l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

1081. Les recommandations sont susceptibles, et c'est d'ailleurs l'un de leurs objectifs, d'exercer une influence sur les professionnels afin qu'ils modifient leurs modèles de contrats pour tenir compte des préconisations de la Commission.

1082. Les recommandations sont également susceptibles d'être prises en compte par le juge, qu'il s'agisse, comme le démontre le contentieux analysé dans cette étude, du juge du fond ou de la Cour de cassation¹²²⁷. Il reste que l'un comme l'autre ne se sentent pas prisonniers des recommandations. Là encore, les décisions analysées révèlent que le juge peut valider une clause suspectée par une recommandation et inversement déclarer abusive une clause qui n'est pas contraire à une recommandation¹²²⁸.

1083. Une typologie peut être découverte parmi l'ensemble des recommandations, selon qu'elles présentent un caractère positif ou négatif¹²²⁹. Tandis que la recommandation négative se

¹²²³ CALAIS-AULOY J et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, 8e édition, Dalloz, n° 185

¹²²⁴ Cass. 1^{re} civ. 10 févr. 1998, préc. supra, n° 55 ; 19 juin 2001, préc. supra, n° 57

¹²²⁵ Cass. 1^{re} civ. 13 nov. 1996, préc. supra, n° 43

¹²²⁶ Par ex., V. Cass. 1^{re} civ. 7 juill. 1998, *Contrats, conc., consom.* 1998, comm. 120, obs. RAYMOND G., *RTD civ.* 1999.94, obs. MESTRE J.

¹²²⁷ La Cour de cassation juge ainsi, dans les arrêts du 14 novembre 2006, que la clause qui ne prévoit pas « le même droit, pour ce consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui y renonce (...) créé un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au détriment de celui-ci, comme l'a énoncé la commission des clauses abusives dans ses recommandations n° 91-02 et 04-02 ».

¹²²⁸ Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, « La Commission des clauses abusives avait recommandé l'élimination des clauses ayant pour objet « d'obliger le consommateur, sous peine de perdre le bénéfice de la garantie, à faire réparer l'objet défectueux chez le fabricant ou chez un réparateur agréé, lorsqu'une telle clause n'est justifiée ni par la sécurité des consommateurs, ni par la technicité de l'objet (...) » (Recomm. n° 79-01 relative aux clauses abusives dans les contrats de garantie). C'est précisément à l'aune des exigences de sécurité et de technicité que les juges du fond avaient apprécié le caractère abusif des clauses de garanties litigieuses. Or, non seulement la Cour de cassation ne s'est pas fondée sur ces deux exigences, leur substituant le critère de la généralité de la clause, mais encore, elle a rappelé dans l'arrêt Citroën que les recommandations ne lient pas les juges dans leur pouvoir d'appréciation. En revanche, la Commission n'avait pas estimé abusive la clause permettant au vendeur de déduire une commission et des frais du prix de revente du véhicule d'occasion (Recomm, n° 85-02 sur l'achat de véhicule automobile). Cependant, si en l'espèce la Cour de cassation valide la clause, c'est en adoptant un raisonnement différent de celui de la Commission des clauses abusives ».

¹²²⁹ PAISANT G., A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France, in *Mélanges Béguin*, Litec 2005, p.614

limite à préconiser l'élimination des clauses qui, selon l'appréciation de la Commission, présentent un caractère abusif, celle, dite positive, vise à l'insertion de nouveaux éléments dans les modèles de contrats considérés. Selon ces critères, on peut considérer qu'une seule recommandation est entièrement positive¹²³⁰, les autres sont négatives ou ont un caractère mixte. Plus précisément, le caractère positif des recommandations émises peut revêtir trois aspects différents.

1084. Tout d'abord, à de nombreuses reprises, la Commission a recommandé des modifications dans la présentation formelle des documents contractuels; par exemple qu'ils soient imprimés avec des caractères dont la hauteur ne saurait être inférieure au corps 8¹²³¹, qu'ils soient signés en bas de chaque page comportant des obligations pour l'acheteur¹²³² ou encore qu'ils contiennent l'indication de l'identité et de la qualité des parties¹²³³ ou la dénomination sociale du cocontractant responsable en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution du contrat¹²³⁴... Ces recommandations visent le contrat en tant *qu' instrumentum*.

1085. Cette pratique, pour utile qu'elle soit, n'en paraît pas moins se situer en marge des missions imparties par la loi à la Commission. Sans doute l'article L. 534-2 du Code de la consommation prévoit-il que celle-ci peut recommander « la modification » de clauses existantes sans distinguer selon la nature de la modification souhaitée; celle-ci pourrait donc se limiter à des aspects formels. Mais cet argument n'est pas décisif. Si, en effet, le document contractuel est écrit en caractères insuffisamment apparents ou lisibles ou si encore l'identité du cocontractant professionnel n'est pas clairement indiquée, le problème posé est un problème de consentement au contrat et non de clause abusive. En particulier, le manque de lisibilité du contrat rend celui-ci inopposable au cocontractant, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un consommateur¹²³⁵ ou non¹²³⁶.

1086. Au contraire, la clause abusive qui déséquilibre de manière significative le contrat au détriment du consommateur touche à l'étendue des droits et des obligations respectifs des parties, c'est-à-dire au *negotium* par opposition à *l'instrumentum*. À cet égard, il convient de bien distinguer les clauses illisibles ou non apparentes, dont le contenu reste ignoré du cocontractant, des clauses ambiguës ou incompréhensibles qui, seules, se réfèrent au *negotium* en ce qu'elles

¹²³⁰ Recomm n° 80-02 : BOSP, 15 mai 1980.

¹²³¹ Par. ex. en dernier lieu, Recomm n° 02-02 : BOCCRF, 30 mai 2002.

¹²³² Recomm. n° 80-05 : BOSP, 26 nov. 1980.

¹²³³ Recomm. n° 80-04 : BOSP, 17 oct. 1980.

¹²³⁴ Recomm. n° 02-02 : BOCCRF, 30 mai 2002.

¹²³⁵ Cass. V^e civ., 3 mai 1979 : Bull. civ. I, n° 128.

¹²³⁶ Cass. corn., 23 oct. 1984 : Bull. civ. IV, n° 279 ; adde LABARTHE F., La notion de document contractuel, LGDJ, 1994, n° 18 s. ; PAISANT G., De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation : in Mélanges Decottignies, PUG, 2003, p. 233 et s., spéc. n° 28.

laissent planer une incertitude sur le contenu des droits et obligations respectifs des parties et qui, pour cette raison, sont susceptibles d'être jugées abusives¹²³⁷.

1087. Précisément, une deuxième catégorie de recommandations positives apparaissent bien relatives au *negotium* quand elles préconisent l'insertion de clauses supplémentaires dans le contrat au motif que leur absence est de nature à préjudicier gravement aux intérêts des consommateurs¹²³⁸. Parmi de nombreux exemples de recommandations de ce type, on peut citer celle sur les contrats d'assurance « multirisques habitation »¹²³⁹ demandant l'insertion *des* clauses ayant pour objet ou pour effet « d'affirmer le droit pour l'assuré de choisir, en cas de diminution du risque, entre la résiliation du contrat et la réduction de prime » ou « d'imposer à l'assureur un délai d'une durée maximale de quatre mois à partir de la déclaration du sinistre pour présenter une offre d'indemnité à l'assuré ou à la victime ».

1088. Ces recommandations posent la question de savoir si elles restent bien dans les limites de l'article L. 534-2. Indiscutablement, elles tendent à des « modifications » contractuelles. Le professionnel qui voudrait les suivre serait inévitablement conduit à modifier le contenu de ses modèles de contrats. Mais les modifications préconisées ne présentent pas toujours les mêmes caractères. Ceux-ci varient en fonction des recommandations¹²⁴⁰.

1089. Enfin, parmi les recommandations négatives, cette fois-ci, il convient de mentionner celles qui tendent à la suppression de clauses illicites en vertu de telle ou telle disposition. Ainsi en est-il des clauses attributives de compétence territoriale ou d'attribution des juridictions ou de celles qui imposent au consommateur le paiement « de tous les frais et honoraires nécessaires au recouvrement des sommes dues »¹²⁴¹.

1090. Par souci de pédagogie et d'efficacité, la Commission dénonce régulièrement ce type de stipulations au motif que, maintenues dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, elles présentent un caractère abusif. Ce raisonnement n'est pas sans artifice car l'illicite et l'abusif ne devraient pas être confondus. Si toute clause jugée abusive au sens de l'article L. 132-1 est, pour cette raison, illicite et réputée non écrite, toute clause illicite n'est pas pour autant abusive. L'illicite déborde largement l'abusif du seul article L. 132-1¹²⁴².

¹²³⁷ C. consom., art. L. 132-1 al. 7 ; Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2001 : Bull. civ. I, n° 181 JCP G 2001, II, 10631, note PAISANT G..

¹²³⁸ PAISANT G., A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France, in Mélanges Béguin, Litec 2005, p.614

¹²³⁹ Recomm n° 85-04 : BOCC, 6 déc. 1985.

¹²⁴⁰ PAISANT G., A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France, in Mélanges Béguin, Litec 2005, p.614

¹²⁴¹ Pour un exemple récent, cf. Recommandation n° 02-02 relative aux formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples : BOCCRF, 30 mai 2002. 50. Cass. 1^{re} civ., 19 juin

¹²⁴² PAISANT G., préc.

1091. Enfin nous pouvons affirmer que, d'une manière générale, dans un souci d'efficacité pratique, la Commission des clauses abusives a fait le choix d'une interprétation non restrictive de sa mission principale consistant à émettre des recommandations.

b) Les variétés des recommandations

1092. Depuis sa création, la Commission des clauses abusives, jusqu'au 1^{er} juin 2012 a émis 72 recommandations¹²⁴³. Certaines d'entre elles ont une portée très générale, telle que, par exemple, celle relative à l'équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats et la durée dans les contrats¹²⁴⁴, celle relative aux clauses concernant les recours en justice¹²⁴⁵ ou encore celle concernant les délais de livraison¹²⁴⁶. D'autres se concentrent sur des contrats ayant un objet précis comme, par exemple, les contrats de révélation de succession¹²⁴⁷, de télésurveillance¹²⁴⁸, d'abonnement au câble et à la télévision à péage¹²⁴⁹, de dépôt-vente¹²⁵⁰ ou de radiotéléphones portables¹²⁵¹. D'autres encore ne visent qu'une clause particulière, comme la clause dite « de consentement implicite »¹²⁵². Enfin, il importe de signaler l'existence d'une recommandation de synthèse relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs¹²⁵³.

1093. La très grande majorité d'entre elles sont relatives à un type de contrat particulier ; par exemple, la location de locaux à usage d'habitation¹²⁵⁴, les contrats conclus avec les établissements hébergeant des personnes âgées¹²⁵⁵, ceux relatifs aux radiotéléphones portables¹²⁵⁶ ou les assurances de protection juridique¹²⁵⁷, ou, plus récemment ceux relatifs aux contrats de vente mobilière conclue par internet¹²⁵⁸ ou encore aux contrats proposés par certains établissements hébergeant des personnes âgées et non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale¹²⁵⁹.

¹²⁴³ www.clause-abusives.fr

¹²⁴⁴ Recomm. CCA n° 81-01 du 25 nov. 1980, BOCCRF 16 janv. 1981

¹²⁴⁵ Recomm. CCA n° 79-02 du 30 janv. 1979, BOSP 13 juin

¹²⁴⁶ Recomm. CCA n° 80-06 du 28 oct. 1980, BOCCRF 26 nov.

¹²⁴⁷ Recomm. CCA n° 96-03 du 20 sept. 1996, BOCCRF 6 nov.

¹²⁴⁸ Recomm. CCA n° 97-01 du 24 avr. 1997, BOCCRF 11 juin

¹²⁴⁹ Recomm. CCA n° 98-01 du 15 oct. 1998, BOCCRF 31 déc.

¹²⁵⁰ Recomm. CCA n° 99-01 du 18 févr. 1999, BOCCRF 31 mars

¹²⁵¹ Recomm. CCA n° 99-02 du 28 mai 1999, BOCCRF 27 juill.

¹²⁵² Recomm. CCA n° 94-01 du 19 juin 1987, BOCCRF 27 sept. 1994

¹²⁵³ Recomm. CCA n° 91-02 du 23 mars 1990, BOCCRF 6 sept. 1991

¹²⁵⁴ Recomm. CCA n° 80-04 : BOSP, 17 oct. 1980.

¹²⁵⁵ Recomm. n° 85-03 : BOCCRF, 9 nov. 1985

¹²⁵⁶ Recomm. n° 99-02 : BOCCRF, 27 juill. 1999-

¹²⁵⁷ Recomm. n° 02-03 : BOCCRF, 30 mai 2002.

¹²⁵⁸ Recomm. n° 07-02 : BOCCRF, 24 dec 2007.

¹²⁵⁹ Recomm. n° 07-02 : BOCCRF, 23 avril 2008.

1094. La pratique des recommandations à portée générale ne soulève pas d'objections particulières au regard des textes qui définissent les attributions de la Commission, du moment que ces recommandations se fondent bien sur des « modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs cocontractants non professionnels ou consommateurs »²⁷. Elle se veut la préfiguration, au moment où elles sont émises, de ce que pourraient être des interdictions prises par décret.

1095. M. Ghestin a essayé de dresser une typologie des recommandations émises pendant les vingt premières années de fonctionnement de la Commission¹²⁶⁰. Une recommandation de synthèse n° 91-02 du 23 mars 1990, publiée le 6 septembre 1991¹²⁶¹, semble plus particulièrement importante, même si elle a été publiée avant la réforme de 1995. Ainsi que la remarque P. Jourdain, dans ses recommandations¹²⁶², la Commission des clauses abusives cherche si l'équilibre contractuel est réalisé entre le professionnel et le consommateur, notamment en ce qui concerne le consentement de ce dernier, et les abus de pouvoir du professionnel soit dans la formation du contrat soit dans son exécution.

1096. Concernant la question de la normativité des recommandations de la Commission des clauses abusives, nous pouvons résumer, empruntant partiellement la formule à L. Leveneur, que les recommandations de la Commission n'ont pas une normativité de droit mais une normativité de fait¹²⁶³.

1097. En revanche, les recommandations de la Commission des clauses abusives constituent pour tous, y compris pour les magistrats, des références que l'on pourrait qualifier de « normes non contraignantes ». Selon Ch. Brasseur « les juridictions, qui n'ont pas besoin de la Commission, se servent largement des travaux de celle-ci sans en être prisonnières »¹²⁶⁴. C'est ainsi que le Tribunal de grande instance de Mâcon déclare : « pour apprécier le caractère abusif de certaines clauses, le tribunal ne peut que s'en rapporter à la recommandation n° 85-01 de la Commission des clauses abusives »¹²⁶⁵. Quant à la Cour d'appel de Lyon, sans être aussi explicite, elle n'en fait pas moins référence à ces recommandations en disant : « Attendu que certaines clauses du contrat sont contraires à la recommandation faite par la Commission des clauses abusives publiée le 15 mai 1987 dans le BOSP concernant les clauses abusives insérées

¹²⁶⁰ GHESTIN J., Les recommandations de la Commission, in La protection des consommateurs contre les clauses abusives : Rev. conc. consom. sept.-oct. 1998, n° 105, p. 14. ; PAISANT G., À propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France, in Droit et Actualité : Études J. Béguin, Litec, 2005, p. 605

¹²⁶¹ BOCC 6 sept. 1991, p. 271

¹²⁶² JOURDAIN P., La doctrine de la Commission, in La protection des consommateurs contre les clauses abusives : Rev. conc. consom. sept.-oct. 1998, n° 105, p. 23

¹²⁶³ LEVENEUR L., La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations : Journées nationales de l'association H. Capitant, t. 1, 1997, p. 155

¹²⁶⁴ BRASSEUR Ch., Le juge et la Commission des clauses abusives : une nouvelle articulation, in Les clauses abusives dans les contrats de consommation : INC Hebdo 1997, n° 105, p. 44

¹²⁶⁵ TGI Mâcon, 25 févr. 1991 : RJDA 1991, n° 154

dans les contrats de location d'emplacement destinés à l'affichage publicitaire »¹²⁶⁶. Pour Ph. Darrieux, « les recommandations de la Commission des clauses abusives vont donc être utilisées comme un corpus qui vient compléter les dispositions des articles L. 132-1 et suivants du Code de la consommation [(...) la commission est] un auxiliaire du juge »¹²⁶⁷.

1098. Enfin, les recommandations de la Commission des clauses abusives exercent une influence sensible sur le législateur. Ainsi, ce dernier s'en est inspiré lors de l'élaboration des lois sur les agences matrimoniales¹²⁶⁸, sur l'assurance multirisque habitation¹²⁶⁹. De même, l'article L. 114-1 du code de la consommation est directement inspiré de la recommandation n° 80-06 du 28 octobre 1980. Il est de bonne politique législative de se reporter, avant de légiférer dans un domaine touchant aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs, aux travaux de l'organe censé réfléchir sur ces questions.

2 – Les avis

1099. La Commission des clauses abusives a également pour mission de rendre des avis. Elle est saisie à cet effet par le gouvernement, lorsque celui-ci souhaite prendre un décret en Conseil d'État **(a)**. Elle peut aussi être saisie pour avis par une juridiction lorsque, à l'occasion d'une instance, le caractère abusif d'une clause est soulevé **(b)**.

a) Les projets de décret d'interdiction

1100. Afin de déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives par les juges, conformément à l'art. L. 132-1, al. 2 du Code de la consommation, la Commission est saisie à cet effet par le gouvernement lorsque celui-ci souhaite prendre un décret en Conseil d'État. Mais, compte tenu de la très faible activité du gouvernement en la matière, la Commission n'a pas eu souvent l'occasion de rendre ce genre d'avis.

1101. C'est ainsi que, dès le 14 février 1978, celle-ci rendait un avis sur le projet qui allait devenir le décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant interdiction de trois types de clauses¹²⁷⁰. La pratique gouvernementale a élargi les cas de saisine pour avis aux projets de dispositions -

¹²⁶⁶ CA Lyon, 28 nov. 1991 : Contrats, conc. consom. 1992, comm. 240

¹²⁶⁷ DARRIEUX Ph. , Le regard des juges sur la Commission des clauses abusives, in La protection du consommateur contre les clauses abusives : Rev. conc. consom, sept.-oct. 1998, n° 105, p. 38)

¹²⁶⁸ L. n° 89 du 23 juin 1989

¹²⁶⁹ L. 31 décembre 1989

¹²⁷⁰ Rapport d'activité de la Commission pour l'année 1978 : BOSP, 13 juin 1979, p.168 et s.

législatives ou réglementaires - se rapportant plus ou moins directement au domaine des clauses abusives ou plus spécifiquement à la Commission des clauses abusives elle-même¹²⁷¹.

1102. Le premier exemple de cette extension concerne une demande formulée en 1978 par Mme Scrivener au sujet d'un projet d'arrêté fixant les conditions générales de « vente » et régissant les rapports entre les agents de voyage et leur clientèle. Cette demande a donné lieu à un avis de la Commission en date du 25 avril 1978¹²⁷². Dans le même esprit, en 1986, la saisine gouvernementale portait un projet de décret relatif à la seule « présentation » des écrits constatant les contrats de garantie et de service après-vente d'appareils d'équipement ménager et d'électronique¹²⁷³.

1103. Toujours dans un sens extensif parce que ne se rapportant pas à des projets de décret d'interdiction, mais touchant cette fois-ci directement aux clauses abusives, la Commission a été sollicitée pour avis préalablement à l'adoption de la loi de transposition du 1er février 1995¹²⁷⁴ qui faisait suite à la directive du 5 avril 1993. Dans le même ordre d'idées, par lettre du 9 novembre 1990, Mme Neiertz, alors secrétaire d'Etat chargée de la consommation, demandait à la Commission de « réfléchir sur le rôle qui pourrait être le sien dans un environnement juridique en mutation en ce qui concerne tant le droit européen que le droit national ». Cette sollicitation a donné lieu à une réponse le 22 mars 1991¹²⁷⁵. Dans celle-ci, la Commission préconisait, notamment, la faculté pour le juge de la saisir pour avis à l'imitation de ce qui était pratiqué dans d'autres instances comparables, comme la Commission des opérations de bourse ou le Conseil de la concurrence. Cette suggestion allait précisément être retenue par le décret n° 93-314 du 10 mars 1993.

1104. Aussi bien, le 24 octobre 2008, sans exposé des motifs, la Commission a été saisie par le gouvernement sur le décret, qui, trouve son origine dans l'article 86 de la Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui réforme les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Le 13 novembre 2008 la Commission a adopté un avis détaillé¹²⁷⁶, étant annexé du rapport d'activité de la Commission des clauses abusives pour 2008¹²⁷⁷.

¹²⁷¹ PAISANT G., A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France, in Mélanges Béguin, Litec 2005, p.614

¹²⁷² Cf. rapp. précit., p. 169-170

¹²⁷³ Rapp. d'activité 1986 : BOCCRF, 2 oct. 1987, p. 280.

¹²⁷⁴ Rapp. d'activité 1994 : BOCCRF, 30 mai 1995, annexe 5.

¹²⁷⁵ BOCCRF, 8 mai 1991, p. 120 s.

¹²⁷⁶ Avis adopté par la Commission le 13 novembre 2008 sur le rapport de M. PAISANT G. et de Mme DAVO H..

¹²⁷⁷ Rapport d'activité de la Commission des clauses abusives pour 2008, <http://www.clauses-abusives.fr/activ/index.htm>

b) La demande d'un juge

1105. Le décret n° 93-314 du 10 mars 1993¹²⁷⁸ a confié la fonction à la Commission d'être saisie pour avis par une juridiction lorsque, à l'occasion d'une instance, le caractère abusif d'une clause est soulevé (l'article R.534-4 du Code de la consommation). Ainsi, toute juridiction, même une cour d'appel, pourrait solliciter l'expertise de la Commission. La discussion rendue à cette fin n'est pas susceptible de recours et la Commission dispose d'un délai de trois mois à compter de sa saisine pour émettre son avis. Naturellement, cet avis ne lie pas le juge qui reste maître de son appréciation.

1106. Cette procédure présente d'autant plus d'intérêt que, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1991¹²⁷⁹, le juge s'est reconnu le pouvoir de déclarer une clause abusive, et, par voie de conséquence, de la tenir pour non écrite, alors même qu'elle n'aurait fait l'objet d'aucun décret d'interdiction. Un des intérêts assignés à ce système était de « favoriser une certaine harmonisation de la jurisprudence »¹²⁸⁰.

1107. Il n'est pas contestable qu'une possible collaboration entre le juge et la commission puisse avoir lieu. On a même pu dire que le rôle de cette commission était sensiblement équivalent à celui d'un expert¹²⁸¹. Il est plus exact de qualifier la Commission des clauses abusives de nouveau rescrit¹²⁸². En donnant un avis sur l'interprétation ou l'application d'une norme, elle caractérise la technique du rescrit. Doit-on ajouter à l'instar de certaines formes de rescrit¹²⁸³ que s'il y a avis, il est un peu plus qu'un avis. En effet, la mission de la Commission des clauses abusives qui en théorie a un rôle purement consultatif jouit en pratique d'une autorité morale, même de droit de cité dans l'ordonnancement juridique¹²⁸⁴, car elle porte une appréciation juridique sur des clauses contractuelles.

¹²⁷⁸ L'art. 4 du décret devenu R.132-6 du code de la consommation; KUHNMUNCH O., La commission des clauses abusives et ses attributions, Rev. Conc. Consom. sept. oct. 1998, spéc. p 12 et 13.

¹²⁷⁹ Bull. civ. I, n° 153; D. 1991, 449, note GHESTIN J.; JCP G 1991, II, 21763, note PAISANT G.; Contrats, conc. consom. juill. 1991, n° 160, obs. LEVENEUR L; Defrénois 1991, p. 1268, obs. AUBERT J-L.; RTD civ. 1991, p. 526, obs. MESTRE J.; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, 12e éd. Dalloz, 2000, p. 95, obs. TERRE Fr. et LEQUETTE Y.

¹²⁸⁰ PAISANT G., A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses absuives en France, in Mélanges Béguin, Litec 2005, p.613

¹²⁸¹ DANGLEHANT C., art. préc. ALD 1995, p 133 ; KARIMI A., Les modifications des dispositions du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, Petites Affiches 5 mai 1995, n° 54, p10 ; JO sénat, CR 15 nov. 1994, p 5557 ; AN, CRAO, 1 re séance du 10 janv. 1995, p 2.

¹²⁸² JAMIN Ch., RTD civ. 1995, p 440 ; sur un plan plus général, OPPETIT B., La résurgence du rescrit, D. 1991, chron., p 105 et s..

¹²⁸³ OPPETIT B., préc.

¹²⁸⁴ Expression de KUHNMUNCH O., Le dispositif d'élimination des clauses abusives : les nouvelles donnes, Rev. conc. consom. 1992, n° 65, p 25.

1108. La loi du 1^{er} février 1995 n'a pas touché à ce rôle de rescrit de la Commission¹²⁸⁵. Au contraire, elle la renforce indirectement en choisissant de confirmer le pouvoir du juge dans la suppression des clauses abusives. Il faut noter que l'association prévue maintenant par la partie réglementaire du Code de la consommation entre juge et commission est toujours au stade embryonnaire et ne connaît qu'un succès relatif.

1109. La reconnaissance au juge du pouvoir de déclarer abusive une clause peut alors faire espérer que l'association entre le juge et la commission aborde un virage plus heureux et ce, pour plusieurs raisons :

- *Primo*, à l'heure actuelle, on peut constater que de plus en plus de juges du fond tiennent compte des recommandations de la Commission des clauses abusives et les citent même dans leurs décisions¹²⁸⁶.

- *Secundo*, une telle association a des atouts.

1110. On voit mal alors comment des juges surchargés pourront supporter une telle recherche et ne pas se servir des travaux réalisés par cette Commission y compris sous la forme du rescrit. Il y aurait beaucoup de naïveté à croire que les juges du fond puissent avant toute décision concernant les clauses abusives se dispenser du « fonds documentaire » des recommandations et surtout rejeter l'aide de cette Commission dans les cas complexes. Ou alors faudra-t-il en déduire un corporatisme judiciaire attaché à ses prérogatives... sans partage ? Nous ne le pensons pas d'autant que les méthodes alternatives de règlement des litiges et une déjudiciarisation existent. A cet égard, on peut citer les commissions de règlement des litiges de consommation - CRLC - qui mettent en œuvre une procédure de conciliation de type paritaire. On peut aussi songer au développement de la médiation et de l'assurance protection juridique. En bref, la contrainte budgétaire ne permet plus de traiter toutes les affaires avec la même sophistication procédurale et on assiste à une dualisation de la justice, l'une traitant les affaires hors le juge et l'autre avec le juge. Les juges en ont pleinement conscience.

1111. En outre, l'association du juge et de la Commission des clauses abusives permet justement une autre logique - non marchande - et prône en définitive une adaptation du service public de la justice selon l'enjeu. Nous pensons que l'atteinte au contenu des contrats par le droit des clauses abusives est suffisamment grave pour que le juge soit présent. Il faut donc ne pas avoir moins de justice en ce domaine mais plus et mieux.

¹²⁸⁵ GHESTIN J. et MARCHESSAUX-VAN MELLE I., L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995, JCP 1995, éd. G, I, 3854 et E, I, 481, spéc. n° 19.

¹²⁸⁶ CA Paris 21 nov. 1996, préc. ; Sur un bilan, BRASSEUR C., Le juge et la Commission des clauses abusives : une nouvelle articulation, in Actes de la journée d'études du 21 mars 1997 tenue à Reims sur Les clauses abusives dans les contrats de consommation, INC Hebdo, 12 déc. 1997, n° 1015, p 44 et s.

1112. Puis, cette association assurerait surtout une meilleure sécurité contractuelle. Si nous avons déjà dit que l'avis de la Commission ne lie pas le juge ainsi d'ailleurs que les recommandations (la Cour de Cassation n'a pas manqué de le rappeler en plusieurs reprises), le juge qui sollicite cette Commission se range le plus souvent à la position de cette dernière¹²⁸⁷.

1113. On peut penser le contraire et constater que « le potentiel d'intervention du juge par le canal d'une clause abusive est impressionnant au vu du nombre des recommandations émises par la Commission des clauses abusives »¹²⁸⁸. Au lieu d'assurer une sécurité contractuelle, le poids de cette Commission (simplement administrative) peut constituer une menace pour le contrat si le juge ne se borne pas à appliquer le standard juridique de la clause abusive à des clauses particulières.

1114. C'est oublier que la Cour de Cassation maintient un contrôle constant sur la notion de clause abusive malgré le risque dans ce domaine de se transformer en troisième degré de juridiction¹²⁸⁹. Ainsi à l'inverse de la recommandation n° 85-04 de la Commission des clauses abusives¹²⁹⁰ qui préconise l'élimination de la clause déclarant que le consommateur a pris connaissance des conditions générales de vente et les accepter dans toute leur teneur, la Cour de Cassation a considéré que cette clause « ne révélait pas un abus de puissance économique de l'assureur et ne lui conférait aucun avantage excessif »¹²⁹¹. De même, plusieurs clauses du contrat Pastel de France Télécom n'ont pas été jugées abusives par la Haute juridiction alors que la Commission des clauses abusives les avait fustigées¹²⁹². Il y a donc non pas soumission du juge à la Commission des clauses abusives mais partenariat ; la Commission a seulement un rôle tantôt de jurisconsulte (dans ses recommandations), tantôt de rescrit (lorsqu'elle donne un avis à un juge)¹²⁹³.

1115. En conclusion, nous devons reconnaître que la place du juge dans le dispositif de la lutte contre les clauses abusives apparaît essentielle. Nous pensons que ce pouvoir doit rester un pouvoir judiciaire autonome parce qu'il touche gravement au droit des contrats. De toute façon,

¹²⁸⁷ Dans son arrêt du 13 nov. 1996, la première chambre civile de la Cour de Cassation dispose que les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie à la cassation. V. Dalloz Affaires 1997, p 46

¹²⁸⁸ MAZEAUD D., Le juge face aux clauses abusives, in Le juge et l'exécution du contrat, PU Aix, 1993, p 36.

¹²⁸⁹ PAISANT G., D. 1995, chron., p 105, n° 30

¹²⁹⁰ Recomm. n° 85-04, BOSP 6 fév. 1985.

¹²⁹¹ Cass. 1re Civ. 10 avril 1996, Contrats, Conc, Consom. juin 1996, n° 113, comm., RAYMOND G..

¹²⁹² Cass. 1re Civ; 13 nov. 1996, préc. ; comp. Cass. 1re civ. 17 mars 1998, Contrats, Conc, Consom. juillet 1998, n° 104, comm. RAYMOND G., arrêt qualifiant d'abusives une clause qui impose au preneur de s'assurer contre les risques de perte et de détérioration du véhicule y compris par force majeure clause ne figurant pas dans la liste de la recommandation n° 96-02 du 14 juin 1996 de la CCA et Cass. 1re civ. 7 juillet 1998, Dalloz Affaires 1998, p 1389, arrêt de rejet qui ne retient pas le caractère abusif des clauses imposant à l'assuré de prouver lorsque le vol a eu lieu sans effraction qu'il a été commis par escalade, usage de fausses clés ou introduction clandestine.

¹²⁹³ Conformément aussi Cass 1^{re} Civ. 1^{er} février 2005 qui valide la clause de conciliation préalable pourtant considérée comme abusive par la Commission des clauses abusives.

la lutte judiciaire contre les clauses abusives ne peut réellement s'effectuer que si le juge a connaissance des abus contractuels les plus graves.

3 – Les rapports annuels

1116. En vertu de l'art. L. 534-3 du Code de la consommation, chaque année, la Commission des clauses abusives établit un rapport rendant compte de son activité et proposant éventuellement les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables. Ce rapport, qui est l'objet d'une publication, permet au public de connaître précisément les travaux de la Commission et leurs orientations.

1117. Jusqu'à présent la Commission a rendu 32 rapports sur son activité. Selon le rapport, du 2011¹²⁹⁴, la Commission s'est réunie 11 fois cette année là. Au cours de ces réunions, plus de 240 contrats ont été examinés. Au cours de l'année 2011, la Commission a adopté une recommandation n° 11-01 sur les contrats de syndicat de copropriété¹²⁹⁵. Durant cette même année, la Commission a poursuivi l'analyse des contrats de services à la personne en adoptant son rapport, en auditionnant les professionnels et en commençant à rédiger le projet de recommandation.

1118. Aussi bien, la Commission a initié plusieurs propositions de modifications législatives ou réglementaires et notamment en constatant que les contrats de fourniture de « vols secs » conclus par internet ne sont pas soumis à la responsabilité de plein droit instituée par l'article L. 211-17 du Code du tourisme, la Commission avait demandé l'extension aux prestations de transport de la garantie de plein droit de l'article L. 211-17.

1119. En outre, la Commission demande une clarification de la rédaction du second alinéa de l'article L. 121-26 du Code de la consommation (« Toutefois, la souscription à domicile d'abonnement à une publication quotidienne et assimilée, au sens de l'article 39 bis du Code général des impôts, n'est pas soumise aux dispositions de l'alinéa précédent (relatif à l'interdiction de percevoir du consommateur une contrepartie quelconque avant l'expiration du délai de réflexion) dès lors que le consommateur dispose d'un droit de résiliation permanent, sans frais ni indemnité, assorti du remboursement, dans un délai de quinze jours, des sommes versées au prorata de la durée de l'abonnement restant à courir. » Le texte n'indique pas clairement si le droit de résiliation permanent auquel il fait référence est donné par la loi ou s'il résulte du contrat.

¹²⁹⁴ Rapport d'activité pour l'année 2011

¹²⁹⁵ Recomm. n° 11-01 du 26 avril 2004

1120. Plus précisément, les différentes propositions de réforme émises par la Commission peuvent, pour l'essentiel, être réparties en quatre catégories. Dans une première catégorie, la Commission a pu souhaiter le développement de certaines pratiques contractuelles, voire en rendre certaines obligatoires comme, par exemple, celle consistant à remettre des formulaires de contrats ou conditions générales de vente à toute personne qui en ferait la demande¹²⁹⁶. Cette proposition fait d'ailleurs désormais partie intégrante du droit positif français¹²⁹⁷.

1121. Dans une deuxième catégorie, la plus nombreuse, figurent les propositions de modification du régime de divers contrats spéciaux (vente, transports, construction de maisons individuelles, assurance ...).

1122. Une troisième catégorie de propositions porte sur le renforcement des interdictions relatives aux clauses abusives. Il est alors demandé aux pouvoirs publics d'interdire un certain nombre de clauses en raison de leur caractère abusif. La proposition la plus élaborée en ce sens a été exprimée par le rapport d'activité de l'année 2001¹²⁹⁸. Elle comprend une liste de douze stipulations correspondant aux « abus les plus courants et les plus manifestes » en s'inspirant des exemples fournis par le droit comparé et la liste annexée à la directive du 5 avril 1993. Les clauses dénoncées sont aussi bien relatives à la formation et au contenu du contrat qu'à son exécution ou son inexécution ou encore aux litiges qui en résultent.

1123. Enfin, dans une quatrième catégorie, on trouve des propositions de réforme relatives à la Commission elle-même, à sa composition, son fonctionnement ou ses recommandations. Par exemple, dans son rapport pour l'année 1979, elle demandait l'augmentation des moyens mis à sa disposition tandis que, dans ceux des années 1981 et 1982, elle exprimait le souhait de pouvoir désigner expressément tout professionnel qui proposerait aux consommateurs des contrats contenant des clauses qu'elle dénonce.

1124. Dès son premier rapport, en 1978, elle sollicitait aussi un accroissement de ses attributions en souhaitant être associée à l'élaboration de contrats types à l'usage des consommateurs. Trente-trois ans après, cette question de l'extension du rôle de la Commission est plus que jamais d'actualité compte tenu de la persistance des pratiques contractuelles « malsaines »¹²⁹⁹ auxquelles le législateur de 1978 entendait déjà mettre un terme¹³⁰⁰.

¹²⁹⁶ Rapport d'activité 1979.

¹²⁹⁷ C. consom., art. L. 134-1.

¹²⁹⁸ BOCCRF, 30 mai 2002.

¹²⁹⁹ Projet de loi précit. note 9, p. 7.

¹³⁰⁰ PAISANT G., A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France, in Mélanges Béguin, Litec 2005, p.614

§ 2nd – La Commission d’examen des contrats types en République de Moldova

1125. La Commission d’examen et de coordination des contrats types de la République de Moldova est rattachée au ministre de l’économie **(A)**, avec la mission d’examiner les contrats types présentés obligatoirement par les professionnels (avec position dominante sur le marché), pour déterminer s’ils contiennent des clauses abusives ou non **(B)**

A) – Ses caractéristiques

1126. Dans le but d’exécuter les prévisions de l’art. 4 de la loi n° 105 - XV du 13 mars 2003 sur la protection des consommateurs, qui régleme expressément la question des clauses abusives, le ministère de l’économie, organe central chargé de la protection des consommateurs, par l’ordonnance n° 67 du 19.08.2008, a créé, pour la première fois, une Commission, semblable à celle existante en France, chargée d’examiner et de coordonner les contrats types conclus avec les consommateurs et les professionnels.

1127. Plus tard, après la réorganisation du Gouvernement, y compris du ministère de l’économie et du commerce, par le décret n° 31 du 22 février 2010¹³⁰¹, la Commission compétente pour l’examen et la coordination des contrats types conclus avec les consommateurs par des professionnels qui sont reconnus comme ayant une position dominante sur le marché, a vu ses pouvoirs modifiés. Son champ d’intervention a été limité aux contrats soumis à l’approbation obligatoire.

1128. Par les dernières modifications apportées à la loi n° 105 - XV du 13 mars 2003¹³⁰², suite aux recommandations des experts de l’Union européenne, à partir du 1^{er} janvier 2012 la Commission a cessé son activité. Dans la note informative de ceux-ci, il est expliqué que « les professionnels, dans leurs activités, ne doivent pas supporter des frais supplémentaires et ils ne doivent pas être obligés de soumettre leurs contrats à une commission, les avis de celle-ci ayant un caractère de recommandation. Ces barrières juridiques doivent être enlevées et les intérêts économiques des consommateurs seront protégés par le contrôle direct de l’Agence de protection

¹³⁰¹ L’ordonnance du ministère d’économie n°31 du 22.02.2010 pour la création de la Commission pour l’examen et la coordination des contrats types conclus avec les consommateurs par les professionnels, qui sont reconnus ayant une position dominante sur le marché (Monitorul Oficial 36/139, 16.03.2010)

¹³⁰² La réforme consumériste du 2011 : la loi nr.140 du 28 juillet 2011 pour la modification de la Loi n°105 sur la protection des consommateurs (Monitorul Oficial, 2011, nr.146(3942), art.446)

des consommateurs pour le respect de la Loi des clauses abusives»¹³⁰³. La suppression de la Commission est la décision du pouvoir exécutif suite à la nouvelle politique consumériste du Ministère de l'économie qui a comme but immédiat de transposer la directive sur les clauses abusives et en même temps de respecter les prévisions de la loi sur l'impact de la réglementation de l'activité des professionnels en République de Moldova¹³⁰⁴.

1129. Aux travaux de la Commission, selon le cas, devaient être présents des spécialistes liés au ministère de l'économie et des entreprises et autres spécialistes des autorités de l'administration publique centrale, des représentants d'associations pour la protection des consommateurs, les entreprises et les représentants des fournisseurs de services.

1130. Conformément au paragraphe 4 du Règlement de la Commission pour l'examen et la coordination des contrats¹³⁰⁵, la Commission examinait les contrats types présentés par les professionnels dans un délai maximum de 30 jours ouvrables de la date de leur présentation. L'objectif de la Commission était de vérifier la clarté du contrat, pour la compréhension duquel des connaissances spéciales, ne sont pas nécessaires; de supprimer dans le contrat les stipulations qui peuvent contenir des clauses abusives, et d'écartier tout éventuel déséquilibre contractuel entre les droits et obligations des parties.

1131. La Commission se réunissait suite aux convocations du président ou à la demande de la majorité (1/2 des membres de la Commission +1). Après le résultat de l'examen des contrats types, la Commission avait le droit de décider, après un avis positif sur la coordination du contrat, de le soumettre au professionnel pour être corrigé et complété conformément aux objections des membres de la Commission.

1132. Lorsque les actes législatifs et réglementaires concernant le contrat type sont modifiées, le professionnel doit introduire les changements nécessaires dans le contrat type coordonné et de le fournir corrigé à la coordination à la Commission.

¹³⁰³ La note informative sur le projet de la Loi des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, présentée par le Ministère de l'économie dans le Parlement, www.parlament.md/LegislationDocument.

¹³⁰⁴ C'est une loi élaborée par les experts de l'Union européenne qui a comme objet d'enlever les barrières dans l'activité des professionnels de la République de Moldova :

¹³⁰⁵ Annexe nr. 2 de l'ordonnance du ministère d'économie n° 31 du 22.02.2010 pour la création de la Commission pour l'examen et la coordination des contrats types conclus avec les consommateurs par les professionnels, qui sont reconnus ayant une position dominante sur le marché (Monitorul Oficial 36/139, 16.03.2010)

B) – Son rôle en matière de clauses abusives

1133. La pratique de la Commission a montré que la majorité des contrats soumis à l'approbation contient des clauses abusives introduites expressément par les professionnels¹³⁰⁶. Le 28 juillet 2011, l'article 4 alin.(6) de la Loi sur la protection des consommateurs qui réglementait l'approbation obligatoire des contrats (types) par la Commission spécialisée du ministère de l'économie, a été abrogée avec la mise en œuvre du 1^{er} janvier 2012¹³⁰⁷. Ainsi, à partir de 2012 toutes les entreprises ayant une position dominante sur le marché, y compris celles en position de monopole seront exonérées de l'obligation de coordonner les contrats (types) auprès de la Commission, laissant en ce sens une lacune dans le domaine du contrôle des clauses abusives par l'organisme administratif.

1134. Selon les spécificités de chaque pays et le niveau de conscience des droits des consommateurs, l'expérience française caractérisée par une longue tradition dans ce domaine, démontre que chaque pays doit avoir une commission administrative en matière de clauses abusives. Toutefois, en République de Moldova il doit y avoir une Commission spécialisée chargé d'évaluer les clauses abusives. Initialement, le législateur moldave correctement a introduit dans l'article 4, alin.(6) de la Loi sur la protection des consommateurs, la compétence et les fonctions de la Commission de coordination des contrats types, et les a institué comme un moyen ingénieux de protection des intérêts économiques des consommateurs. Actuellement, l'abrogation de l'article 4, alin.(6) représente un échec du système moldave, qui même dans ce contexte, exécute difficilement les tâches nécessaires pour la protection des consommateurs contre les clauses abusives.

1135. Inspiré de l'exemple du droit français, le système du droit moldave, pourrait, de *lege ferenda*, proposer la création, sous le contrôle de l'Agence pour la Protection des Consommateurs, d'une Commission sur les clauses abusives, en tant qu'un organe consultatif indépendant, composé de représentants des organes spécialisés de l'administration publique centrale, de représentants des professionnels et des représentants des consommateurs. Ainsi, elle devra avoir une structure tripartite afin d'adopter les meilleures mesures contre les clauses abusives.

1136. Synthèse comparative sur le fonctionnement de deux Commissions. Ces différentes missions confèrent à la Commission française des clauses abusives un rôle d'expertise purement

¹³⁰⁶ Spécialement concernant les contrats types sur la l'eau potable et le gaz naturel, qui varient à chaque région administrative de la Moldova

¹³⁰⁷ La loi n°140 du 28 juillet 2011 pour la modification de la Loi n°105 sur la protection des consommateurs (Monitorul Oficial, 2011, nr.146(3942), art.446),

consultatif ou incitatif¹³⁰⁸. Le législateur de 1978 l'a instituée dans un but de prévention¹³⁰⁹. Plutôt que de chercher à imposer l'usage de contrats types dont la généralisation pourrait contrarier la souplesse nécessaire à la vie des affaires, il a été choisi d'inciter les professionnels à cesser d'intégrer dans leurs modèles de contrats des clauses contestables en les exposant au risque de la nullité et donc de l'insécurité juridique¹³¹⁰. Les espoirs placés dans ce dispositif de prévention apparaissent alors d'autant plus grands que, dans le même temps, le législateur avait marginalisé¹³¹¹ le juge dans la lutte contre les clauses abusives des contrats en subordonnant son pouvoir d'éradication à l'existence d'un décret spécifique d'interdiction¹³¹². Il faut reconnaître que trente-trois ans plus tard, alors pourtant que le rôle du juge s'est accru, les clauses abusives restent bien vivaces dans des modèles de contrats toujours plus nombreux.

1137. En comparaison avec la France, en Moldova, conformément à l'article 4 alin.(6) de la Loi sur la protection des consommateurs, les professionnels, avant de proposer la conclusion des contrats types aux consommateurs, étaient tenus de les présenter devant la Commission d'examen et de coordination. Mais, le domaine d'activité de la Commission moldave était plus limité, car il se référait seulement aux contrats types rédigés par les professionnels qui détiennent une situation dominante sur le marché (par exemple dans le secteur énergétique, de communication, de distribution de l'eau etc). Mais, il faut mentionner que par la Loi nr.140 du 28 juillet 2011, avec sa mise en application du 1^{er} janvier 2012, cette procédure a été modifiée. Notamment l'article 4 alin.(6) a été abrogé, de sorte que les grands professionnels soient exonérés de l'obligation de coordonner les contrats types qu'ils envisagent de proposer aux consommateurs, qui enfin les signent sans avoir la possibilité de les négocier, car les produits proposés sont considérés comme étant indispensables à leur confort quotidien.

1138. Dans la mesure où cette norme a été exclue par la Loi et n'a pas été transférée dans le projet de Loi sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹³¹³, nous notons avec regret que l'auteur de l'initiative a omis intentionnellement cette disposition. Dans la note d'information du ministère de l'économie au projet de loi, il est indiqué que cette coordination obligatoire des contrats types constituait une barrière administrative dans le cadre de l'activité du professionnel. La surveillance de la légalité de tous les contrats d'adhésion, à

¹³⁰⁸ PAISANT G., A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France, in Mélanges Béguin, Litec 2005, p.606

¹³⁰⁹ Projet de loi sur la protection et l'information des consommateurs : Doc. Sénat n° 306 2e sess ord. 1976-77, p. 7-8.

¹³¹⁰ Rapp. Proriot : Doc. Sénat n° 376, 2e sess., ord. 1976-77, p. 42.

¹³¹¹ Le mot est de GRIDEL J.-P., Remarques de principe sur l'article 33 de la loi n° 78-23 du 10 janvier relatif à la prohibition des clauses abusives : D. 1984 chron p 153 et s

¹³¹² Loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, art. 35.

¹³¹³ Le projet de Loi sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs a été approuvé par la décision du Gouvernement nr 650 du 01.09.2011 (Monitorul Oficial, 2011, nr.147(3943), art.720);

partir du 1^{er} janvier 2012, est désormais la mission de l'Agence pour la Protection des Consommateurs¹³¹⁴.

1139. Dans ce contexte, nous pouvons conclure que, par cette modification le ministère de l'économie, a, d'une part, réalisé, intentionnellement une suppression d'une de ses importantes missions devant les consommateurs, et notamment de prévention des clauses abusives dans les contrats conclus avec professionnels, et d'autre part, a mis en échec les consommateurs. La Commission pour l'examen et la coordination des contrats-type, par son travail, cependant, assurait une qualité appropriée aux contrats-types en soumettant un ensemble d'exigences bien définies et fermement appliquée à tous les professionnels, prenant en considération que le but d'une économie concurrentielle est de satisfaire le consommateur.

1140. Inévitablement, la question se pose de savoir si, la création d'une Commission des clauses abusives, selon l'exemple français¹³¹⁵, est en mesure de jouer un rôle actif et effectif dans la protection contractuelle des consommateurs moldaves. Bien sûr, la réponse est affirmative, car les pratiques contractuelles d'aujourd'hui montrent en effet que, sur le marché moldave, la plupart des professionnels proposent aux consommateurs des contrats de consommation assortis de clauses abusives, de sorte qu'une liste des recommandations de la Commission est nécessaire au système de droit moldave, même si celles-ci ne doivent présenter aucun caractère normatif.

1141. Et, les juges, y compris la Cour de cassation, pourront s'inspirer de ses travaux, leurs décisions pouvant être motivées lorsqu'est envisagé l'élimination des clauses abusives compte tenu des réticences des consommateurs individuels à s'adresser aux tribunaux et au nombre restreint d'actions collectives engagées par les associations agréées.

¹³¹⁴La loi sur la modification des certains actes législatifs n°140 du 28 juillet 2011 (Monitorul Oficial, 2011, nr.146 (3942), art.446)

¹³¹⁵ Même s'il y avait toujours autant de clauses abusives en France malgré l'activité de la Commission des clauses abusives et l'augmentation des pouvoirs du juge en la matière, pour la République de Moldova c'est un bon exemple en vue de maintenir un contrôle administratif sur les clauses abusives.

Titre II - Les actions judiciaires en suppression de clauses abusives

1142. Un droit qui se veut suffisamment protecteur ne peut pas se contenter de l'efficacité purement formelle de la règle juridique. Dans la vie réelle des relations de consommation, de multiples facteurs conduisent les parties à l'inertie, en dépit de la norme de droit. Pour le professionnel, souvent la solution que celle-ci contient ne représente qu'un simple coût supplémentaire : surtout en période de dépenalisation du droit de la consommation¹³¹⁶, il respectera d'autant moins volontairement la règle de protection que sa transgression s'avère une affaire avantageuse. Quant au consommateur, les obstacles qui l'empêchent de se prévaloir de ses droits sont bien connus : le défaut d'information quant à l'existence même de ceux-ci¹³¹⁷, la complexité du langage juridique, le comportement formel des acteurs du droit, la lenteur et la bureaucratie de l'appareil judiciaire et, surtout, l'enjeu souvent faible du litige par rapport aux coûts de l'exercice de ses droits, sans oublier les barrières psychologiques et culturelles, entre autres¹³¹⁸.

1143. L'élimination des clauses abusives est susceptible d'emprunter deux voies : l'une *a posteriori* consistant dans la possibilité pour un consommateur d'invoquer le caractère abusif d'une clause, à l'occasion d'un litige l'opposant à son cocontractant professionnel l'autre préventive, passe par l'action collective des associations de consommateurs. Même si le législateur souhaite que les litiges de droit de la consommation soient réglés par des procédés non judiciaires, le recours au juge demeure indispensable en cette matière. Les actions en justice présentent en droit de la consommation deux particularités.

1144. La première particularité est que l'on retrouve au plan procédural le principe de l'infériorité du consommateur face au professionnel. Pour cette raison, de nombreuses règles procédurales sont infléchies dans le but de ne pas entraver l'action du consommateur. En France, les procédures sont souvent sans représentation obligatoire, puisqu'une majorité d'entre elles se déroulent devant le juge d'instance ou le juge de proximité. Ce phénomène n'a pas que des avantages. Le consommateur, non assisté, alors que le professionnel le sera toujours, risque de ne pas connaître les principes essentiels de la procédure civile, par exemple celui du contradictoire

¹³¹⁶ CALAIS-AULOY J., Les actions en justice des associations de consommateurs, D. 1988, chr. 29, p.196.

¹³¹⁷ CARBONNIER J., Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 1996, p.95: «la communication prolonge le droit de la manière la plus simple lorsqu'elle se limite à en transmettre le contenu, en l'expliquant à ceux qui l'ignoraient ou ne pouvait le comprendre ».

¹³¹⁸ Pour une large description, v. BOURGOIGNIE Th., Éléments pour une théorie du droit de la consommation, Story-Scientia, 1988, n° 37, p. 85 et s. ; PAISANT G., Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation - Variations sur de minimis..., in Liber amicorum CALAIS-AULOY J., op. cit., n° 2, p. 767.

et il risque d'être tenté, dans le but de faire un effet de surprise, de sortir lors de l'audience une pièce essentielle pour le litige. Si le juge applique, comme il doit le faire, les règles de procédure, cela aura souvent pour conséquence de rejeter la prétention du consommateur qui était pourtant fondée.

1145. La seconde particularité tient à ce que, à côté des actions individuelles des consommateurs pour la défense de leur intérêt personnel (**Chapitre I**), il existe des actions fondées sur l'intérêt collectif des consommateurs qui peuvent présenter des aspects préventifs et conduire à des solutions novatrices pour une collectivité de consommateurs (**Chapitre II**).

Chapitre I - Les actions individuelles

1146. Les actions individuelles en droit de la consommation sont assez souvent d'un faible montant. Ces litiges se caractérisent par une disproportion entre l'enjeu économique de l'affaire et le coût de leur règlement judiciaire. Pour cette raison, on peut toujours craindre que le consommateur ne cherche pas faire valoir ses droits devant les tribunaux. La solennité d'une juridiction, la durée de la procédure et son coût seraient souvent un obstacle au recours à un tribunal. La conséquence en serait une certaine forme d'impunité du professionnel.

1147. Le consommateur est une personne comme les autres. À ce titre, il peut avoir la qualité de demandeur ou de défendeur à une action en justice. Malgré tout, sa situation présente souvent un certain particularisme compte tenu du fait que les litiges en cause sont souvent des petits litiges nationaux, tenant compte de la spécificité des relations de consommation **(Section 1)**. L'existence de l'Union européenne, qui pose le principe de la liberté de circulation, accentué par l'adoption d'une monnaie unique qui facilite les échanges économiques, le fort développement du commerce électronique peuvent motiver l'adoption de règles spécifiques souvent prévues pour les litiges transfrontières **(Section 2)**.

Section 1 - Les litiges nationaux

1148. Dans les litiges nationaux il existe parfois un certain particularisme dans la solution des litiges de consommation concernant les clauses abusives. Pour cette raison, en vue d'identifier les modalités de lutte contre les clauses abusives, il est important de s'interroger, tant en France, qu'en Moldova, les caractéristiques de l'action en suppression des clauses abusives (§ 1) et relativement à la portée de l'action (§ 2).

§ 1^{er} – Les caractéristiques de l'action en suppression

1149. Habituellement, la nature de l'action en suppression des clauses abusives dans un contrat de consommation est caractérisé par trois aspects importants, et notamment : la nullité (A), le délai pour agir (B) et la compétence juridictionnelle (C).

A) – L'action en nullité

1150. Dans la doctrine française, les auteurs expriment des opinions différentes sur la nullité des clauses abusives dans les contrats déjà conclus. Ainsi, il y a deux positions : les uns ne font pas aucune différence entre clause nulle et clause réputée non écrite¹³¹⁹, mais les autres soutiennent la position qu'il ne faut pas confondre clause réputée non écrite et clause nulle¹³²⁰. En résultat, dans la doctrine et dans la jurisprudence il se crée une confusion juridique sur la sanction des clauses abusives. Le juge, ensuite, contribue à cette impression de confusion lorsqu'en l'absence de tout fondement textuel il affirme que telle clause doit être réputée non écrite. Enfin, les parties contractantes ne sont pas indifférentes à ce qui peut légitimement apparaître comme une mode¹³²¹, en prévoyant, par exemple, dans leurs conditions générales de vente ou d'achat, que toute clause non conforme à celles-ci sera considérée comme non écrite¹³²².

1151. Dans cette incertitude, nous soutenons que nullité et éradication¹³²³ participent de la même intention : supprimer une stipulation contractuelle contraire à une norme impérative. Mais

¹³¹⁹ CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, 8^{em} édition, Dalloz, Paris, 2010, n° 187.

¹³²⁰ KULLMANN J., Remarques sur les clauses réputées non écrites, D.1993.crhon.59

¹³²¹ MESTRE J., RTD civ. 1991.527

¹³²² Com. 10 déc. 1991, Bull. civ. IV, n° 384 : selon le bon de commande de l'acheteur, « toute clause de réserve de propriété figurant sur votre accusé de réception ou facture est réputée non écrite ».

¹³²³ Comment nommer correctement la technique qui consiste à réputer non écrite une stipulation contractuelle ? « Caviardage » ou « gommage » (CARBONNIER J., Les obligations, PUF 1992, n° 104, p. 201) ; « effacement » (ROLAND H. et BOYER L., Adages du droit français, Vitiantur et vitiant, Litec 1992, p. 955) ; « amputation » (cf. TERRE F., Introduction générale au droit, Dalloz 1991, n° 408, p. 341) ; « biffage » (cf. Civ. 3^e, 26 avr. 1984, Toth c/ Entreprise da Costa, inédit : « le biffage de la clause relative à l'exception d'inexécution signifiait simplement que cette clause était réputée non écrite ») ; ou encore « éradication » (MESTRE J., RTD civ. 1987.737) ? Le choix se portera sur ce dernier vocable.

c'est avec la même certitude que l'on perçoit que la différence de formulation n'est pas juridiquement neutre. La nullité est une technique juridique d'anéantissement d'un acte à la suite de sa critique, l'annulation devant conduire à la destruction de l'apparence et des effets induits par l'acte condamné. Réputer une clause non écrite correspond à une autre technique qui est celle de la fiction¹³²⁴ : la clause réellement écrite n'est pas écrite. Elle est inexistante¹³²⁵.

1152. Si la solution en droit français prescrit que la clause abusive doit rester non écrite et donc rétroactivement effacée du contrat, elle s'explique en grande partie par la volonté du législateur de défendre le faible contre le fort¹³²⁶. Il faut comprendre que l'intérêt du faible n'est sûrement pas dans l'annulation du contrat¹³²⁷. On ruinerait l'essence même de la protection du plus faible, car une telle sanction reviendrait à engager le professionnel à rien. La victime de la clause abusive n'aurait effectivement pas le bien escompté et le fautif ne se trouverait pas puni.

1153. Il pourrait ainsi continuer à insérer des clauses qui excessivement l'avantagerait puisqu'il ne serait de toute manière pas engagé. La victime serait toujours victime et le professionnel serait le grand gagnant... En bref; *la raison du plus fort* gagnerait encore. Au demeurant, une telle situation tuerait tout espoir d'actions en suppression de clauses abusives par le consommateur dans les contrats de consommation. Il est utile de rappeler à cet égard que ces contrats sont essentiellement à prendre ou à laisser... ce qui veut dire que le consommateur n'a pas le choix.

1154. Par voie de conséquence, c'est une sanction différente qui s'est imposée sous la loi de 1978 et continue de s'imposer sous la loi de 1995. Aujourd'hui, la sanction de la clause abusive est de considérer qu'elle n'a jamais été stipulée. Le contrat survivant au caractère abusif d'une ou plusieurs clauses, le consommateur ne sera pas lésé en continuant à retirer les avantages qu'il

¹³²⁴ Vocabulaire juridique Henri Capitant, sous la direction de CORNU G., PUF 1987, v° Clause réputée non écrite ; STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., Introduction au droit, Litec 1991, n° 343, p. 141 ; MARTY G. et RAYNAUD P., Introduction générale à l'étude du droit, Sirey 1972, n° 61, p. 109 ; CORNU G., Droit civil, Introduction, Montchrestien 1991, n° 210, p. 80 ; adde HOUIN R., Le problème des fictions en droit privé, Travaux de l'Association Henri Capitant, Dalloz 1948, p. 242 ; GENY F., Science et technique du droit privé positif, Paris, t. 3, 1921, p. 429 ; TERRE F., op. et loc. cit. - Adde : ISSA-SAYEGH J., Les fictions en droit privé, thèse 1968, n° 69, p. 28.

¹³²⁵ KULLMANN J., Remarques sur les clauses réputées non écrites, D.1993.crhon.59

¹³²⁶ Les exemples de clauses réputées non écrites sont nombreux. On ne peut les citer tous. A titre d'illustration, on se bornera à mentionner les articles 900 en matière de libéralités et 1152 du Code civil en matière de clauses pénales ainsi que les articles L 122-42 du Code du travail et 860 du Code rural. On ajoutera que d'autres textes protégeant les consommateurs prévoient à l'instar du droit des clauses abusives que certaines clauses sont réputées non écrites. Tel est le cas en matière du contrat de construction d'une maison individuelle (art. L 231-3 du Code de la construction) ou du contrat de bail d'habitation (art. 4 de la loi du 6 juillet 1989). Enfin, les pays européens sanctionnent rarement le caractère abusif d'une clause par l'anéantissement total du contrat. V. par exemple, le paragraphe 6 du Code civil allemand.

¹³²⁷ Cela dépend des cas. Par exemple cf CJUE du 15 mars 2012 "Lors de l'appréciation du point de savoir si un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel et contenant une ou plusieurs clauses abusives peut subsister sans ces clauses, le juge saisi ne saurait se fonder uniquement sur le caractère éventuellement avantageux pour l'une des parties, en l'occurrence le consommateur, de l'annulation du contrat concerné dans son ensemble."

escomptait alors que le professionnel perdra l'avantage illégitime qu'il avait réussi à imposer. La finalité de la sanction du réputé non écrit consiste à sanctionner seulement l'auteur de l'abus.

1155. C'est toujours d'ailleurs dans un sens de protection de la victime de la clause abusive, il est effectivement prévu, en droit communautaire, la disparition du contrat à titre exceptionnel, c'est-à-dire si la clause est indispensable à l'existence même du contrat.

1156. Autrement dit, réputer non écrite la clause abusive obéit à une conception moderne de la police du contrat. Pour preuve, la Cour de cassation dans l'arrêt Chronopost¹³²⁸ retient la même sanction qu'en droit des clauses abusives. La clause n'est pas ainsi purement nulle, elle est censée n'avoir jamais existé. Or en application de la théorie de la cause, fondement de l'arrêt, la clause jugée essentielle devait entraîner la nullité du contrat. Surtout, c'est reconnaître la force de l'attraction du droit de la consommation sur le droit commun. La clause déclarée irrégulière est donc effacée du contrat.

1157. L'audace du législateur aura été de retenir dans la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 une sanction particulièrement efficace contre la clause abusive à savoir que la clause était réputée non écrite. Quant au droit européen, la directive du 5 avril 1993 impose l'inefficacité de la clause abusive. Elle ajoute que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives¹³²⁹.

1158. Finalement, la loi n° 95-96 du 1er février 1995 réaffirme la sanction édictée par la loi de 1978 et se conformant à la directive prévoit que « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses »¹³³⁰. On pourrait en rester là si le problème de la sanction n'était pas si complexe.

1159. L'article L. 132-1, alinéa 6 du Code de la consommation prévoit que « les clauses abusives sont réputées non écrites ». Cette norme est toutefois limitée à la clause, lorsque le contrat peut subsister sans elle¹³³¹. Cette sanction apparaît parfaitement adaptée : elle va dans le sens de l'intérêt du consommateur qui entend la plupart du temps maintenir le contrat ; elle sanctionne le professionnel qui sera obligé de l'exécuter. En même temps elle est insuffisante pour lutter de façon efficace contre les pratiques des professionnels. En effet, d'une part, elle suppose que le litige entre professionnel et consommateur soit porté devant un juge, ce qui n'est pas toujours le cas. D'autre part, la décision du juge n'a sur ce point que l'effet relatif de la chose jugée. De sorte que le professionnel pourra toujours la maintenir dans ses modèles de contrats, en comptant sur l'ignorance des autres consommateurs. À noter que certains juges ordonnent parfois

¹³²⁸ Com. 22 oct. 1996, préc.

¹³²⁹ Art. 6-1

¹³³⁰ Art. 1er de la loi : art. L 132-1 al. 6 du Code de la consommation.

¹³³¹ C. consom., art. L. 132-1, al. 8

la publication du jugement ayant déclaré la clause abusive, ce qui est un moyen de faire connaître la décision mais aussi sans doute, un moyen de dissuasion par la contre-publicité qu'il constitue pour le professionnel¹³³². Pour plus d'efficacité, cette première voie devait donc être complétée.

1160. La clause réputée non écrite a aujourd'hui conquis de manière indiscutable son droit de cité dans le domaine du droit des contrats. Plus qu'une simple sanction, elle participe à une forme d'interventionnisme positif plus ou moins étendu, destiné à limiter la liberté des parties et à influencer sensiblement sur le contenu du contrat¹³³³ dans un but d'intérêt général. Réputer une clause non écrite procède d'une volonté délibérée¹³³⁴ de faire respecter une norme afin de garantir un minimum de sécurité contractuelle¹³³⁵. La clause illicite est « tenue pour », considérée comme¹³³⁶ n'ayant jamais été stipulée.

1161. On rencontre en droit étranger parmi diverses solutions des systèmes comparables mais non similaires au système français. Selon le paragraphe 139 du BGB en droit allemand, « lorsqu'une partie d'un acte juridique est nulle, l'acte tout entier est nul à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que, sans la partie nulle, il aurait été cependant conclu ». Cette preuve incombe naturellement à celui qui demande le maintien du contrat amputé de la clause irrégulière¹³³⁷. De manière très proche, selon l'article 1419-1 du Code civil italien, « la nullité d'une clause emporte celle du contrat tout entier, s'il apparaît que les contractants ne l'auraient pas conclu sans la partie de son contenu entachée de nullité ». A l'inverse, l'article 20, alinéa 2, du Code suisse des obligations énonce : « Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces dernières sont seules frappées de nullité à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles¹³³⁸. En droit moldave, l'article 4 de la loi sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs dispose que « les clauses abusives insérées dans un contrat de consommation se considèrent nulles au moment de la conclusion du contrat », mais on ne se prononce pas sur la nullité du contrat.

1162. Le détour par le droit comparé met en exergue des nuances sensibles quant à l'incidence d'une clause nulle — partie d'un tout — sur le contrat — le tout¹³³⁹. Il donne aussi

¹³³² Pour une illustration, TGI Grenoble, 7 déc. 2000, préc. supra n° 121)

¹³³³ V. en matière de baux d'habitation, L. n. 89-462, 6juill. 1989, art. 4 ; en matière de contrat de société, C. civ., art. 1843-5, al. 2, 1844-1, al. 2. 1844-10, al. 2 ; V. aussi L. 24juill. 1966, art. 52. al. 4. 56, al. 5. 57, al. 3 et 58.

¹³³⁴ BERGEL J-L., *Théorie générale du droit*. Dalloz 1985, 2e éd., p. 58.

¹³³⁵ C. civ., art. 1843, in fine.

¹³³⁶ V. définition du verbe latin « reputare ». Petit Robert.

¹³³⁷ TANGODAN V.H., *La nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats*, Genève, 1952, p. 82.

¹³³⁸ A rapprocher de l'article 51 du projet de Code civil du Québec de 1977 : « La nullité d'une clause n'entraîne pas la nullité du contrat à moins qu'il ne résulte de sa nature ou de la volonté des parties qu'il n'aurait pas été conclu sans elles ».

¹³³⁹ COTTEREAU V., *La clause réputée non écrite*, JCP G n° 28, 21 Juillet 1993, I 3691

l'occasion de souligner l'intérêt de cette étude consacrée à l'éclosion du concept français de la clause réputée non écrite.

1163. La qualification de la nullité d'une clause abusive. Selon la formule empruntée à V. Cottereau, lorsqu'une clause doit être écartée, il est effectivement tentant de raisonner en termes de nullité relative et partielle¹³⁴⁰. Pour cette dernière acception, la nullité partielle - limitée en principe à la clause - apparaît plus sévère puisqu'elle maintient le contrat dans des termes qui seront évidemment moins avantageux pour le professionnel. La nullité totale du contrat n'est cependant pas exclue et pourra être prononcée s'il existe une indivisibilité objective, c'est-à-dire si le contrat n'a plus objectivement de sens à la disparition de la clause abusive¹³⁴¹.

1164. Pour l'heure même si on retient la qualification de la nullité, à notre connaissance il n'y a pas eu de nullité totale des contrats, comportant une ou plusieurs clauses abusives, prononcée par les juges¹³⁴². Il serait vain de croire que tout intéressé puisse invoquer le droit de critique permettant de méconnaître la clause abusive. La législation sur les clauses abusives ne protège que le faible et ce serait un véritable détournement de la loi si le professionnel pouvait tirer profit de l'annulation partielle du contrat. Enfin, nous ne reviendrons pas sur l'office du juge car nous pensons toujours que le juge doit pouvoir relever d'office le caractère abusif d'une clause en respectant le principe du contradictoire.

1165. Tout d'abord, il faut faire un sort à d'autres théories connues que sont la caducité, l'inopposabilité ou l'inexistence. La caducité a pour objet de sanctionner la portée d'un élément essentiel à la validité du contrat. On s'aperçoit que cette sanction ne se déclenche que par l'accomplissement d'un événement postérieur à la formation du contrat. C'est dans un sens inverse que doit se comprendre la clause réputée non écrite car la fiction opérée par cette sanction se perçoit dès la naissance du contrat... C'est considérer, en effet, que « la clause réellement écrite n'est pas écrite »¹³⁴³.

1166. De même, l'inopposabilité ne peut expliquer la clause réputée non écrite car l'acte inopposable aux seuls tiers restes valables entre les parties. Or, réputer non écrite une clause protège la partie lésée. Quant à l'inexistence¹³⁴⁴, la différence avec la sanction de la clause abusive est de degré. L'acte déclaré inexistant est justifié par l'absence d'un élément substantiel à

¹³⁴⁰ Selon la formule empruntée à COTTEREAU V., JCP 1993, éd. G, I, 3691, spéc. n° 17 in fine.

¹³⁴¹ TESTU X.F., La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives, Dalloz Affaires 1996, p 375, spéc. n° 15.

¹³⁴² BRASSEUR C., Le juge et la Commission des clauses abusives : une nouvelle articulation, in Colloque a Reims du 21 mars 1997 sur Les clauses abusives dans les contrats de consommation, Actes préc, p 44 et s : ...déclarant qu'il n'y a pas eu de contrats annulés depuis 19 ans par les juges.

¹³⁴³ KULLMANN J., préc, spéc. p 59.

¹³⁴⁴ Théorie développé au XIX^e siècle et aujourd'hui très critiqué, DURRY G., L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIV, Dalloz 1965, p 611.

sa formation. On mesure ainsi que la clause réputée non écrite puisse obéir à une fiction consistant à déclarer que ladite clause pourtant initialement écrite n'a jamais existé. Au demeurant, l'inexistence atteint l'acte dans son entier dans la mesure où il manque un élément essentiel à sa formation alors que la sanction en matière de droit des clauses abusives prévoit que seule la clause irrégulière est effacée du contrat.

1167. Pourtant, la doctrine, majoritairement¹³⁴⁵, se fonde sur la nullité partielle et relative pour expliquer la sanction de la clause abusive. Elle fait comme si la formulation linguistique - clause réputée non écrite - n'était qu'une forme de coquetterie de la part du législateur et devait par voie de conséquence se confondre avec la clause nulle.

1168. En d'autres termes, l'explication de la sanction de la clause abusive par la fiction juridique correspond le mieux à l'objectif d'équilibre contractuel voulu par le législateur. Cet équilibre s'appuie sur une sanction nécessairement particulière qui prive la clause abusive jugée alors non conforme à la norme d'ordre public non seulement d'efficacité mais également d'existence. Pour reprendre l'expression du professeur Kullmann, «la clause abusive réputée non écrite (...) est placée hors de l'aire contractuelle». Elle constitue enfin une façon moderne de maintenir le lien contractuel en supprimant les clauses anormales, ce qui permet, à notre avis, une transformation du droit commun¹³⁴⁶.

1169. Nous avons vu effectivement que le contractant qui a la paternité de la clause abusive, soit le professionnel, ne peut revendiquer le caractère abusif d'une clause dont il est le rédacteur. C'est ce qu'exprime le professeur Ghestin en écrivant que « ... si une règle impérative vise à protéger l'une des parties contre l'autre, il semble difficile d'ouvrir à cette dernière l'action en annulation. Seule la partie protégée, par exemple le salarié ou le consommateur, peut se plaindre de la violation des règles qui assureraient cette protection »¹³⁴⁷. Cette solution est la même pour la sanction de la clause abusive.

1170. A l'occasion de la transposition de l'art. 6(1) de la Directive 93/13, la République de Moldova a décidé d'opter ou de conserver le principe de la nullité absolue. Ainsi, une clause contractuelle considérée comme abusive sera automatiquement nulle, même si en France et au Luxembourg, les clauses abusives sont considérées respectivement comme non existantes ou non

¹³⁴⁵ V. les commentaires de la loi de 1995, préc, principalement GHESTIN J. et MARCHESSAUX I., TESTU F.X., RAYMOND G., KARIMI A.; CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, préc.

¹³⁴⁶ KULLMANN J., préc, spéc. p 59.

¹³⁴⁷ GHESTIN J, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3è éd., LGDJ, 1993, n° 270 ; V. également le projet de Code de la consommation qui déniait expressément au professionnel le droit de se prévaloir, par voie de demande ou d'exception, de la sanction prévue pour les clauses ou un contrat : CALAIS -AULOY, J. Propositions pour un Code de la consommation, avril 1990, préc, p 107 ; PIZZIO J.P , Code de la consommation annoté, 2è éd. Montchrestien, 1996, p 208 ; toujours en ce sens , COTTEREAU V. et KULLMANN J., art. préc. ; pour une étude de droit comparé, GHESTIN J. et MARCHESSAUX I., Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe, in Les clauses abusives dans les contrats types en Europe, Actes de la table ronde du 12 déc. 1990, LGDJ 1991, n° 63.

écrites. Mise à part la formulation et le recours à une fiction juridique, aucune différence pratique entre la nullité et la non-existence ne sont à signaler.

B) – Le délai pour agir

1171. Le délai pour agir se définit comme la libération d'un débiteur du fait de l'écoulement du temps et de l'inaction du créancier. Selon l'article L. 110-4 du Code de commerce, « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ». Ces règles de prescription pourraient être raccourcies par une stipulation contractuelle. Mais elle ne doit pas avoir pour conséquence d'empêcher une partie de faire valoir ses droits¹³⁴⁸.

1172. Le droit de la consommation prévoit assez souvent des prescriptions relativement courtes en certaines matières¹³⁴⁹. Ce raccourcissement du délai pour agir est parfois utilisé pour le législateur pour favoriser le consommateur en le libérant assez rapidement de ses obligations. Le meilleur exemple de ce phénomène est donné par l'article L.311-52 du Code de la consommation¹³⁵⁰, dans le domaine des opérations de crédit.

1173. Selon cette disposition « les actions engagées devant lui (le tribunal d'instance) à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion »¹³⁵¹. Cette nouvelle disposition a pour fonction d'éviter que les arriérés ne s'accumulent et que l'emprunteur ne tombe dans une situation d'insolvabilité totale. Cette justification part d'un postulat qui paraît discutable, à savoir que les établissements de crédit prêteurs auraient intérêt à laisser s'accumuler des arriérés productifs d'intérêts. Mais ce faisant, ils accentueraient le risque de ne pas pouvoir recouvrer leurs créances sur des débiteurs qui connaissent des difficultés financières. Ils n'ont pas intérêt à laisser se développer une spirale de l'endettement qui débouche quasi nécessairement sur un surendettement¹³⁵².

1174. Selon l'article 122 du nouveau Code de procédure civile, «constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans

¹³⁴⁸ Cass. civ., 4 décembre 1895, DP. 1896 1 241, note SARRUT

¹³⁴⁹ DOUCHY-OUUDOT M. Courtes prescriptions et forclusion en droit de la consommation, Mélanges Calais-Auloy, p. 355.

¹³⁵⁰ PIEDELIEVRE St., Le Droit de la consommation, édition Economica, Paris 2008, p.620

¹³⁵¹ FLORES P. et BIARDEAUD G., Réforme du délai de forclusion : vers une restauration du régime de protection de l'emprunteur, D., 2002 876 : Gourio (sous la dir. de). Le délai de forclusion en matière de crédit à la consommation. RD bancaire, 2000 201 ; LAGARDE X., Forclusion biennale et crédit à la consommation (la réforme de l'article L.311-37 du Code de la consommation), JCP, ed. E, 2002 1116

¹³⁵² PIEDELIEVRE St., préc.

examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

1175. Cette privation d'agir n'est pas contraire au droit d'action prévu par la Convention européenne des droits de l'homme. Selon la Cour européenne, « ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, les limitations appliquées ne se concilient avec l'article 6 §1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹³⁵³.

1176. Malgré tout, ces délais de prescription ont pour conséquences de souvent limiter certaines possibilités de médiation ou de conciliation, puisque celles-ci n'emportent pas toujours interruption ou suspension du délai de prescription. Ce recours à un mode alternatif de règlement des litiges peut conduire d'ailleurs à des situations inacceptables au plan des principes, dans l'hypothèse où l'une des parties se sert de manière artificielle de ce procédé pour faire prescrire un délai¹³⁵⁴.

1177. Si on accorde quelque crédit à la sanction autonome de la clause abusive, elle a l'énorme avantage de résoudre le problème de la prescriptibilité de l'action. D'une manière générale, le caractère abusif d'une clause ne se révèle au consommateur qu'au moment de son exécution. Il vaut mieux se poser la question de savoir si l'écoulement du temps est de nature à éteindre l'action. C'est tout l'intérêt de la construction de la théorie de l'effacement qui met en lumière l'autonomie de la sanction de la clause abusive. Dès que l'on raisonne en termes de nullité, le sort de l'action et non plus de la clause abusive est subordonné au mécanisme de la prescription. Ce mécanisme fait alors appel à la détermination du point de départ de la prescription, véritable nid de difficultés et de discussions, et de l'éventuelle question de la confirmation de la clause abusive par un consommateur s'il n'agit pas en suppression de celle-ci et ce, conformément à l'article 1338 du Code civil.

1178. La clause réputée non écrite n'obéit pas à la prescription. A vrai dire l'imprescriptibilité de l'action en suppression de la clause abusive s'explique essentiellement par l'objectif poursuivi par le législateur qui ordonne l'éradication de clauses dans un contrat de consommation fondamentalement incompatible avec la justice contractuelle. Dès lors la non-conformité avec cette norme d'ordre public, caractéristique de la clause abusive impose qu'une telle clause soit privée d'effet et que le consommateur puisse à tout moment la relever¹³⁵⁵. La question de la prescription devrait ainsi se retrouver seulement au stade de l'action consécutive à

¹³⁵³ CEDH, 10 juillet 2002, requête n°41727/98

¹³⁵⁴ PIEDELIEVRE St., préc.

¹³⁵⁵ MESTRE J., RTD civ. 1988, p.736

celle de l'effacement par le juge de la clause abusive, action qui peut par exemple porter sur une restitution ou une réparation¹³⁵⁶. Il reste à tirer les conséquences de la suppression de la clause abusive.

1179. Dès lors qu'une action est nécessaire en vue d'éradiquer une clause abusive, le mécanisme de la prescription a vocation à s'appliquer. En conséquence, le problème de la prescription surgit du fait que l'action en nullité est indispensable pour faire tomber l'apparence de la clause illicite¹³⁵⁷. Si cette action est prescrite, il ne peut y avoir de demande de restitution. A son égard, l'art. 2262 du Code civil ne trouve aucune prise. Dans ces conditions, comment aborder le problème de l'imprescriptibilité de l'action visant à faire déclarer une clause non écrite? Ce caractère est reconnu par plusieurs auteurs qui, soit visent ce type de clause¹³⁵⁸, soit envisagent le véritable défaut de consentement, ce qui correspond à la substance de la fiction légale analysée¹³⁵⁹. C'est à nouveau l'objet même de la demande qui gouverne la réponse.

1180. Si le demandeur se prévaut de la clause pour en réclamer l'exécution, le défendeur s'appuiera, lui, sur le contrat dont le juge ne pourra que constater qu'il est amputé de la clause en vertu de la fiction légale. Le demandeur ne saurait en effet fonder sa prétention sur une quelconque apparence, contrairement à ce qu'il serait en droit de faire si la clause était déclarée nulle par la loi. La solution s'impose, en dehors même de l'applicabilité de la règle *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*¹³⁶⁰.

1181. Si l'action est engagée à l'occasion d'une clause, certes exécutée, mais réputée non écrite par la loi, il est demandé au juge d'apprécier les comportements réciproques des parties au regard d'un contrat dans lequel ne figure pas cette clause, celle-ci n'ayant, du fait même de la fiction, strictement aucune apparence, à l'inverse de la clause nulle. Un problème de prescription peut alors se poser, mais uniquement en ce qui a trait à l'action en restitution.

1182. En quelque sorte, la clause réputée non écrite est transparente lorsqu'il s'agit d'apprécier la prescription de l'action. Il est donc difficile de parler d'imprescriptibilité à propos de l'action visant à faire déclarer non écrite une clause puisque cette action n'a pas de raison

¹³⁵⁶ V. sur les difficultés de l'imprescriptibilité de l'action en matière de clause réputée non écrite, COTTEREAU V. et KULLMANN J., art. préc.

¹³⁵⁷ GHESTIN J., *Le contrat*, Formation, LGDJ 1988, n° 740, p. 877.

¹³⁵⁸ En ce sens, mais avec une certaine réserve, cf. notamment CHABAS F., op. cit., p. 305, note 7. Adde, HANNOUN C., op. cit., note 39, p. 53.

¹³⁵⁹ TERRE F. et LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz 1991, p. 54 ; J. Mestre, obs. sous Civ. 1re, 10 juin 1986, RDT civ. 1987.534.

¹³⁶⁰ KULLMANN J., préc. spéc. p. 59.

d'être¹³⁶¹. Mieux vaut se cantonner à la seule prescription de l'action qui a pour objet de rectifier les effets de l'exécution de la clause¹³⁶².

C) – La compétence juridictionnelle

1183. L'enjeu souvent faible des litiges sur les clauses abusives ainsi que leur multiplication croissante ont toutefois amené le législateur à concevoir des organes mieux adaptés pour leur résolution. Parfois, la protection offerte par les organismes administratifs est insuffisante et ne donne pas le résultat attendu par le consommateur, afin que celui-ci recoure à la justice, et notamment aux juridictions compétentes. Il faut mentionner que malgré la spécificité des relations de consommation, il n'existe, ni en France (§ 1^{er}) ni en Moldova (§ 2nd), de juridictions désignées exclusivement pour la résolution des litiges de la consommation ou des « petites affaires »¹³⁶³.

1 – En France

1184. Du fait de l'existence d'un litige de consommation, trois grandes catégories de juridictions peuvent avoir compétence. Le consommateur a toujours la possibilité d'actionner en justice le professionnel pour l'insertion des clauses abusives dans le contrat de consommation.

1185. L'essentiel du contentieux concerne les juridictions civiles. La compétence *rationae loci* ne pose pas véritablement de difficultés. Selon l'art. L. 141-5 du Code de la consommation « le consommateur peut saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable ». Le Code de procédure civile prévoit en matière contractuelle la compétence du tribunal du domicile du défendeur ou celui du lieu de livraison de la chose¹³⁶⁴ ou du lieu d'exécution de la prestation de services. Cette dernière possibilité est particulièrement importante en pratique, car elle permet souvent au consommateur de pouvoir assigner auprès du tribunal de son domicile. La Cour de justice des Communautés européennes a considéré que la clause stipulant la compétence

¹³⁶¹ MARTY G. et RAYNAUD P., Les obligations, t. 1, Sirey 1988, n° 229, p. 235 : « si l'on admet la notion d'inexistence, celle-ci ne donne pas lieu à une action en nullité et l'état d'inexistence peut être constaté à tout moment ».

¹³⁶² KULLMANN J., préc. spéc. p. 59.

¹³⁶³ CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., op. cit., n° 489, p. 571 ; PAISANT G., Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation - Variations sur de minimis..., op. cit., n° 2, p. 768 ; La loi n° 9.099 du 26 sept. 1995 l'a enfin remplacée par celle de « juridictions spéciales civiles » ; Sur les « petites affaires civiles » en France, v. PERROT R., op. cit., n° 107, p. 101 ; CADIET L., Droit judiciaire privé, 2e éd., Litec, 1998, n° 197, p. 98.

¹³⁶⁴ Par livraison, on entend une livraison effective et réelle de la chose Cass. coin., 3 novembre 1988, Bull. civ., IV, n° 29 ; Gaz. Pal., 1989 somm. 252, note GUINCHARD S. et MOUSSA T.

exclusive du tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel est une clause abusive, puisqu'elle empêche l'exercice normal d'une action en justice¹³⁶⁵.

1186. La compétence *rationae materiae* pose plus de difficultés, compte tenu de l'application de la théorie des actes mixtes. La juridiction compétente dépend de la qualité de défendeur à l'action ou à l'exception. La partie pour qui l'acte s'analyse en un acte de commerce, le professionnel dès lors qu'il a la qualité de commerçant ne peut assigner la partie pour qui l'acte est civil qu'uniquement devant un tribunal civil. Le consommateur bénéficiera d'une option et il a la possibilité d'assigner à son choix l'auteur de l'acte de commerce devant les juridictions civiles ou devant le tribunal de commerce. On ne voit pas quel pourrait être l'intérêt pour un consommateur de saisir le tribunal de commerce. Cette règle de compétence n'est pas d'ordre public et la jurisprudence admet que l'acte mixte contienne une stipulation contraire, donc donnant dans toutes les hypothèses compétence au tribunal de commerce. Cette clause s'imposera à la partie non commerçante, qu'elle soit demandeur ou défendeur¹³⁶⁶. Cette solution surprend en ce qu'elle permet aux parties de déroger aux règles relatives à la compétence d'attribution. On peut malgré tout penser qu'aujourd'hui une telle clause serait déclarée abusive¹³⁶⁷.

1187. En tout état de cause, cette dualité de juridiction ne se justifie pas. Elle revient à affirmer que la juridiction commerciale serait en tout état de cause favorable au professionnel. Une nouvelle fois, on crée une sorte de déséquilibre procédural qui est de nature à favoriser des discussions inutiles sur la compétence qui n'ont pour but que de différer la discussion sur le fond du litige et de retarder son issue. On peut douter de l'utilité de la théorie des actes mixtes. Cette catégorie assez particulière est liée à la conception du droit commercial français, liant la commercialité à la fois à l'acte et à la qualité professionnelle. Son abandon ne présenterait aucun inconvénient et il serait même de nature à simplifier la résolution des différends. Les litiges de la consommation devraient être de la compétence exclusive des juridictions civiles.

1188. Trois juridictions civiles de première instance peuvent connaître des litiges de droit de la consommation : le tribunal de grande instance, le tribunal d'instance et le juge de proximité¹³⁶⁸. Pendant très longtemps, le tribunal d'instance a été considéré comme le juge

¹³⁶⁵ CJCE, 27 juin 2000, JCP, 2001 II 10513, note CARBALLO FIDALGO M. et PAISANT G., LPA, 24 juillet 2001 25, note HOURDEAU.

¹³⁶⁶ Cass. corn., 20 juillet 1965, RTD corn., 1965 817, obs. JAUFFRET A.; Cass. 2e civ., 3 octobre 1958. RTD civ. 1959 150, obs. HEBRAUD P. et RAYNAUD M.

¹³⁶⁷ CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, n° 503.

¹³⁶⁸ Le fait que plusieurs juridictions soient compétentes en droit de la consommation conduit parfois à des difficultés pour les plaideurs qui ne savent pas toujours quelle juridiction saisir, comme le démontre deux arrêts récents. Le premier du 23 mai 2006 rappelle sous forme de principe que le tribunal d'instance est seul compétent en matière de crédit à la consommation quelle que soit la loi applicable. Dans cette espèce, une banque avait assigné les époux X..., de nationalité française, domiciliés à Sarreguemines, devant le tribunal de grande instance de cette ville,

naturel des litiges de droit de la consommation. Pour être plus exact, il faudrait dire qu'il est le juge de l'impayé, puisque ce type de contentieux représente environ 80 % des affaires qu'il traite. Il partage désormais ce rôle avec les juridictions de proximité. La compétence du tribunal de grande instance et la procédure suivie devant lui ne présentent pas une grande originalité. Il connaît des litiges d'une valeur supérieure à 10 000 euros. On se trouve en présence d'une procédure écrite qui nécessite la constitution d'un avocat. La compétence des tribunaux d'instance et du juge de proximité appelle quelques commentaires.

1189. Selon l'article L. 321-2 du Code de l'organisation judiciaire, le tribunal d'instance connaît, en matière civile, à charge d'appel, de toutes actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 10 000 euros. Il connaît aussi, à charge d'appel, des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros. Il statue en dernier ressort jusqu'à la somme de 4 000 euros¹³⁶⁹.

1190. Le particularisme de la procédure suivie devant le tribunal d'instance tient au caractère oral de la procédure et à l'absence de représentation obligatoire par avocat¹³⁷⁰. Le but de ces deux règles est relativement simple ; il est de faciliter l'accès à la justice de la partie faible. Malgré tout derrière ces avantages purement théoriques, se cache une toute autre réalité. Le procès civil nécessite le respect de certaines règles qui sont nécessaires pour une bonne administration de la justice. Ce phénomène est accentué par le fait que nombre de litiges seront rendus en premier et dernier ressort. Même si la procédure orale a été jugée conforme aux

en remboursement d'un prêt conclu en Allemagne le 18 juin 1991 et en paiement du solde d'un compte courant ouvert à la même date. Mme Y... a alors revendiqué la compétence du tribunal d'instance sur le fondement de l'article L. 311-37 du Code de la consommation. Les juges du second degré sont censurés pour avoir rejeté cette exception d'incompétence, Cass. Ire civ., 23 mai 2006, Bull. civ., I, n° 258 ; D., 2006 2798, obs. Audit. Le second, du 12 octobre 2006 pose le même principe. En l'espèce, une Fédération avait assigné devant le Tribunal d'instance une banque, pour obtenir, d'une pari, la suppression de clauses figurant dans un modèle d'offre de crédit proposé par cette banque en soutenant qu'elles étaient abusives, d'autre part, la cessation de la diffusion de documents publicitaires portant sur des opérations de crédit en faisant valoir qu'ils étaient de nature à induire en erreur et illicites au regard des dispositions de l'art. L. 311-4 du Code de la consommation. Les juges du second degré, pour déclarer le Tribunal d'instance incompétent et renvoyer l'affaire devant le Tribunal de grande instance, retient qu'en l'absence de toute précision dans l'article L. 421-6 du Code de la consommation quant à la juridiction civile compétente pour connaître de l'action en suppression de clauses abusives, celle-ci relève, dès lors qu'elle est d'un montant indéterminé, de la compétence exclusive du Tribunal de grande instance qui a plénitude de juridiction. Ils ajoutent que l'action de la Fédération ne concerne pas la relation contractuelle entre un emprunteur et un prêteur et qu'elle est fondée sur les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation définissant les clauses abusives, et sur celles de l'art. L. 121-1 relatif à la publicité trompeuse, textes non compris dans le chapitre visé à l'art. L. 311-37. Ils sont censurés aux motifs que « l'action introduite par la Fédération avait pour objet de faire juger que les clauses des contrats de crédit proposés par la banque étaient abusives ou illicites en ce qu'elles n'étaient pas conformes aux dispositions de l'article L. 311-11 du Code de la consommation et que les documents publicitaires étaient irréguliers au regard des dispositions de l'art. L. 311-4 du même code, ce dont il résultait que le litige était né de l'application des dispositions légales en matière de crédit à la consommation », Cass. 2e civ., 12 octobre 2006, Bull. civ., II, n° 274.

¹³⁶⁹ Cette juridiction bénéficie également d'une compétence exclusive dans le domaine voisin du louage d'habitation.

¹³⁷⁰ Sur le particularisme de cette procédure par exemple GUINCHARD F. et FERRAND S., Procédure civile interne et communautaire, n°1059 et s. ; CADIET L. et JEULAND E., Droit judiciaire privé, n° 902 et s. ; JCP, éd. A, 1964 I 1859 ; ESTOUP P., La procédure devant le tribunal d'instance, D., 1985 245.

exigences de la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁷¹, elle présente malgré certaines infériorités par rapport aux procédures écrites¹³⁷², même si l'écrit est assez souvent présent dans ces procédures¹³⁷³. Il est parfois difficile de connaître les demandes effectuées par les parties. On accentue les risques de non réponse à conclusion ou ceux de décisions statuant *ultra petita*¹³⁷⁴.

1191. Ce particularisme tient en grande partie au fait que les tribunaux ont succédé aux juges de paix dont ils reprennent pour partie le rôle. Comme on a pu l'écrire autrefois, « d'une façon générale, on a voulu renvoyer aux juges de paix, dont la juridiction offre les grands avantages de la rapidité, de la proximité, de l'économie des frais, un grand nombre d'affaires, soit modiques quant à l'intérêt en jeu, soit simples à juger »¹³⁷⁵. Pour cette raison, on retrouve devant le tribunal d'instance la possibilité d'une demande en vue d'une tentative préalable de conciliation sans saisine du tribunal.

1192. L'article L. 231-3 du Code de l'organisation judiciaire définit la compétence *rationae materiae* des juges de proximité. Selon cette disposition « la juridiction de proximité connaît, en matière civile, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, des actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 4000 euros. Elle connaît des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros ». Les décisions rendues sur le fondement du premier alinéa seront toujours rendues en dernier ressort¹³⁷⁶.

1193. De son côté, l'article R. 331-2 du Code de l'organisation judiciaire indique que « la juridiction de proximité connaît de toutes les demandes incidentes, exceptions, ou moyens de défense qui ne soulèvent pas une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction ».

1194. La procédure devant la juridiction de proximité est similaire à celle prévue pour le tribunal d'instance. Les parties peuvent se faire assister et représenter devant la juridiction de proximité dans les mêmes conditions que devant le tribunal d'instance. On y retrouve le même rôle dévolu à la conciliation. Pour le moment, le seul particularisme procédural résulte de l'article L. 231-5 du Code de l'organisation judiciaire disposant que « lorsque, en matière civile, le juge de proximité se heurte à une difficulté juridique sérieuse portant sur l'application d'une règle de droit ou sur l'interprétation du contrat liant les parties, il peut, à la demande d'une partie ou

¹³⁷¹ Cass. 2e civ., 10 février 2005, Bull. civ., II, n° 31.

¹³⁷² TRAVIER B., Le principe de sécurité juridique et les procédures orales. Procédures, mai 2006 chron. 6.

¹³⁷³ TRASSOUDAIN S. et JEULAND E., La place de l'écrit dans la procédure orale, Bull. inf. C. cass., n° 3 p. 39.

¹³⁷⁴ PIEDELIEVRE St., le Droit de la consommation, édition Economica, Paris 2008, p.612

¹³⁷⁵ GLASSON E.-D. et TISSIER A., Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, Sirey, t. 2, 3e éd., n° 343

¹³⁷⁶ Ibidem

d'office, après avoir recueilli l'avis, selon le cas, de l'autre ou des deux parties, renvoyer l'affaire au tribunal d'instance qui statue en tant que juridiction de proximité ».

1195. La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles¹³⁷⁷ supprime la juridiction de proximité, afin de réduire de trois à deux le nombre de juridictions civiles de première instance (articles 1^{er} et 2 du projet de loi). Cette réforme reprend les propositions n° 1 et 22 du rapport Guinchard. Elle tend à maintenir les fonctions des juges de proximité pour statuer en matière pénale, pour les contraventions des quatre premières classes, mais supprime leur compétence en matière de contentieux civil. Elle leur permet de procéder à des mesures d'instruction dans le cadre de la procédure civile et étend leur participation en tant qu'assesseur à l'ensemble des formations collégiales du tribunal de grande instance (France), tant en matière civile que pénale.

1196. La juridiction de proximité continuera à traiter les recours dont elle a été saisie avant le 1^{er} janvier 2013 jusqu'au 1^{er} juillet 2013, date à laquelle les affaires non jugées seront transférées au tribunal d'instance¹³⁷⁸.

1197. L'une des principales critiques des magistrats professionnels à la création des juges de proximité a été de considérer cette réforme comme un « replâtrage », alors que l'effort aurait dû porter sur la création de nouveaux postes de juges professionnels. Ceci étant, à notre avis, la disparition de la juridiction de proximité comme juge civil de droit commun est maintenant souvent ressentie comme devant entraîner un surcroît de tâches pour les juges d'instance alors que leurs effectifs restent constants voire diminuent, comme ceux des greffiers.

2 – En République de Moldova

1198. En République de Moldova, le rapprochement entre la justice et le citoyen s'opère, depuis la promulgation de la Constitution de 1994, par la déclaration de certains principes spéciaux. Selon l'article 20 de la Constitution de la République de Moldova « Chaque personne a le droit d'obtenir une protection efficace de la part des juridictions compétentes contre les actes qui violent leurs droits, libertés et intérêts légaux. Aucune loi ne peut restreindre l'accès à la justice »¹³⁷⁹.

1199. Ainsi sur le plan moldave, l'accès à la justice est garanti à toute personne physique ou morale, citoyen de la République de Moldova, ressortissant étranger ou apatride et,

¹³⁷⁷ Art. 1^{er} de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. VERICEL M., L'abandon de la justice de proximité en matière civile, JCP G. 2012, n° 194

¹³⁷⁸ Loi n° 2011-1862, art. 70-III

¹³⁷⁹ La Constitution de la République de Moldova, adoptée le 29 juillet 1994 (Monitorul Oficial de la République de Moldova n° 1, 12.08.1994).

implicitement, pour le consommateur, comme une condition *sine qua non* de son efficacité de ses droits et libertés¹³⁸⁰.

1200. En interprétant l'article 20 de la Constitution, La Cour Constitutionnelle moldave précise que dans un Etat de droit, doit être établi un équilibre entre les droits et les obligations des personnes, réalisé par un équilibre des normes juridiques. Si les droits reconnus par l'ordre juridique sont violés, s'ouvre une procédure judiciaire pour rétablir la situation. De plus, la Cour Constitutionnelle précise qu'une telle procédure est nécessaire pour rétablir l'équilibre entre les parties, conformément à la volonté du législateur.

1201. L'accès du consommateur à la justice est garanti et par l'article 5 a) de la Loi n° 105-XV du 13.03.2003 qui dispose que chaque consommateur a droit à la protection de ses droits par l'Etat, y compris par l'intermédiaire des tribunaux, qui constituent le pouvoir judiciaire de l'Etat de droit. Selon l'article 114 de la Constitution de la République de Moldova « la justice se réalise seulement par les tribunaux ».

1202. L'article 26 de la Loi n° 105-XV du 13.03.2003 et le point 21 de la Décision du Gouvernement n°1465 du 08 décembre 2003¹³⁸¹ relatif aux droits du consommateur, lui permet de saisir directement les tribunaux, sans l'obligation de couvrir la phase administrative de cette procédure.

1203. Le problème qui se pose dans ce contexte est la relation entre l'accès à la justice et le coût de l'exercice de ce droit¹³⁸². Bien que la justice soit garantie pour tous, la procédure civile implique de nombreuses dépenses, comme les taxes d'état, les timbres postaux, les frais d'expertises, les frais de preuves et en terminant par les honoraires d'avocats, qui, en dépendance des services offerts, s'élèvent à des montants de plus en plus élevés. En outre, la plupart des dépenses doivent être faites à l'avance. Mais en outre, la question se pose de savoir s'il : « existe un réel accès à la justice sur le plan moldave pour la répression des clauses abusives en particulier? ». Ainsi, nous croyons qu'il ne peut y avoir d'accès réel à la justice et qu'il ne peut pas y avoir de pleine égalité devant la loi, si le jugement d'une affaire dépend de la situation matérielle du demandeur, et notamment s'il ne peut se permettre de supporter les coûts d'un procès civil¹³⁸³. Dans ce contexte, le concours de l'imperium du juge lui est fondamental. Pour le

¹³⁸⁰ La décision de la Cour Constitutionnelle de la République de Moldova sur l'interprétation de l'article 20 de la Constitution moldave, le Monitor Officiel, nr.56-59 du 29 juin 1998

¹³⁸¹ La décision du Gouvernement nr.1465 du 08.12.2003 (Monitorul Oficial de la République de Moldova Nr.248-253/1530, 19.12.2003)

¹³⁸² VOICU M., Accesul liber la justiție, în « Dreptul » nr.4/1997, p.10

¹³⁸³ CIOBANU V.M., Tratat theoretic și practice de procedură civilă, ed. Național, București, 1996, vol.I, p.48; VOICU M., Accesul liber la justiție, în « Dreptul » nr.4/1997, p.10

consommateur, sans moyens financiers, l'appel au pouvoir coercitif de l'Etat apparaît comme un vrai luxe¹³⁸⁴.

1204. Le consommateur peut, en outre, choisir entre pour être membre d'une association de consommateurs ou tenter une action individuelle contre le professionnel et supporter tous les frais d'une procédure judiciaire. Ainsi, conformément à l'article 1 a) de la Loi sur la taxe de l'État nr.1216-XII du 03 décembre 1992¹³⁸⁵ pour une action en justice, le demandeur doit payer une taxe d'état de 3% de la valeur de l'action ou du montant la somme reçue, mais pas moins de 150 lei et pas plus de 25.000 lei (1 Euro correspond approximativement à 16 lei en 2013).

1205. Ainsi l'Etat, poursuivant son objectif de protection des consommateurs, pourrait faire valoir que les consommateurs et les organisations de consommateurs soient exemptés de taxes d'état par l'établissement d'une assistance juridique gratuite aux consommateurs à faible revenus, de sorte que les coûts élevés du procès civil ne les découragent pas d'agir pour la défense de leurs droits.

1206. Etant consciente de ce problème, comme praticien dans le domaine, nous avons proposé la modification de l'article 4 alin.(1) de la Loi sur la taxe d'état pour la rédaction suivante: „les demandeurs sont exemptés de la taxe d'état dans les actions de protection des droits de consommateurs”. La Loi n° 140 du 28 juillet 2011, a adopté cette proposition en faveur des consommateurs. Elle est applicable depuis le 1^{er} janvier 2012.

1207. La réduction des coûts du procès est possible et la renonciation devrait être possible : selon le système de droit de la République de Moldova, l'assistance juridique en matière civile n'est pas obligatoire. Ainsi, bien informés sur leurs droits, les consommateurs peuvent soutenir seuls leur propre cause, sans recours à une assistance juridique payée. Bien sûr, il faut reconnaître que, dans ces circonstances, leurs chances de succès diminuent tandis que celles des professionnels, qui ont un pouvoir économique et juridique, augmentent.

1208. En Moldova, les tribunaux sont compétents pour examiner les litiges de consommation de droit commun. La procédure habituelle présente certains inconvénients pour les consommateurs, consistant, notamment, dans l'absence de la célérité du procès, dans le coût de la procédure et dans la difficulté à réunir les preuves. En outre, les juges ne sont pas familiarisés avec la question de la protection des consommateurs contre les clauses abusives, qui est une institution récente dans notre pays. Toutefois, il manque des dispositions spéciales sur la responsabilité pour l'admission dans les contrats des clauses abusives des contrats de

¹³⁸⁴ HEROVANU E., *Principiile procedurii judiciare*, vol. I, ed. Național, București, 1932, p.156

¹³⁸⁵ La loi sur la taxe d'état nr.1216-XII du 03.12.1992, (Monitorul Oficial de la République de Moldova 12/359 du 30.12.1992).

consommation, lorsque les intérêts économiques des consommateurs sont affectés, forçant le juge à faire usage des dispositions similaires par l'interprétation (art.732 du Code civil de la République de Moldova).

1209. On se pose donc la question de savoir s'il serait plus avantageux, pour la réalisation d'une protection adéquate des consommateurs, de créer des tribunaux spécialisés, qui assureraient une procédure rapide, efficace et moins chère pour les litiges de consommation. Dans les Etats de l'Union européenne cette solution a été proposée, mais son application a été entravée par des obstacles tels que des coûts élevés, des problèmes d'organisation et d'administration de la justice, le risque de conflits de compétence¹³⁸⁶. Au surplus, toutes les facilités d'une juridiction spéciale peuvent être réalisées dans le cadre de celle existante, en droit commun. Pour cette raison, il est nécessaire d'avoir une législation appropriée, sur le fond et la procédure, de sorte que les tribunaux puissent traiter avec facilité les litiges des consommateurs en difficulté.

1210. Dans ce contexte et afin de faciliter les procédures juridiques sur les litiges de consommation, soit à l'occasion de l'introduction d'une action individuelle ou soit à la demande d'une des associations de consommateurs (action collective), nous proposons pour le système moldave d'élaborer un Code de la consommation (d'après l'exemple français ou roumain) qui unifierait l'ensemble des normes juridiques qui concernent les droits des consommateurs, y compris la procédure visant les clauses abusives.

1211. Conformément à l'article 26 alin. (1) de la Loi n° 105-XV du 13.03.2003. « Les actions en justice relatives à la protection des droits du consommateur peuvent être engagées auprès du tribunal par les consommateurs eux-mêmes ou leurs représentants légaux, par les pouvoirs publics habilités ou les associations de consommateurs ».

1212. Contrairement aux consommateurs français, qui sont en mesure de s'informer sur leurs droits grâce à un seul instrument, le Code de la Consommation, les consommateurs moldaves ont à leur disposition trois règles juridiques qui peuvent leur servir de guide pour l'étape judiciaire:

- Le Code de procédure civile de la République de Moldova n° 225-XV du 30.05.2003¹³⁸⁷;
- La Loi sur la protection des consommateurs n° 105 du 13.03.2003¹³⁸⁸;
- La Loi du contentieux administratif n° 793-XIV du 10.02.2000¹³⁸⁹.

¹³⁸⁶ CHRISTIANOS V., PICOD F., Consommateurs, in Répertoire communautaire Dalloz, avril 1996, p.34 (nr.287);

¹³⁸⁷ Monitorul Oficial de la République de Moldova Nr.111-115/451 du 12.06.2003

¹³⁸⁸ Monitorul Oficial de la République de Moldova Nr.126-131/507, 27.06.2003.

¹³⁸⁹ Monitorul Oficial de la République de Moldova Nr. 57-58/375, du 18.05.2000

1213. La réalisation des actions en suppression des clauses abusives dépend directement du concept de protection des consommateurs sous forme de politique stratégique qui doit être entrepris par l'Etat. Comme nous avons mentionné plus haut, le consommateur moldave peut directement s'adresser au tribunal, sans faire des démarches auprès des autorités administratives habilitées sans avoir à attendre leur décision.

1214. L'article 38 du Code de procédure civile de la République de Moldova expose la règle principale pour le dépôt d'une action civile (cette règle est valable pour les litiges de consommation); elle prévoit que l'action civile est intentée devant le tribunal où se trouve l'organisation ou son administration, donc à la résidence du défendeur.

1215. En même temps, le Code de procédure civile, pour établir la compétence des tribunaux, contient des règles de compétence alternative, au choix du demandeur (art.39 du Code). Ainsi, le demandeur (dans notre cas le consommateur) dispose des options juridiques de compétence suivantes :

- l'action contre le défendeur dont la résidence est inconnu ou qui n'a pas de domicile en Moldova peut être intenté devant le tribunal où se trouve les biens de celui-ci ou devant le tribunal de son dernier domicile en Moldova. Ainsi, un consommateur étranger achète en Moldova une machine agricole défectueuse. Le vendeur s'exonère de sa responsabilité dans la période de garantie (clause exonératoire). On connaît seulement le nom de l'entreprise et l'adresse où le produit a été assemblé, mais il lui manque des informations sur le lieu de l'activité du professionnel. Dans ce cas, le consommateur va tenter une action en justice devant le tribunal où le produit a été assemblé;

- l'action contre une personne morale où contre une autre organisation peut être portée devant un tribunal où se trouve les biens de ceux-ci;

- l'action qui découle de l'activité d'une filiale ou d'un représentant d'une personne morale ou d'autres organisations peuvent être portées devant le tribunal du lieu où la filiale ou la représentation est située. Par exemple: dans le cas de livraison postale rapide, le transporteur perd le colis et, selon le contrat la société turque, s'est exonéré de sa responsabilité. L'adresse légale de la société n'est pas connue, mais celle-ci a des bureaux et des services de réception de colis en Moldova - l'action pourra être portée devant le tribunal où se trouve le représentant (la succursale);

- l'action visant à réparer les dommages causés par des lésions corporelles ou autres dommages à la santé, ou la mort, peut être introduite dans le tribunal du domicile du demandeur ou du tribunal où se produit le préjudice. Dans ce cas, le lieu de création du dommage doit être en Moldova;

- les actions d'indemnisation des dommages matériels causés à une personne ou une organisation peut être déposée devant le tribunal du lieu où les dommages ont été produits;

- l'action de défense des droits des consommateurs peut être intentée devant le tribunal du domicile du demandeur ou du tribunal où le contrat a été conclu ou exécuté;

- l'action découlant du contrat, dans lequel est indiqué le lieu d'exécution peut être intentée devant le tribunal de ce lieu;

- l'action contre le défendeur qui est une organisation ou un citoyen de la République de Moldova ou résidant dans un autre État peut être introduite devant le tribunal du siège ou du domicile du demandeur, ou devant le tribunal du lieu où se trouve les biens du défendeur sur le territoire de la République de Moldova;

- les actions en matière d'assurance peut être intentée devant le tribunal du domicile de l'assuré, de l'emplacement des biens ou du lieu d'accident.

1216. Dans la Loi sur la protection des consommateurs n° 105-XV du 13.03.2003, plusieurs clauses font référence aux actions judiciaires, et, notamment, certaines concernent la réparation de dommages moraux (article 15), et d'autres, la procédure permettant l'accès au tribunal (article 26). Ainsi, la réparation du préjudice moral causée au consommateur par le fabricant, vendeur, fournisseur en raison de la violation des droits de celui-là prévus par la loi et autres règlements, se répare à hauteur du montant fixé par le tribunal. Le préjudice moral se répare indifféremment par la réparation du préjudice matériel causé au consommateur.

1217. Dans les litiges de consommation, la qualité pour agir peut être accordée soit à un consommateur individuellement ou à une association de consommateurs, agissant au nom de ses membres, conformément à l'article 25 alin.(2) a) de la Loi sur la protection des consommateurs¹³⁹⁰. Le consommateur individuel agit en justice contre celui qui lui a causé un préjudice, comme tout citoyen, sans bénéficiaire de lois spéciales, ou des exonérations des taxes d'état. Force est toutefois de reconnaître que le consommateur moyen moldave n'est pas suffisamment informé de ses droits et, souvent, dans une mauvaise situation financière. A toutes ces difficultés s'ajoutent les principes fondamentaux du droit procédural, qui n'ont pas été adaptés à la protection des consommateurs¹³⁹¹. Tel est le principe de l'égalité des parties dans la procédure civile bien que, dans les litiges de consommation, les parties ne sont pas sur un pied d'égalité.

¹³⁹⁰ Loi sur la protection des consommateurs n° 105-XV du 13.03.2003

¹³⁹¹ CHRISTIANOS V., Les codes de procédure civile français et hellénique face à l'accès du consommateur à la justice, R.I.D.C., 1988, p.408

1218. Un autre principe est celui de la disponibilité. Celui-ci signifie que les actes de procédure sont réalisés à l'initiative des parties, donc sans une aide juridique qualifiée. Par ailleurs, il peut y avoir des difficultés d'administrer les preuves, surtout lorsque une expertise technique est nécessaire, notamment si le professionnel n'honore pas son obligation de passer l'expertise à ses frais, comme cela est prévu dans l'art.13 alin.(2) de la Loi sur la protection des consommateurs.

1219. Par conséquent, les hypothèses de recours à la justice moldave (ou étrangère) ne sont pas très grandes pour un consommateur ordinaire, de sorte que seulement la nature du préjudice et l'intérêt économique en jeu, peut amener le consommateur à agir individuellement contre les professionnels qui pratiquent une activité frauduleuse.

§ 2nd - La portée de l'action

1220. Dans ce paragraphe, on peut partir du constat selon lequel, en l'état actuel des choses, dans ces litiges individuels, la portée de la décision du juge qui déclarera abusive telle ou telle clause d'un contrat déterminé conclu entre un professionnel et un consommateur également déterminé trouvera ses limites dans les principes procéduraux traditionnels tirés de l'autorité de la chose jugée **(A)**; ce qui pose la question du renforcement de la sanction encourue par le professionnel en cause, notamment par une condamnation complémentaire à une sanction pécuniaire **(B)**.

A) – Le problème de l'autorité relative de la chose jugée

1221. L'autorité de la chose jugée interdit de remettre en cause un jugement, en dehors des voies de recours prévues à cet effet. Elle est évoquée dans le Code de procédure civile¹³⁹², ainsi que dans le Code civil¹³⁹³. En effet, en 1804, l'autorité de la chose jugée était conçue comme une présomption légale et irréfragable de vérité attachée au jugement («*res judicata pro veritate habetur*»), ce qui explique qu'elle soit mentionnée dans le paragraphe du Code civil consacré aux «*présomptions établies par la loi*»¹³⁹⁴. Un tel fondement est aujourd'hui unanimement critiqué : si le contenu du jugement est immuable, ce n'est pas parce qu'il est présumé conforme à la vérité (si tel était le cas, il serait impossible de justifier l'existence des voies de recours),

¹³⁹² art. 122, 480 et 482 C. pr. civ.

¹³⁹³ art. 1350 et 1351 C. civ.

¹³⁹⁴ COUCHEZ G., Procédure civile, 15e éd., Sirey, coll. « Université », 2008, n° 213 s.

GUINCHARD S.(dir.), Droit et pratique de la procédure civile 2009/2010, 6e éd., Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2009, n° 421.00 par FRICERO N., GUINCHARD S., FERRAND F. et CHAINAIS C., Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, 29e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 217 s., GUINCHARD S., FERRAND F. et CHAINAIS C., Procédure civile, 1^{re} éd., Dalloz, coll. « Hypercours », 2009, p. 104 s.

mais plus directement parce que le législateur veut éviter un renouvellement infini des procès, qui serait contraire à l'exigence de stabilité juridique. C'est pourquoi les voies de recours à l'encontre des jugements sont enserrées dans des délais au-delà desquels le jugement ne peut plus être contesté. Aussi l'autorité de chose jugée est-elle plutôt présentée aujourd'hui comme un « attribut » attaché à tout jugement afin d'éviter un renouvellement du procès.

1222. Selon le système traditionnellement applicable en droit français et moldave: une décision de justice ne produit ses effets qu'entre les parties présentes au litige. Ainsi le jugement qui déclare abusive telle clause de tel contrat conclu entre X et Y n'a autorité qu'entre X et Y. Cela revient à dire que le professionnel X en cause, dans ce litige déterminé, ne pourra pas se prévaloir de la clause jugée abusive à l'égard de ce seul consommateur Y. Mais rien ne l'oblige à modifier ses contrats; il peut continuer de se prévaloir de la clause condamnée seulement à l'égard d'Y dans tous ses autres rapports contractuels. Il pourrait même s'en prévaloir dans un nouveau contrat conclu avec le même Y ! La décision n'a de portée que dans le cadre de l'instance qui la conclut.

1223. Ainsi, en procédure civile une décision de justice a autorité de chose jugée : dès le prononcé du jugement sur le fond : le dispositif a autorité de chose jugée, ce qui s'oppose à une nouvelle action en justice entre les mêmes personnes sur le même sujet et pour la même cause .

1224. L'article 1350 du Code civil classe :

- l'autorité que la loi attribue à la chose jugée : dans les présomptions établies par la loi l'article 1351 prévoit que « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

- l'autorité que la loi attribue à la force de chose jugée : la décision de justice a force de chose jugée lorsqu'elle n'est pas susceptible de voie de recours à effet suspensif¹³⁹⁵.

1225. Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai de recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai ». L'autorité de la chose jugée est attachée au dispositif du jugement et seulement à ce dispositif.

1226. Depuis l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 7 juillet 2006¹³⁹⁶, l'objet absorbe la cause qui n'est plus une condition distincte de l'autorité de la chose jugée. La Cour de Cassation a créé une obligation de concentration des demandes par le biais de l'autorité

¹³⁹⁵ L'article 500 du NCPC

¹³⁹⁶ D. 1994. 395, concl. Jéol

de la chose jugée¹³⁹⁷ en jugeant « qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci » : le plaideur doit concentrer ses moyens juridiques dans sa demande car la chose jugée vaudra pour les moyens qui auraient pu être soulevés comme pour ceux qui l'ont été.

1227. Un arrêt du 24 septembre 2009 a suscité une controverse considérable au sein de la doctrine. S'écartant de la jurisprudence antérieure, et notamment de l'arrêt d'Assemblée plénière du 3 juin 1994, il consacre une définition très large de la « cause » au sens de l'article 1351 du Code civil, désormais entendue comme l'ensemble des faits sur lesquels est fondée la demande, sans considération pour la qualification juridique que leur a assignée le demandeur. Il y a donc identité de cause dès que les faits invoqués au soutien de la demande sont identiques dans les deux demandes. Le demandeur, débouté lors d'un premier procès, qui songerait, après l'expiration des voies de recours, à un autre fondement juridique possible, se verrait donc privé du droit d'intenter un nouveau procès. Il lui appartient, en effet, énonce la Cour de cassation, d'invoquer lors du premier procès tous les fondements juridiques auxquels il pourrait songer. Les moyens doivent être « concentrés ».

1228. Divers pays européens ont instauré de tels recours. Cependant, en France, on leur oppose toujours l'autorité relative de la chose jugée et l'interdiction des arrêts de règlement. Or comme l'a si bien dit M. Guinchard¹³⁹⁸, en clôturant un colloque de la Société de législation comparée, consacré aux recours collectifs : « La sclérose nous guette au nom de nos vieilles habitudes et de nos grands principes. Pourtant, ce que d'autres ont fait, nous pouvons le faire (« Yes, we can ! »). Le droit, comme la vie, est mouvement : n'ayez pas peur du changement ».

1229. Sur le plan communautaire, la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale ayant acquis la force de chose jugée, rendue sans comparution du consommateur, est tenue, dès qu'elle dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, d'apprécier d'office le caractère abusif de la clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans la mesure où, selon les règles de procédure nationales, elle peut procéder à une telle appréciation dans le cadre de recours

¹³⁹⁷ Cass. Ass. Pl. 7 juillet 2006, Cass. Civ. 1re 24 septembre 2009 : Cette jurisprudence résulte d'un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation que l'on trouvera ci-après. Elle vient d'être confirmée par un arrêt du 24 septembre 2009 que je reproduis à la suite. On ne peut, en principe, y faire échec que dans l'hypothèse d'un fait nouveau. La CEDH a considéré (26 mai 2011, n° 23228/08, Legrand c/France) que l'application immédiate de ce principe n'était pas contraire à l'art. 6§ 1 de la Convention EDH.

¹³⁹⁸ Colloque "La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire" Action et réflexion, <http://www.clauses-abusives.fr/colloque/fkamara.htm>

similaires de nature interne¹³⁹⁹. Si tel est le cas, il incombe à cette juridiction de tirer toutes les conséquences qui en découlent selon le droit national afin de s'assurer que ce consommateur n'est pas lié par ladite clause.

1230. On pourrait, évidemment, *de lege ferenda*, envisager de modifier les principes. La législation suédoise, postérieurement à la transposition de la directive de 1993, retient un élargissement de la portée de la décision rendue dans un litige individuel en interdisant au professionnel condamné dans une instance déterminée de continuer à utiliser les clauses jugées abusives dans ses modèles de contrats¹⁴⁰⁰. Ce peut être une piste pour renforcer la portée des décisions rendues dans ce type de litiges. Mais on peut aussi, dans le même but, envisager une autre technique qui respecte le principe traditionnel d'autorité relative de la chose jugée.

B) – La question de l'éventuelle sanction pécuniaire

1231. Le fait, pour un professionnel, d'insérer des clauses abusives dans ses contrats proposés aux consommateurs peut être considéré comme une faute¹⁴⁰¹. Conformément au droit commun de la responsabilité civile, si cette faute cause un préjudice au consommateur qui ne serait pas intégralement réparé par le fait que la où les clauses sont réputées non écrites, le consommateur serait en droit de demander des dommages-intérêts à ce professionnel indélicat. Néanmoins, cette hypothèse est rarissime. La plupart du temps, le dommage ne naît pas parce que la clause litigieuse ne s'appliquera pas. C'est pourquoi, plutôt que de rester dans le schéma traditionnel des dommages-intérêts compensatoires, on pourrait, *de lege ferenda* (au moins au regard du droit français) envisager, dans ce type de litiges (même individuels) des dommages-intérêts punitifs à l'encontre du professionnel indélicat. C'est à dire, des dommages-intérêts qui ne répareraient aucun préjudice mais qui, selon l'appréciation du juge ou dans un cadre législatif à définir, ne viendraient que sanctionner une faute. Ce serait un moyen de dissuader les professionnels de poursuivre leurs mauvaises pratiques contractuelles.

1232. Dans ces circonstances, il sera opportun de favoriser les sanctions pécuniaires demandées aux juges judiciaires, et de permettre notamment aux consommateurs de les mettre en œuvre en les dotant, par exemple, d'une arme processuelle individuelle, comme le préconise le Livre vert de la Commission européenne¹⁴⁰². L'intérêt d'introduire « ces sanctions civiles renforcées » mérite d'être replacé dans l'évolution générale du droit de la consommation.

¹³⁹⁹ Arrêt Mostaza Claro (CJCE 26 oct. 2006, aff. C-168/05)

¹⁴⁰⁰ GHESTIN J., Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, D.1991 p. 449

¹⁴⁰¹ Cass civ. 1^{er} février 2005, arrêt n° 02-20633, Bull. civ I, n° 63

¹⁴⁰² Livre vert de la Commission des Communautés européennes du 19 déc. 2005, sur les « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante » ; V.

1233. Les enjeux n'en apparaîtront que plus distinctement. Le renforcement des sanctions pécuniaires participe aussi d'une volonté d'établir les bases d'une concurrence « citoyenne »¹⁴⁰³. Il repose sur l'idée que seule l'effectivité du droit permet de lutter efficacement contre les clauses abusives à condition de reconnaître les actions privées comme un complément des actions publiques.

1234. Par ailleurs, les sanctions pécuniaires telles que les conçoit la Commission européenne consacrent la promotion de la victime, et notamment du consommateur. Prolongeant cette idée de promotion du consommateur, le renforcement des sanctions civiles suppose également une réflexion sur les droits subjectifs. Reconnaître et faciliter certaines actions à des catégories de personnes qui en étaient jusqu'à présent privées, tout au moins de facto, c'est nécessairement consacrer un nouveau droit subjectif. Comme si l'essor remarquable des « droits à » n'épargnait pas le domaine de la consommation. La subjectivisation de cette matière est une question centrale.

1235. L'intérêt porté aux éventuelles sanctions pécuniaires implique aussi un bouleversement de nos principes de procédure. L'effectivité du droit est devenue un enjeu majeur et l'accès à la justice est fondamental. Plus que la sanction elle-même, ce sont les actions individuelles appelées en renfort des actions civiles qui suscitent des craintes : crainte d'une collectivisation inédite de l'instance, d'une multiplication des procédures abusives, d'une passion processuelle animant les consommateurs en masse, d'une américanisation du droit français par l'importation des excès d'outre-Atlantique¹⁴⁰⁴.

1236. L'aménagement des sanctions civiles est également au cœur d'une évolution du droit de la responsabilité. D'un côté, la réparation des dommages de masse que permettent les actions civiles, notamment de groupe, est un défi récent. Il dépasse d'ailleurs très largement le droit de la consommation et participe d'une idée de démocratisation de la sécurité et de la réparation. De l'autre, les sanctions pécuniaires, comme sanctions civiles sont une application du principe

également le Rapport d'information, n° 3200, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur le Livre vert et présenté par LAFFINEUR M., député ; avis rendu par le Conseil de la concurrence le 21 sept. 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles ; et aussi : FASQUELLE D. et MESA R., Livre vert de la Commission sur les sanctions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, *Revue des droits de la concurrence (RDLC)* 2006/1. 33 s. ; RIFFAULT-SILK J., Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond, *Revue Lamy de la concurrence (RLC)* janv./mars 2006. 84 ; NOURISSAT C., Livre vert sur les actions en dommages-intérêts : questions de droit judiciaire privé européen, *RLC* avr./juin 2006. 45 ; CHAGNY M., Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de justice invitée au débat sur le Livre vert, *RLC* oct./déc. 2006. 86 ; HOEPFNER-LEGER I., Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion, *JCP E* 2006. 2710.

¹⁴⁰³ « En ayant la possibilité d'introduire effectivement une demande d'indemnisation, chaque citoyen européen, que ce soit une entreprise ou un consommateur, deviendra plus proche des règles de concurrence et pourra participer plus activement à leur application » : Livre vert de la Commission du 19 déc. 2005, préc.

¹⁴⁰⁴ Rapport d'information n° 3200, préc., p. 16-22.

général de la responsabilité civile pour faute. Elles affirment la place du droit commun en droit de la consommation.

1237. Enfin, ce débat s'inscrit dans un processus d'eupéanisation, de modernisation et d'internationalisation¹⁴⁰⁵ du droit, un défi que nous ne pouvons pas ne pas relever. Les enjeux des sanctions civiles étant posés, leur renforcement peut être envisagé. La promotion des sanctions pécuniaires en matière des clauses abusives ne peut être comprise qu'à la lumière de l'esprit du droit de la consommation en fonction des exigences d'efficacité de ce droit.

1238. En effet, renforcer les sanctions civiles dans le droit de la consommation serait reconnaître les victimes, et notamment les consommateurs, comme des acteurs légitimes dans la lutte contre les clauses abusives.

¹⁴⁰⁵ Le processus d'internationalisation s'explique par l'influence exercée par les droits étrangers (Etats-Unis, pays de l'Europe), mais aussi par l'importance des questions de droit international privé (choix de la loi applicable et de la juridiction compétente) et par la nécessité de prendre en considération les autres droits nationaux, notamment en matière de procédure de clémence. Sur ces questions : Livre vert de la Commission du 19 déc. 2005, préc. (2.8) : « compétence et droit applicable » ; IDOT L., Plaidoyer pour une réflexion sur l'articulation entre les programmes de clémence et les actions privées, RDLC 2005/3. 25.

Section 2 – Les litiges transfrontières

1239. Le développement des litiges transfrontières dans le domaine des clauses abusives résulte de plusieurs facteurs. Le premier tient à l'existence de l'Union européenne qui pose le principe de la liberté de circulation. Ce phénomène a été accentué par l'adoption d'une monnaie unique qui facilite les échanges économiques. Il n'est par conséquent pas étonnant que le droit de l'Union tienne compte de ce fait et qu'il occupe une grande place parmi les sources de cette matière.

1240. Le second est que, depuis quelques années, on assiste à un fort développement du commerce électronique qui modifie en grande partie les données classiques du droit de la consommation. Selon l'article 14 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, « le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou services ». On retrouve une multiplication des contrats dits entre absents, puisqu'au moment de la conclusion du contrat de consommation les deux parties ne sont pas physiquement présentes. L'échange des consentements s'opère par voie informatique. Il est fréquent que les deux parties ne soient pas domiciliées dans le même état. Ce développement a été rendu possible par l'apparition de nouveaux moyens de paiement. L'informatisation a permis d'offrir de nombreux services nouveaux aux clients. Ces services sont principalement ceux dits de télématique bancaire. D'autres moyens continuent à apparaître comme la monnaie électronique¹⁴⁰⁶.

1241. L'existence d'un élément d'extranéité ne peut avoir pour conséquence de supprimer tout ou partie de la protection accordée au consommateur dans l'ordre juridique interne. Pour cette raison, des règles spécifiques sont souvent prévues en ce domaine. Cela se retrouve aussi bien pour les conflits de juridictions (§ 1^{er}) que pour les conflits de lois (§ 2nd).

§ 1^{er} - Les conflits de juridictions

1242. En cas de litige entre un consommateur et un professionnel, il importe de savoir quelle juridiction devra être saisie pour trancher ce différend. La solution varie suivant que le professionnel est (A) ou non (B) domicilié sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne.

¹⁴⁰⁶ VASSEUR M., Le paiement électronique. JCP. 1985 I 3206; CABRILLAC M., Monétique et droit du paiement. Etudes de Juglart, LGDJ, p. 83 ; VIVANT L., La monnaie électronique, LPA, 15 septembre 1986 85 ; LUCAS DE LEYSSAC C. et LACAZE X., Le paiement en ligne, JCP, 2001 I 302; DJOUDI J. et LOISEAU G. L'état du paiement en ligne. RD bancaire, 2004 292.

A) - Le professionnel domicilié dans un Etat hors de l'Union européenne

1243. À défaut de convention spécifique, les conflits de juridiction sont réglés par les dispositions françaises de droit commun qui feront que s'il le souhaite le consommateur français sera jugé par une juridiction française. Les articles 14 et 15 du Code civil donnent compétence aux juridictions françaises dès qu'un français, peu importe qu'il soit demandeur ou défendeur, est partie à un litige. Selon l'article 14, « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ». En vertu de l'article 15, « un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger »¹⁴⁰⁷. La fonction de ces textes est simple : ils modifient les règles normales de compétence pour établir des compétences dérogatoires, quel que soit le domaine dans lequel ils sont utilisés.

1244. Il est malgré tout admis que les articles 14 et 15 du Code civil sont facultatifs. Les parties ont tout à fait la possibilité d'y renoncer¹⁴⁰⁸. Malgré tout, une telle renonciation risque d'être assez rare en droit de la consommation. En effet, la renonciation expresse est difficilement envisageable. Elle résulte de l'introduction dans la convention d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause compromissoire. Pour qu'elle puisse produire son plein effet, encore faut-il qu'elle puisse valablement être stipulée.¹⁴⁰⁹

1245. Il est également nécessaire de tenir compte des dispositions des articles 42 et 46 du nouveau Code de procédure civile. Selon le premier texte, « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur ». En vertu du second, « le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le

¹⁴⁰⁷ On a souvent considéré que cette disposition était contraire aux exigences du procès équitable tel que prévu par l'article 6, § 1 de la Convention EDH ; v. toutefois le rejet de ce grief par Cass. Irc civ., 30 mars 2004, JCP, 2004 II 10097, note EGEA V. ; Gaz. Pal., 2004 1970, note WEISSBERG S. ; Defrénois, 2004 1235, obs. MASSIP J. ; AJF, 2004 364, obs. DAVID C. ; RJPF, juin 2004 14, obs. PUTMAII F. ; LPA, 23 février 2005, note JAULT J. ; Rev. crit. DIP, 2005 89, note SINOPOLI L. Le rôle de l'article 15 est désormais réduit, puisque la Cour de cassation a récemment décidé que « l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux ». Cass. 1^{ere} civ., 23 mai 2006, Dr. famille, 2006 n° 199, obs. FARGE M. ; adde Audit. La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du Code civil, D., 2006 1846.

¹⁴⁰⁸ Par exemple en matière prud'homale Mixte, 28 juin 1974, JDI, 1975 82, note HOLLEAUX F. ; JCP, 1974 11 17881, note LYON-CAEN G. ; Rev. crit. DIP, 1975 110, note P.L.

¹⁴⁰⁹ BERNARDEAU L., Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire, RED consom., 2000 261 ; PATAUT E., Clauses attributives de juridictions et clauses abusives, Mélanges Calais-Auloy, p. 808.

défendeur : en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ».

B) - Le professionnel domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne

1246. Le Traité de Rome du 25 mars 1957 dans son article 220 prévoyait que « les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leur ressortissant : la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ». Des négociations ont ultérieurement été engagées ; elles ont débouché sur l'adoption de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Elle avait pour objectif de créer un espace judiciaire européen¹⁴¹⁰. Cet objectif a été repris par le Traité d'Amsterdam qui a donné pouvoir au Conseil pour agir dans le domaine de la coopération judiciaire¹⁴¹¹. Là est intervenu le règlement du 22 décembre 2000 qui depuis le 1er mars 2002 remplace la convention de Bruxelles¹⁴¹² (1). Cette nouvelle réglementation qui s'applique dans les relations entre membres de l'Union européenne, excepté le Danemark, comporte des règles spécifiques pour les litiges de droit de la consommation, compte tenu de la faiblesse présumée du consommateur¹⁴¹³. Il sera

¹⁴¹⁰ LAGARDE P., Heurts et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne. Mélanges Gheslin. LGDJ, p. 511 ; TENREIRO M., La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation. Mélanges Calais-Atiloy, p. 1093 ; WILDERSPIN M., Arrêts récents sur l'interprétation de la convention de Bruxelles ayant une incidence sur le droit de la consommation, RED consom., 2004 57.

¹⁴¹¹ Le traité instituant la Communauté européenne, dans sa version consolidée issue du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, prévoit désormais dans un article 61 qu' « afin de mettre en place progressivement un espace de liberté, sécurité et de justice, le Conseil arrête [...] c) des mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, visées à l'article 65 ». L'article 65. lui. énonce que mesures visent entre autres à

« a) Améliorer et simplifier

- le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires ;
- la coopération en matière d'obtention des preuves ;
- la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires ;

b) Favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence ;

c) Éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles des procédures civile applicables dans les États membres ».

¹⁴¹² BERAUDO J.-P., Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions fière civile et commerciale, JDI 2001. 1033 ; BRUNEAU Ch., Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale, JCP, 2001 I 304 ; La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne, JCP, 2001 I 314; CROZE H., Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Procédures, 2001 chron. n° 7 ; DROZ G.A. et GAUDEMET-TALLON H., La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Rev. crit. DIP, 2001 601 ; NIBOYET M.-L., La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000, Gaz. Pal., 1er-2 juin 2001, 10; La révision de la Convention de Bruxelles », Gaz. Pal., 2001 1 doctr. 943.

¹⁴¹³ GAUDEMET-TALLON H., Quel juge ? quelle loi ?, dans Dossier protection du consommateur dans l'espace européen, Dr. et patrimoine, octobre 2002 71

également nécessaire de tenir compte du règlement du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges (2).

1 - Le règlement du 22 décembre 2000

1247. L'article 1^{er} du règlement du 22 décembre 2000 prévoit qu'il s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Les articles 2 et 5.1 prévoient que compétence est donnée au tribunal de l'État dans lequel est domicilié le défendeur et en matière contractuelle à la juridiction de l'État dans lequel l'obligation servant de fondement à la demande a été ou sera exécutée.

1248. La compétence judiciaire est alors déterminée par la qualité de demandeur ou de défendeur du consommateur. Selon l'article 16, l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

1249. Pour le système de droit moldave, nous proposons qu'une telle règle soit adoptée, car elle est très favorable pour le consommateur qui ne sera pas obligé de plaider à l'étranger, ce qui aurait été très dissuasif pour lui. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur. Toutefois, le consommateur a la faculté d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire.

1250. Il ne peut être dérogé à ces règles de compétence que dans quelques rares hypothèses énumérées par l'article 17 du règlement. Il en va ainsi lorsque la convention prévoyant la mise à l'écart du règlement est postérieure à la naissance du différend. Il en est de même pour les clauses qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section ou de celles qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions.

1251. Ces règles spécifiques de compétence s'appliquent dans plusieurs hypothèses prévues par l'article 15. Tel est le cas :

- « a) Lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ;
- b) Lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ;

c) Lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités ».

1252. Cette dernière disposition est particulièrement intéressante, car elle permet d'englober les nouvelles formes de commerce et notamment le commerce par internet¹⁴¹⁴. La suite de ce texte prévoit que, lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation, comme ayant son domicile sur le territoire de cet État.

1253. Le système ainsi instauré n'est pas totalement satisfaisant, car il ne correspond pas au domaine d'application du droit de la consommation. Les règles de protection du consommateur ne s'appliquent pas en matière de crédit immobilier. De même, on assiste à une forme d'éclatement de la matière, puisque les domaines de l'assurance et des transports qui concerne également le consommateur font l'objet de dispositions spécifiques¹⁴¹⁵.

1254. L'un des défauts du règlement résultait également de la lourdeur de la procédure d'exequatur, prévue désormais par les articles 509 et suivants du (nouveau) Code de procédure civile. Une certaine amélioration de l'effectivité des décisions ainsi rendues résulte de l'adoption du règlement 2004-805 du 21 avril 2004 créant le titre exécutoire européen, dont le domaine d'application concerne comme le règlement du 22 décembre 2000 la matière civile et commerciale¹⁴¹⁶.

1255. Le mécanisme ainsi adopté est facultatif, en ce sens que le créancier peut préférer utiliser la procédure d'exécution de droit commun. Ce titre exécutoire européen pour les décisions, les actes authentiques et les transactions judiciaires. L'article 3 du règlement impose l'existence d'une créance incontestée. Tel est le cas dans quatre hypothèses :

« 1° Lorsqu'elle a été expressément reconnue par le débiteur qui l'a acceptée :

¹⁴¹⁴ BRUNEAU C., Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale, JCP, 2001 I 304

¹⁴¹⁵ Ibidem

¹⁴¹⁶ D'AVOUT L., La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805-2004 du 21 avril 2004, Rev. crit. D/P, 2006 I ; BAKER C., Le titre exécutoire européen (Une avancée pour la libre circulation des décisions ?), JCP, 2003 I 137 ; BELTZ K.H., Le titre exécutoire européen (TEE), D., 2005 2707 ; JEULAND E., Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ?, Gaz. Pal., 28 mai 2005 15 ; HUGON C. et MENUT B., Les enjeux européens du recouvrement des créances, Dr. et procéd., 2005.72 ; NIBOYET M.-L., Les nouvelles figures de la coopération judiciaire civile européenne, Dr. et patrimoine, novembre 2004 59 ; NOURISSAT C., La coopération dans les procédures d'exécution, Dr. et patrimoine, novembre 2004 68 ; Le règlement 805-2004 du Parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, Procédures, 2005 n° 10.

- 2° Lorsque tout au long de la procédure judiciaire, le débiteur ne s'est pas opposé à la demande ;
- 3° Lorsque le débiteur, après avoir contesté la créance au cours de la procédure, n'a pas comparu ou ne s'est pas fait représenter lors de l'audience relative à la créance ;
- 4° Lorsque le débiteur a expressément reconnu la créance dans un acte authentique.»

1256. L'innovation du mécanisme tient à ce que le caractère exécutoire sera donnée par le juge ayant rendu la décision et non par celui du lieu d'exécution de cette décision. Un certain nombre de garanties de procédures sont prévues¹⁴¹⁷. Dès lors qu'une décision est constitutive d'un titre exécutoire européen, elle va pouvoir circuler dans tous les autres Etats membres de l'Union, à l'exception du Danemark.

2 - Le règlement du 11 juillet 2007

1257. Le règlement du 11 juillet 2007 est entré en vigueur le 1er janvier 2009. Il ne concerne pas uniquement le droit de la consommation, puisque son article 2 prévoit qu'il « s'applique en matière civile et commerciale dans les litiges transfrontaliers, quelle que soit la nature de la juridiction, lorsque le montant d'une demande ne dépasse pas 2 000 euros au moment de la réception du formulaire de demande par la juridiction compétente, hors intérêts, frais et débours»¹⁴¹⁸. Il a par conséquent vocation à s'appliquer aux litiges de droit de la consommation dont le montant est en général assez faible. Au sens du règlement, un litige transfrontalier est un litige dans lequel au moins une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un Etat membre autre que l'Etat membre de la juridiction saisie. Cette nouvelle procédure ne remet pas en cause les procédures simplifiées qui ont déjà pu être adoptées par les Etats membres de l'Union. Pour cette raison, on peut se demander s'il ne sera pas plus simple pour un consommateur français de se servir des procédures déjà existantes.

1258. On retrouve un principe qui tend à devenir de plus en plus fréquent pour les litiges d'un faible montant : la représentation par un avocat ou par un autre professionnel du droit n'est pas obligatoire. Nous considérons qu'un tel principe doit être applicable aussi bien pour le système de droit moldave, car on espère ainsi abaisser le seuil de litigiosité et ainsi permettre à la

¹⁴¹⁷ GUINCHARD S. et FERRAND F., Procédure civile, droit interne et droit communautaire. n° 1537 et s.

¹⁴¹⁸ L'article 2 procède à certaines exclusions, à savoir les matières fiscales, douanières, administratives ou la responsabilité de l'Etat pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique. Il en va de même de l'état et de la capacité des personnes physiques, des régimes matrimoniaux, des obligations alimentaires, des testaments et des successions, des faillites, des concordats et des autres procédures analogues, de la sécurité sociale, de l'arbitrage, du droit du travail, des baux d'immeubles, exception faite des procédures relatives à des demandes pécuniaires et des atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation

partie réputée faible de pouvoir faire utilement valoir ses droits. On peut douter de la pertinence de cet argument, surtout dans une matière où un élément d'extranéité complique le litige. L'article 11 du règlement du 11 juillet 2007 dispose que « les États membres veillent à ce que les parties puissent bénéficier d'une aide pratique pour remplir les formulaires ». On ne voit pas véritablement la portée pratique de cette règle qui risque de demeurer essentiellement théorique. En France, ce rôle devrait être dévolu aux greffes.

1259. Toujours dans le but de faciliter la tâche du demandeur, le tribunal n'oblige pas les parties à assortir la demande d'une qualification juridique et, en cas de besoin, il informe les parties sur les questions de procédure. Mais surtout son rôle essentiel est de chercher à amener les parties à un accord amiable.

1260. Sous réserve des adaptations et des règles spécifiques prévues par le règlement du 11 juillet 2007¹⁴¹⁹, la procédure européenne de règlement des petits litiges est régie par le droit procédural de l'État membre dans lequel la procédure se déroule. Le règlement prévoit une disposition spécifique et innovante pour les frais et les dépens. Le principe demeure toujours celui selon lequel la partie qui succombe supporte les frais de la procédure. Mais il prévoit leur limitation dans son article 16 disposant que « toutefois, la juridiction n'accorde pas à la partie qui a eu gain de cause le remboursement des dépens qui n'étaient pas indispensables ou qui étaient disproportionnés au regard du litige »¹⁴²⁰.

1261. L'approche moldave sur les conflits de juridictions. Un consommateur moldave, qui a conclu un contrat de consommation avec un professionnel domicilié dans un autre Etat, peut demander des dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle, grâce à une action en justice.

1262. L'instance moldave saisie par le consommateur va vérifier sa compétence en formulant une nouvelle question: les règles de droit national relatives à la protection des consommateurs qui établissent la responsabilité contractuelle du professionnel, sont-elles des règles d'application nécessaires (immédiat) ou pas ?¹⁴²¹ Le juge est confronté à une situation pour laquelle il ne trouve pas de réponse dans la législation nationale. Sur l'interprétation et dans le cadre de son rôle actif, c'est au juge qu'il appartient de rechercher si le domaine de la protection des consommateurs est une question de sécurité d'une importance telle qu'elle lui

¹⁴¹⁹ Le Règlement du 11 juillet 2007 a été complété, en France, par un décret du 17 décembre 2008 : art. 1382 à 1390 Code de procédure civile

¹⁴²⁰ L'article 18 prévoit certaines possibilités de réexamen de la procédure

¹⁴²¹ FILIPESCU I.P., *Drept internațional privat*, ed. Actami, București, 1997, vol.I, p.40-41 ; MACOVEI I., *Drept internațional privat*, ed. Ars Longa, Iași, 1999, vol.I, p.21-22; JAKOTĂ M.V., *Drept internațional privat*, ed. Fundației «Chemarea » Iași, 1997, vol.I, p.60-71;

confère le droit d'appliquer directement et nécessairement la loi moldave et, en outre, la compétence des tribunaux de la République de Moldova.

1263. Si la réponse est affirmative, la loi applicable détermine la compétence internationale et non inversement. Le tribunal compétent sera toujours celui de la République Moldova. Le juge saisi pour la résolution d'un litige effectue une mission d'intérêt public qui lui a été déléguée. Il ne va pas étudier les règles de compétence en droit international privé ni les normes conflictuelles pour déterminer la loi applicable, mais il va se déclarer compétent et il va appliquer la *lex fori*. Le litige met en question un problème de la sécurité juridique, protection des communautés de consommateurs et pas seulement des consommateurs individuels¹⁴²².

1264. Ainsi, les règles de compétence en droit international privé de la République de Moldova disposent, dans l'article 460 alin.(1) du Code de procédure civile, que les tribunaux de la République sont compétents pour juger les litiges avec l'élément d'extranéité en responsabilité contractuelle si :

- l'organisme de gestion ou la filiale, l'agence, la représentation de la personne étrangère a le siège enregistré en République de Moldova ;
- le défendeur a les biens sur le territoire de la République de Moldova;
- l'acte ou autre circonstance qui cause des dommages, s'est produit sur le territoire de la République de Moldova ;
- l'action découle d'un contrat dont l'exécution, totale ou partielle, doit avoir lieu ou a eu lieu dans la République de Moldova ;
- l'action résultant de l'enrichissement sans cause a eu lieu dans la République de Moldova ;
- dans le processus les parties ont expressément convenu que les litiges seront résolus selon la *lex fori*.

1265. Supposons qu'un contrat ait été conclu par correspondance entre un consommateur moldave et un commerçant basé en France, suite à la publicité faite par l'intermédiaire de télévision par câble. Conformément à l'art. 1609 alin.(1) du Code de procédure civile de la République de Moldova, le lieu de la conclusion du contrat est le pays où se situe le siège de la partie qui a proposé l'offre du contrat, c'est-à-dire la France. Apparaît donc un conflit de compétence entre l'instance judiciaire française, où est le siège du défendeur et où a été conclu le contrat, et l'instance judiciaire moldave, correspondant au lieu d'exécution du contrat. Si l'instance saisie est celle moldave, elle va appliquer les normes nationales selon l'art.460 alin.1

¹⁴²² FALLON M, Problématique du contentieux de la consommation transfrontière en Europe, in R.E.D.C. 4/1988, p.270

du Code de procédure civile et elle va se déclarer compétente en ce sens. Si l'instance saisie est française, elle va se déclarer également compétente conformément à l'article 15 du Règlement (CE) nr. 44/2001 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, qui prévoit que le consommateur a la possibilité de choisir entre la Cour et le siège du défendeur et son domicile, lorsque la publicité est effectuée en Moldavie.

1266. Si la société française a une filiale, une succursale ou une représentation en Moldova, le consommateur moldave va renvoyer l'affaire au tribunal de la République de Moldova, conformément à l'art. 460 alin. (1) (a)) du Code de procédure civile, qui lui confère la compétence. Toutefois, aucune disposition n'empêche le consommateur moldave d'introduire l'action devant le tribunal français. Ainsi, il peut choisir entre deux Tribunaux tout aussi compétents, selon ses intérêts.

1267. Toutefois, il faut reconnaître qu'en République de Moldova il n'existe pas une pratique judiciaire dans le domaine de la responsabilité pour les clauses abusives insérées dans les contrats de consommation. Les normes du Code civil moldave ne contiennent pas d'autres dispositions qui détermineraient la compétence de droit international privé dans les tribunaux nationaux en matière des clauses abusives. Ainsi, l'indication figure dans l'article cité sur l'application des lois de la République relatives à l'application des traités internationaux conclus entre la République de Moldova et les autres États¹⁴²³.

1268. Ainsi, pour régler les conflits de juridictions, l'instance judiciaire de la République de Moldova doit rechercher s'il existe, entre la République de Moldova et l'État étranger du citoyen lésé, un traité d'assistance juridique réciproque qui contiendrait des dispositions sur la détermination de la compétence des tribunaux. Si un tel traité existe, les tribunaux suivent les règles permettant de déterminer les compétences prévues par ce dernier. Si un tel accord fait défaut, il conviendra de se référer aux règles de compétence prévues par le Code de procédure civile de la République de Moldova.

1269. La Convention sur l'assistance juridique et les rapports juridiques en matière civile, familiale et pénale entre les États membres de la **Communauté d'Etats Indépendants**, dans l'article 20 alin.(1) prévoit que l'instance sera compétente pour régler un conflit transfrontalier de consommation en cas de litige, selon la résidence du défendeur (si c'est une personne morale – l'instance où a le siège l'appareil administratif, la représentante ou la filiale)¹⁴²⁴. Conformément

¹⁴²³ Les traités internationaux sur l'assistance juridique en matière civile, famille et pénale contiennent des dispositions relatives à la détermination de la compétence des tribunaux des États contractants, BĂIEȘU V., CĂPĂȚÎNĂ I., Drept internațional privat, Note de curs, Chișinău 2000, p.241

¹⁴²⁴ La Convention sur l'assistance juridique en matière civile, famille et pénale entre les États membres de la Communauté des États Indépendants signé par la République de Moldova à Minsk, le 22.01.1993 et en vigueur pour la République de Moldova du 16.03.1996

à la lettre b) de l'alin.(2) du même article, la République de Moldova sera compétente lorsque sur son territoire a été exécuté ou va être exécuté en tout ou en partie, une obligation contractuelle, qui fait l'objet du litige de consommation.

1270. Le traité entre la République de Moldova et **l'Ukraine** sur l'assistance judiciaire en matière civile et pénale, dans l'article 33, alin.(2) prévoit que la compétence de l'instance dans les litiges relatifs aux relations contractuelles est "de celle de la partie contractante sur le territoire duquel est situé le domicile du consommateur. La juridiction de la partie contractante est également compétente sur le territoire duquel se trouve le domicile ou le siège du défendeur si l'objet de litige ou la propriété du défendeur se trouve sur ce territoire ». Par exemple, dans le cas de l'achat d'une maison résidentielle en Ukraine¹⁴²⁵.

1271. En vertu du traité entre la République de Moldova et **la Roumanie** sur l'assistance juridique dans la juridiction civile et pénale, est établie la compétence des tribunaux des Parties contractantes seulement à l'égard de la responsabilité contractuelle, qui, dans l'article 49, alin.(3) détermine la compétence des autorités de la partie contractante sur le territoire duquel le fait causant les dommages a été commis ou sur le territoire duquel réside le défendeur¹⁴²⁶.

1272. Le traité entre la République de Moldova et la **Fédération de Russie**, sur l'assistance juridique et les relations juridiques en matière civile, familiale et pénale, en son article 40, paragraphe 3, prévoit que, concernant les engagements relatifs à l'indemnisation des dommages, sera compétente la juridiction de la partie contractante sur le territoire duquel l'action a pris place. Dans le cas de la responsabilité contractuelle, la compétence des tribunaux est déterminée par les dispositions de l'art. 21 du traité, et notamment seront compétents les tribunaux du lieu de la résidence du demandeur.

1273. Pour les pays avec lesquels la République de Moldova n'a pas conclu de traité sur l'assistance juridique, les règles de compétence seront établies conformément aux dispositions de l'art. 460 du Code de procédure civile. En général et dans des litiges de consommation en particulier, la finalité suivie est celle de l'exécution de la décision par laquelle le professionnel responsable a été obligé de payer des dommages intérêts au consommateur lésé ; ainsi en l'absence d'exécution, la décision judiciaire perd de sa valeur. L'art. 461 du Code de procédure civile prévoit la compétence exclusive, par laquelle l'instance judiciaire est la seule compétente pour juger un litige déterminé, tenant compte que l'objet du litige a la plus étroite liaison avec le territoire de l'Etat où est situé l'instance.

¹⁴²⁵ Le Traité entre la République de Moldova et l'Ukraine sur l'assistance juridique en matière civile et pénale, signée à Kiev le 13.12.1993, en vigueur pour la Moldova du 24.04.1995

¹⁴²⁶ Le Traité entre la République de Moldova et la Roumanie sur l'assistance juridique en matière civile et pénale, signée à Chişinău, le 06.07.1996, en vigueur pour la Moldova du 22.03.1998

§ 2nd - Les conflits de lois

1274. Les conflits de lois en matière de droit de la consommation devraient se raréfier, compte tenu du développement des règles communautaires en cette matière¹⁴²⁷. Mais à supposer même, souhait sans doute irréaliste, que l'on aboutisse un jour à une véritable unification, cela ne signifiera pas pour autant la disparition des conflits de lois. En effet, le développement du commerce électronique fera que de nombreux professionnels contractant avec des consommateurs ne seront pas domiciliés dans l'Union. Le commerce devient de plus en plus un commerce qui se joue des frontières¹⁴²⁸. Ainsi, en cas des conflits de lois il y a une procédure spéciale pour un Etat de l'Union européenne (A) et aussi pour un Etat hors de l'Union européenne (B).

A) - Pour un Etat de l'Union européenne

1275. En matière de loi applicable aux obligations contractuelles, la Convention de Rome du 19 juin 1980 est le droit commun des contrats internationaux des Etats membres de l'Union européenne. Ratifiée par les Etats membres, elle est entrée en application le 1er avril 1991. Si cette convention a donné satisfaction, il n'en demeure pas moins qu'elle ne fait pas l'objet d'une application homogène de la part des juridictions des Etats membres. Un protocole additionnel, qui n'a été par tous les Etats membres que depuis fin 2004, a donné compétence à la Cour de justice des Communautés européennes pour interpréter cette Convention de Rome, grâce au mécanisme des questions préjudicielles. Depuis lors, la CJCE a été saisie à plusieurs reprises. Il s'agit de l'un des éléments qui a pu justifier le besoin de transformer la Convention en règlement communautaire : en présence d'un règlement communautaire, la CJCE est automatiquement compétente pour interpréter le texte, cela assurant une interprétation uniforme du texte¹⁴²⁹.

1276. En janvier 2003, la Commission européenne a publié un Livre vert sur la modernisation de la Convention de Rome de 1980 et sur sa transformation en instrument communautaire. Suite à de nombreuses consultations, a été publiée, le 15 décembre 2005, une proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

1277. Cette proposition était audacieuse et novatrice :

¹⁴²⁷ GANNAGE L., La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation. Mélanges Calais-Auloy, p. 421.

¹⁴²⁸ FALLON M., Le droit des rapports internationaux de consommation. JDI, 1984 765.

¹⁴²⁹ Note de Synthèse réalisée par NOURISSAT C., dans le cadre de la réunion organisée le 16 décembre 2008 à la CCI de Lyon

- Ainsi, alors que la Convention de Rome prévoyait un rattachement objectif en l'absence de choix de la loi applicable par les parties au contrat fondé sur un mécanisme présomptif (article 4 § 1 : « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits », et § 2 « il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle »), la proposition de règlement proposait un système de rattachements fixes. Ce système des rattachements fixes a été repris par le règlement Rome I, avec néanmoins la réintroduction d'une clause de sauvegarde générale (article 4 § 3 du règlement Rome I).

- Par ailleurs, la proposition consacrait sur le plan communautaire le principe du contrat sans loi : elle prévoyait la possibilité de choisir comme loi applicable aux obligations contractuelles un droit non étatique, tels que les principes généraux du commerce international ou les principes européens du droit des contrats. Le Conseil de l'Union européenne s'y étant fortement opposé, cette possibilité a été supprimée du règlement Rome I. Seul le considérant 13 dudit règlement permet aux parties « d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». Cette rédaction laisse assez dubitatif.

1278. Le règlement Rome I, qui a été adopté par le Parlement européen et le Conseil le 17 juin 2008, apparaît donc comme un recul par rapport à la proposition de 2005. Le texte final est, en apparence, très proche de celui de la Convention de Rome de 1980. En apparence seulement, car, force est de constater nombre de petits détails qui changent et qui peuvent conduire à des solutions différentes en matière de résolution des conflits de lois applicables.

1279. A noter que l'article 23 du règlement Rome I énonce que « le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des domaines particuliers, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles ». Dès lors, pour chaque mise en œuvre du règlement Rome I, il faudra s'interroger sur la conformité du résultat avec les exigences communautaires. En effet, le choix de la loi applicable, dictée par la règle de conflit de lois, ne doit pas constituer une entrave aux principes généraux du droit communautaire, telles que les libertés de circulation¹⁴³⁰.

1280. Par ailleurs, l'article 25 § 1 du règlement Rome I prévoit que celui-ci « n'affecte pas l'application des conventions internationales ». Toutefois, selon le paragraphe 2 du même article, en présence de conventions conclues exclusivement entre Etats membres et portant sur des matières réglées par le règlement Rome I, ce dernier prévaut. A noter également que le Royaume-Uni et le Danemark n'ont pas participé à l'adoption du présent règlement et ne sont

¹⁴³⁰ Ibidem

donc pas liés par celui-ci ni soumis à son application¹⁴³¹. Cependant, depuis, le Royaume-Uni a fait connaître son souhait de rejoindre les Etats membres liés par le règlement et la Commission a émis favorable en ce sens. Enfin, en vertu de son article 28 le règlement Rome I, « s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009 ».

1281. Le Règlement CE n°593/2008 du 17 juin 2008 (Rome I) a un caractère universel¹⁴³² en ce sens que la loi désignée par le présent Règlement s'applique même si cette loi est celle d'un Etat non contractant. Elle pose sous forme de principe que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. En l'absence de choix, il est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement¹⁴³³.

1282. Le champ d'application est extrêmement limité, le règlement prévoit surtout des exclusions. En vertu de l'article 1 § 2, sont exclus :

- l'état ou la capacité des personnes physiques ;
- les obligations contractuelles concernant les régimes matrimoniaux et autres relations familiales ;
- les obligations liées à des instruments négociables (lettres de change, chèques, billets à ordre, etc.) ;
- les conventions d'arbitrage et d'élection de for ;
- les questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales ;
- la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour laquelle il prétend agir (de même, dans le cas d'un organe, d'une société, d'une association ou d'une personne morale qui engagerait l'organisation entière).

1283. A cet égard, il convient de noter que la proposition de règlement avait prévu une règle spéciale pour les intermédiaires. Le règlement Rome I n'a pas retenu cette solution et a exclu de son champ d'application le contrat d'agence (article 1 § 2 g) qui reste donc soumis à la Convention de La Haye de 1978. L'article 20 du règlement exclut expressément tout mécanisme

¹⁴³¹ Cf. considérant 45 et 46

¹⁴³² La loi applicable peut être celle d'un Etat non membre de l'Union européenne (article 2)

¹⁴³³ PIEDELIEVRE St., Droit de la consommation, édition Economica, Paris 2008, p.635

de renvoi. Par ailleurs, selon l'article 21, l'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par ce règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for, ce qui s'avère au demeurant exceptionnel.

1284. Le règlement Rome I conserve la règle de principe de la Convention de Rome selon laquelle les parties peuvent choisir la loi étatique qui régira leurs relations contractuelles, sans aucune restriction particulière (article 3). De même, l'article 9 du règlement reprend à son compte la logique des lois de police. En revanche, le règlement innove relativement aux règles de conflits de lois applicables en l'absence de choix des parties¹⁴³⁴.

1285. L'article 4 du règlement Rome I, sur la loi applicable à défaut de choix des parties, représente la modification la plus significative par rapport à la Convention de Rome. En effet, sous l'empire de la Convention de Rome de 1980, à défaut de choix de la partie de la loi applicable, le contrat était régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Par présomption – simple –, ce pays était celui dans lequel le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Le problème était dès lors d'identifier la prestation caractéristique¹⁴³⁵.

1286. Il faut mentionner, que l'art 1611 alin.(1) du Code civil moldave ne prévoit pas la « prestation caractéristique », étant en effet une omission de législateur moldave dans la traduction du Code allemand du mot « caractéristique ». Ainsi, nous soutenons qu'une telle précision de la prestation caractéristique est nécessaire pour le Code civil moldave, car seulement ainsi on peut déterminer dans le contrat les liens les plus étroites avec le pays du professionnel.

1287. Or, le règlement Rome I a introduit des règles de conflits de lois plus précises avec un système de huit rattachements fixes. Il renforce ainsi la sécurité juridique en adoptant une liste de points de rattachement pour certains contrats énumérés à l'article 4 § 1. Le critère flexible du lien le plus étroit est seulement retenu si le contrat ne peut être rattaché à aucune des catégories de contrat de la liste de l'article 4 § 1 ou s'il est couvert par plusieurs d'entre elles¹⁴³⁶. Ce système de rattachements fixes conduit parfois à des solutions identiques à celles obtenues par l'application de la Convention de Rome de 1980. Ainsi en est-il des contrats de vente et des contrats de prestation de services, qui sont régis par la loi du pays où le vendeur / prestataire de

¹⁴³⁴ Note de Synthèse réalisée par NOURISSAT C., dans le cadre de la réunion organisée le 16 décembre 2008 à la CCI de Lyon.

¹⁴³⁵ Selon le rapport GIULIANO M., LAGARDE P., qui constitue le texte d'interprétation officiel de la Convention de Rome, la prestation caractéristique « est la prestation pour laquelle le paiement est dû »

¹⁴³⁶ Article 4 § 2

services a sa résidence habituelle, ou encore des contrats ayant pour objet un droit immobilier, qui sont régis par la loi du pays de situation de l'immeuble¹⁴³⁷.

1288. Toutefois, ce système de rattachements fixes conduira également à des solutions différentes de celles qui prévalaient sous l'empire de la Convention de Rome, du moins dans sa mise en œuvre par le juge français. Ainsi, l'article 4 § 1 e) dispose que « le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ». De la même manière, l'article 4 § 1 f) retient que « le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ».

1289. Or, ces solutions sont contraires à celles retenues par la Cour de Cassation française en application de la Convention de Rome de 1980 depuis le début des années 2000. En effet, la Haute juridiction estime que, dans les contrats de franchise / distribution, la prestation caractéristique est celle du franchiseur / concédant, ce qui conduisait à l'application de la loi du pays de résidence de celui-ci et non du franchisé / distributeur. Ce changement de solution s'explique notamment par la volonté des institutions communautaires, qui ont rédigé le règlement Rome I, de protéger les parties « faibles » que peuvent être les franchisés et les distributeurs. Il y aurait beaucoup à dire sur la réalité de la justification avancée.

1290. Si le règlement Rome I contient, à l'instar de la Convention de Rome, des règles de conflits de lois spécifiques pour certains contrats, il n'en demeure pas moins qu'il apporte quelques innovations. Ainsi, apparaissent des règles spéciales pour les contrats de consommation. De surcroît, le règlement Rome I offre un renforcement des règles protectrices des parties dites faibles, telles que les consommateurs.

1291. S'agissant des contrats de consommation, l'article 6 s'applique aux contrats conclus entre un consommateur (personne physique) et un professionnel (agissant dans l'exercice de son activité professionnelle). Cette définition est plus large que celle retenue sous l'empire de la Convention de Rome puisque pour celle-ci, le consommateur était une personne physique concluant un contrat pour un usage exclusivement privé.

1292. De plus, le domaine de protection de l'article 6 s'applique à tous les contrats passés avec les consommateurs. Le règlement Rome I met ainsi un terme à la restriction de la protection aux seuls contrats dont l'objet est la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services, ou le financement d'une telle fourniture prévue par la Convention de Rome.

1293. Par principe, la loi applicable à un tel contrat est la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. Toutefois, les parties peuvent choisir la loi régissant leurs relations contractuelles. Attention, ce choix ne doit pas priver le consommateur de la protection que lui

¹⁴³⁷ Note de Synthèse réalisée par NOURISSAT C., précité.

assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi du pays où il a sa résidence habituelle.

1294. Ce principe est infléchi pour les contrats conclus par un consommateur, toujours dans le but de le protéger et ainsi d'éviter que le choix d'une loi qui lui serait imposé ne le prive de sa protection. En effet la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits est celle de la prestation caractéristique, donc celle du pays du professionnel. Pour cette raison, le Règlement CE n°593/2008 du 17 juin 2008 (Rome I) a décidé de les protéger par des règles de conflit plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales¹⁴³⁸.

B) - Pour un Etat hors de l'Union européenne – la République de Moldova

1295. Il convient désormais d'aborder les conflits de lois en matière contractuelle liés aux intérêts économiques des consommateurs, ainsi que la loi applicable, lorsque la règle de conflit renvoie à la loi de la République de Moldova ou lorsque cette loi de la République de Moldova intervient comme une règle d'application nécessaire.

1296. La loi compétente pour réglementer les conditions de fond et les effets du contrat (*lex contractus*) peut prendre deux formes¹⁴³⁹ :

- a) *lex voluntatis*, c'est-à-dire la loi choisie par les parties conformément au principe de l'autonomie de la volonté ;
- b) la loi déterminée par l'emplacement du contrat, sur la base de règles juridiques de la *lex fori*, c'est-à-dire en l'absence de *lex voluntatis*.

1297. a) Lorsque les parties n'ont pas exprimé leur volonté pour l'application de la loi matérielle relative aux relations entre eux, c'est la législation qui va le faire par les dispositions du droit international privé contenues dans les articles 1609-1624 du Code civil moldave.

1298. En ce qui concerne les contrats, l'article 16 alin. (1) du Code civil de la République de Moldova, régit le principe *lex voluntatis*, selon lequel le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le principe de la *lex voluntatis* est consacré dans certaines conventions internationales dont la République Moldova est partie¹⁴⁴⁰.

1299. La possibilité pour les parties de désigner, par leur volonté, la loi applicable à l'acte juridique (le contrat de consommation) trouve son fondement juridique dans les dispositions de

¹⁴³⁸ SINAY-CYTERMAN A., La protection de la partie faible en droit international privé, Mélanges Lagarde. Dalloz, 2005, p. 737.

¹⁴³⁹ BABĂRĂ V., Drept internațional privat, ed. Elena –V.I, ediția III-a, Chișinău, 2009, p.246, 417p.

¹⁴⁴⁰ Par exemple, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961), ratifiée par la République de Moldova le 26 septembre 1997

la norme conflictuelle prévue à l'article 1609 alin.(2) du Code civil moldave, relatif aux actes juridiques unilatéraux et celle prévue à l'article 1610 pour les contrats qui permettent que la volonté des parties constitue le lien dans la matière des conditions du fond des actes juridiques, en général, et des contrats en particulier¹⁴⁴¹.

1300. En Moldova, le législateur assujettit les contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels au système du droit commun (1) et réglemente la protection des consommateurs, comme une norme d'application obligatoire immédiate (2).

1 – Les règles communes

1301. Les règles communes renvoient au respect du principe de l'autonomie de la volonté sans restriction, afin que les parties puissent choisir une règle de droit, peu importe que celle-ci ait ou n'ait pas de lien avec le contrat conclu¹⁴⁴², l'unique condition juridique étant que le choix « soit exprès ou qu'il résulte du contenu du contrat ou d'autres circonstances » (article 1610 du Code civil de la République de Moldova).

1302. Concernant les contrats de consommation, dans le contexte particulier du droit international privé moldave, le principe de l'autonomie de la volonté n'a pas de fonctionnalité, de sorte que les parties, le professionnel et le consommateur, puissent choisir, par consensus, toute loi applicable au contrat. Dans ces circonstances, l'autonomie de volonté peut parfois être utilisée par le professionnel abusivement en sa faveur, puisque l'accord (consensus) ne dérive pas de la concurrence de deux volontés égales et libres, et ainsi crée un déséquilibre du contrat entre le professionnel et le consommateur¹⁴⁴³.

1303. A cet égard, nous pensons que pour assurer la protection des parties faibles, les consommateurs, le principe d'autonomie de volonté devrait avoir une action limitée, en ce sens que la libre possibilité de choix de la loi applicable devrait être limitée aux lois qui offrent une meilleure protection aux consommateurs que celle du pays de son domicile ou de sa résidence. Par exemple, dans la Convention de Rome de 1980 et le Règlement du 2008, les contrats conclus par les consommateurs sont soumis à la loi choisie par les parties, pourvu que cette loi ne prive pas les consommateurs du choix de la protection accordée par les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, lorsque certaines conditions sont remplies conformément à l'article 5 de la Convention.

¹⁴⁴¹ BABĂRĂ V., Drept internațional privat, ed. Elena –V.I, ediția III-a, Chișinău, 2009, p.247

¹⁴⁴² JACQUET J.-M., Principe d'autonomie et contrats internationaux, ed. Economica, Paris, 1983, p.177 și 225-235

¹⁴⁴³ POMMIER J. Ch., Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, ed. Economica, Paris, 1992, p.155-157 ; CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, L.G.D.J., Paris, 1988, p.29

1304. Une telle règle sur le conflit aurait deux points de rattachement : l'un objectif, représenté par le domicile ou la résidence du consommateur et le point de liaison de la volonté, qui devrait être subordonnée à la comparaison des règles matérielles de la loi avec celles de la loi objectivement applicable (de la loi du domicile ou résidence du consommateur). L'élection deviendrait efficace et produirait des effets seulement dans le cas où les dispositions matérielles de la loi choisie seraient plus favorables aux consommateurs que celles du droit objectivement applicable¹⁴⁴⁴.

2 – Les normes d'application obligatoire immédiate

1305. Dans le cas de règles de protection des consommateurs comme normes d'application obligatoire immédiate, celles-ci posent avant tout le problème de leur identification. En effet dans la plupart des cas, le législateur ne se prononce pas sur la nature des normes juridiques qu'il édicte. Pour certains auteurs¹⁴⁴⁵, les lois d'application obligatoire sont des règles matérielles qui protègent l'organisation économique ou sociale d'un État et qui, par conséquent, sont requises¹⁴⁴⁶. Une loi d'application obligatoire est donc une règle d'importance, déterminée par l'ordre juridique de *lex fori*, qui doit s'appliquer à toutes les relations juridiques qui sont liées à cet ordre, indépendamment de la loi applicable, désignée par une règle de conflit. Son application immédiate est justifiée par le contenu et son but, tels que protéger les parties faibles à un contrat de consommation¹⁴⁴⁷.

1306. b) L'hypothèse où les parties n'ont pas manifesté leur volonté, conformément à l'article 1611 alin. (1) du Code civil de la République de Moldova « doit s'appliquer la loi de l'État avec lequel le contrat présente les plus étroites liaisons ». Le système de droit avec lequel le contrat a les liens les plus étroits devrait être fixé pour chaque rapport par l'instance, en dépendance de toutes les circonstances de droit et de fait, aussi bien de toutes les particularités que présentent le rapport juridique en cause. Il est considéré que les liens les plus étroits existent

¹⁴⁴⁴ KASSIS A., Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J., Paris, 1993, p.334-342; MAYER P., Droit international privé, ed. Montchrestien, Paris, 1994, p.463-464; CARLIER J-Y, Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé, Etablissement Emile Bruylant, Bruxelles, 1992, p.97;

¹⁴⁴⁵ Ibidem

¹⁴⁴⁶ KASSIS A., Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J., Paris, 1993, p.180; FILIPESCU I.P., Drept internațional privat, ed.Actami, București, 1997, vol.I, p.40-41; JAKOTĂ M.V., Drept internațional privat, ed. Fundației «Chemarea» Iași, 1997, vol.II, p.62-63;

¹⁴⁴⁷ KASSIS A., Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J., Paris, 1993, p.446;

dans le système de droit de l'État où le débiteur a son domicile ou, en l'absence de domicile, sa résidence ou le lieu où débiteur est enregistré comme une entité juridique¹⁴⁴⁸.

1307. Par conséquent, l'article 1611 alin. (l) du Code civil établit comme points de liaison avec un certain système de droit, le domicile ou à défaut, la résidence de la personne physique, débiteur de la prestation caractéristique ou le lieu d'enregistrement du débiteur personne morale. Lorsqu'il y a plusieurs points de connexion pour le même débiteur, le juge doit établir avec lequel d'entre eux le contrat a des liens plus étroits. Dans le cas où les deux parties au contrat ont le domicile ou la résidence ou sont enregistrés dans le même État, s'applique, en règle générale, la loi de cet Etat. Par conséquent, pour ces contrats le droit applicable sera le droit de cet État. Par exemple, les médecins, les avocats et les notaires fournissent des services couverts par le droit public de sorte que, s'appliquera le droit de l'Etat où ils sont admis à la pratique¹⁴⁴⁹.

1308. Le droit conflictuel de la République de Moldova prévoit que la loi du lieu de la conclusion du contrat s'applique uniquement à l'emplacement des actes juridiques unilatéraux. Ainsi, selon l'article 1609 alin.(1) du Code civil de la République de Moldova, les conditions de fond de l'acte juridique sont régies par la loi choisie par son auteur ou par la loi de l'État avec lequel l'acte juridique a les liaisons plus étroites ou par la loi du lieu où est établi l'acte juridique unilatéral. La précision s'impose, concernant les actes juridiques unilatéraux pour lesquels est utilisé un critère principal de localisation objectif, notamment la loi du lieu de la conclusion du contrat¹⁴⁵⁰.

1309. Dans le cas des relations de consommation, les intérêts des consommateurs, parfois, peuvent être violés par l'application de la loi du vendeur ou du fournisseur dont l'objectif de protection n'est pas aussi effectif que certaines dispositions d'autres lois pourraient lui offrir. Ainsi, le Règlement du 2008 ne s'applique pas à une règle de conflit spécifique pour les contrats de consommation. Toutefois, selon les circonstances, le consommateur peut prouver qu'aucune loi du professionnel ne présente de liens étroits avec le contrat, à l'inverse, son domicile ou sa résidence, établissent plusieurs points de liaison.

1310. Dans certains cas, il est possible que la loi du vendeur ou du fournisseur d'un service soit plus protectrice que la loi nationale du consommateur. Dans le cas du contrat-type, forme la plus courante des contrats de consommation, et en absence de disposition désignant la loi applicable, le consommateur acceptera comme *lex contractus*, la loi du débiteur, comme celle qui présente les liens plus étroits avec le contrat. Dans l'hypothèse où un consommateur conclut

¹⁴⁴⁸ BURUIANĂ M., Comentariul art.1611 din Codului Civil al R.Moldova, vol. II, Editura ARC, Chișinău, 2005, p.1334

¹⁴⁴⁹ Ibidem, p.1335

¹⁴⁵⁰ BĂIEȘU A., Contractele comerciale internaționale, CEP USM, Chișinău, 2007, p70

un contrat à distance ou par correspondance, s'appliquera la même loi, et notamment celle du professionnel.

1311. La loi du contrat, *lex voluntatis*, régleme les conditions de fond et les effets du contrat. Conformément à l'article 1612 du Code civil de la République de Moldova, le champ d'application de la loi du contrat comprend notamment :

- a) l'interprétation du contrat ;
- b) droits et obligations des parties ;
- c) l'exécution du contrat ;
- d) les conséquences de la non exécution ou la mauvaise exécution du contrat ;
- e) la résiliation du contrat ;
- f) les conséquences de la nullité du contrat;
- g) la cession des créances et la prise en charge de la dette en relation avec le contrat.

1312. L'énumération des aspects régis par le droit du contrat, conformément au présent article, en est une illustration. Aussi, d'autres aspects du contrat peuvent être soumis à la loi applicable en vertu de cet article, s'il n'en est pas prévu autrement¹⁴⁵¹.

1313. Supposons qu'un consommateur de la République de Moldova ait conclu un contrat de vente-achat à distance avec une société française, ayant pour objet un appareil électroménager. Si les parties ne choisissent pas la loi applicable du contrat, le droit international privé de la République de Moldova, appliquera la loi du lieu de conclusion du contrat, qui est la loi du vendeur (art. 1611 (1) du Code civil de la République de Moldova). Si, dans le contrat, il est stipulé que la vente ne se considère exécutée que seulement 7 jours après la réception par le consommateur de l'appareil commandé, l'interprétation de cette disposition devra être faite conformément à la loi française qui accorde au consommateur un délai de rétractation, au cours duquel il peut revenir sur le consentement exprimé.

1314. Du point de vue de la législation moldave, on ne considère pas que la vente est conclue sous condition ou qu'il agit seulement d'une promesse de vente¹⁴⁵², puisque la loi de la République de Moldova ne prévoit pas un tel délai de rétractation. Ainsi, l'interprétation de la nature du délai de 7 jours sera effectuée d'après la *lex contractus*, dans la mesure où l'interprétation du contrat est une question de fait, relative à son contenu. Comme la loi applicable au contrat est celle qui régit le fond, l'interprétation sera assujettie aux mêmes lois.

¹⁴⁵¹ BURUIANĂ M., Comentariul art.1612 din Codului Civil al R.Moldova, vol. II, Editura ARC, Chişinău, 2005, p.1338

¹⁴⁵² BEAUCHARD J., Droit de la distribution et de la consommation, P.U.F., Paris, 1996, p.390; DAMON-NAERT F., Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge, dans La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belge, p.227-228;

Certains auteurs¹⁴⁵³ affirment que la *lex fori* joue un rôle important dans l'interprétation : la loi de l'instance saisie autorise le juge à interpréter le contrat et prévoit la possibilité du contrôle de l'interprétation par les instances judiciaires supérieures. Cependant, les deux aspects sont sans rapport avec l'interprétation : le premier est une conséquence normale qui découle de la saisine à l'instance et la seconde est une question de procédure et d'organisation judiciaire de l'instance nationale (qui de toute façon, obéit à la *lex fori*)¹⁴⁵⁴. Ainsi, l'exécution des obligations contractuelles sera dirigée par le droit français, mais l'exécution sera assujettie à la loi de la République de Moldova parce que le contrat est appliqué dans cette République.

¹⁴⁵³ KASSIS A., Le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J., Paris, 1993, p.411;

¹⁴⁵⁴ KASSIS A., préc., p.413;

Chapitre II - Les actions collectives

1315. Les actions collectives s'inscrivent dans l'exigence d'efficacité posée par la directive communautaire du 5 avril 1993. Ce texte impose en effet aux États membres de veiller à ce que, « dans l'intérêt des consommateurs... des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives »¹⁴⁵⁵. Ces principes ont été expressément étendus aux actions des « organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs »¹⁴⁵⁶.

1316. Les actions collectives constituent un moyen puissant de lutte contre les clauses abusives. On affirme, non sans un peu d'exagération, qu'elles sont un « redoutable outil de police civile »¹⁴⁵⁷. On ne saurait négliger d'ailleurs l'impact de cette technique sur la concurrence entre les différents acteurs économiques. Qui dit suppression de clauses abusives, dit marché concurrentiel assaini¹⁴⁵⁸. L'intérêt faisant l'objet de l'action collective est de nature indivisible. Ceci signifie que tous ses titulaires sont protégés de manière identique et ce quand bien même ils - ou certains d'entre eux - pourraient être individualisés. Le fait qu'on arrive à localiser plusieurs consommateurs ayant souscrit, concrètement, des clauses abusives n'est alors que la confirmation flagrante de la nécessité de protéger la collectivité dont l'intérêt a été attaqué.

1317. Les articles L. 421-6 et suivants du Code de la consommation issus d'une loi du 5 janvier 1988 et l'article 31 de la loi moldave sur la protection des consommateurs, ont prévu au profit des associations de consommateurs agréées une action collective en vue de la suppression des clauses abusives. Cette action porte sur les formules contractuelles habituellement proposées aux consommateurs par des professionnels et celles qui sont destinées aux consommateurs et sont proposées par les organisations professionnelles à leurs membres¹⁴⁵⁹.

1318. Au plan purement civil, les actions collectives de consommateurs sont admises tant au plan national (**Section 1**) qu'au niveau transfrontière (**Section 2**).

¹⁴⁵⁵ Art. 7, point 1

¹⁴⁵⁶ Art. 7, point 2

¹⁴⁵⁷ BLOCH, C., La cessation de l'illicite - Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra-contractuelle », Dalloz, 2008, n° 174, p. 190.

¹⁴⁵⁸ Sur les rapports entre les actions des associations de consommateurs et la défense de la concurrence, v. LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLÉANI G. « Droit du marché », PUF, 2002, p. 47. Les professionnels et les commerçants finissent, en pratique, par profiter de l'exclusion de ce type de clauses des contrats types proposés par les établissements de crédit. Il serait pourtant plus contestable qu'une association de défense de consommateurs soit admise à agir pour la suppression d'une clause destinée explicitement aux commerçants. V. cependant TGI Laval 22 oct. 2007 ; Cont., conc, consom. 2008, comm. n° 24, obs. RAYMOND G., admettant qu'une association soit recevable à agir en suppression d'une clause d'attribution de compétence judiciaire destinée aux seuls commerçants, sous prétexte que la législation française sur les clauses abusives vise à la protection, non seulement des consommateurs, mais aussi des non-professionnels. Dans ce cas, l'action collective devient un instrument de régulation du marché car des professionnels qui recherchent du crédit pour les besoins de leur profession profiteraient de ses effets tout autant que les consommateurs.

¹⁴⁵⁹ PIZZIO J.-P., Les éditeurs de modèles de conventions et la protection contre les clauses abusives : INC Hebdo, 12 déc. 1997, n° 1015, p. 32)

Section 1 – Les actions nationales

1319. Appliquées à l'accès des consommateurs à la justice, sur le plan national, les actions collectives de consommateurs soulèvent des questions complexes qui seront abordées successivement, d'une part en France (§ 1^{er}), et d'autre part en Moldova (§ 2nd).

§ 1^{er} - En France

1320. Le ministère public étant en charge de la défense de l'intérêt général, peu à peu s'est développée l'idée suivant laquelle il serait souhaitable de permettre à certaines associations de consommateurs de défendre plus particulièrement l'intérêt collectif des consommateurs. Pour cette raison, la loi du 27 décembre 1973, dite loi «Royer», a reconnu aux associations de consommateurs agréées « l'exercice des droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

1321. Deux conditions étaient et sont d'ailleurs toujours nécessaires pour qu'une association puisse agir pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs¹⁴⁶⁰. La première est que l'association ait pour objet la défense de l'intérêt collectif des consommateurs. Or en la matière, il existe nécessairement une certaine ambiguïté. Les consommateurs ne sont pas une corporation, un groupe homogène. Il s'agit d'une entité variable. Le producteur, l'industriel, le distributeur et plus largement le professionnel dès lors qu'il n'agit pas dans sa sphère professionnelle devient un consommateur. D'une certaine façon, en octroyant dans certaines hypothèses à ces associations un droit d'action, le législateur a voulu les faire participer à la défense de l'intérêt général, alors qu'il est impossible de véritablement mesurer leur représentativité. On leur octroie une sorte de pouvoir moralisateur qui leur donne un poids politique.

1322. La seconde est que l'association soit agréée. L'article R. 411-1 du Code de la consommation prévoit que l'agrément des associations de consommateurs peut être accordé à toute association :

« 1° Qui justifie à la date de la demande d'agrément d'une année d'existence à compter de sa déclaration ;

2° Qui, pendant cette année d'existence, justifie d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs, appréciée notamment en fonction de la réalisation et de la diffusion de publications de la tenue de réunions d'information et de permanences ;

¹⁴⁶⁰ BORE L., La défense des intérêts collectifs par les associations, LGDJ, 1997.

3° Qui réunit, à la date de la demande d'agrément, un nombre de membres cotisant individuellement:

- Au moins égal à 10 000 pour les associations nationales, cette condition pouvant ne pas être exigée des associations se livrant à des activités de recherche et d'analyse de caractère scientifique;
- Suffisant, eu égard au cadre territorial de leur activité, pour les associations locales, départementales ou régionales »¹⁴⁶¹.

1323. L'agrément des associations nationales est accordé par arrêté conjoint du ministre chargé de la consommation et du garde des sceaux; celui des associations locales, départementales ou régionales l'est par un arrêté du préfet du département dans lequel l'association a son siège social. Dans ces deux cas, l'agrément est accordé pour cinq années. Il est renouvelable dans les mêmes conditions que l'agrément initial. La décision d'agrément ou de refus est notifiée dans un délai de six mois à compter de la délivrance du récépissé. Passé ce délai, l'agrément est réputé accordé. Les décisions de refus doivent être motivées. Ces associations sont tenues d'adresser annuellement à la Direction départementale de la consommation et de la répression des fraudes un rapport moral et un rapport financier dont un exemplaire sera remis au procureur de la république.

1324. Pour le moment, les actions ouvertes aux associations de consommateurs sont réduites. On peut souhaiter que cette limitation subsiste. En effet, ces actions n'ont pas toujours pour objet premier la réparation d'un préjudice; elles tendent surtout à sanctionner un comportement illicite. Tel est le cas des actions en cessation des clauses abusives ou illicites. Pour certains, il s'agirait d'un mouvement inéluctable du droit de la responsabilité civile¹⁴⁶². Elle conduit en tout état de cause à un retour vers une confusion entre réparation et répression que le droit français a banni¹⁴⁶³.

1325. Actuellement, ces associations participent au rétablissement de l'ordre public économique lorsque celui-ci est troublé par des pratiques illicites. Ces actions remédient aux hypothèses dans lesquelles l'action publique n'est pas mise en mouvement par le parquet. Les actions ouvertes aux associations de consommateurs sont de deux ordres : certaines ne jouent qu'un rôle secondaires pour l'élimination des clauses abusives (**A**), alors que d'autres paraissent plus efficaces à ce sujet (**B**).

¹⁴⁶¹ PIEDELIEVRE St., op.cit., p.597

¹⁴⁶² THIBIERGE C., Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile, RTD civ., 1999 556.

¹⁴⁶³ PIEDELIEVRE St, Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir, dans La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle, Resp. civ. et ass., juin 2001 68.

A)– Les actions secondaires

1326. S'agissant des actions « secondaires », il faut mentionner celles qui sont fondées, d'une part sur l'article L 421-2 (1) et d'autre part sur l'article L 421-7 (2).

1 – L'article 421-2

1327. La loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 a élargi le droit d'action des associations de protection des consommateurs agréées en leur octroyant plusieurs types d'actions¹⁴⁶⁴. D'abord, et depuis la loi de 1973, une action civile relative à des faits constitutifs d'infraction pénale portant préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs, qui peut être introduite devant les juridictions civiles ou répressives à titre principal ou accessoire (art. L.421-2 du Code de la consommation)¹⁴⁶⁵. Les associations de consommateurs peuvent agir en justice dès lors qu'une disposition législative ou réglementaire entrant dans le champ du droit de la consommation est méconnue¹⁴⁶⁶ et peu importe la nature de l'infraction. L'association peut demander une indemnisation au titre du préjudice matériel ou moral qu'elle a elle-même subi en raison de l'infraction¹⁴⁶⁷ ou de celui qui a porté, directement ou indirectement, atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs qu'elle défend¹⁴⁶⁸. En revanche, l'intérêt collectif des consommateurs ne doit pas être confondu avec le préjudice subi personnellement par les victimes directes de l'infraction. Les associations de consommateurs peuvent également demander au juge d'ordonner au défendeur ou prévenu toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites¹⁴⁶⁹ ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶⁴ CALAIS-AULOY J., Les actions en justice des associations de consommateurs, D. 1988. 193 ; MORIN A., L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988, RED consom. 1991. 31 ; PAISANT G., Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1988. 253 ; PUTMAN E., La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs, RRJ 1988. 341 ; VINEY G., Un pas vers assainissement des pratiques contractuelles, JCP 1998. I. 3355 ; cette loi a été complétée par les lois n° 92-60 du 18 janv. 1992 et n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995, ainsi que par l'ord. n° 2001-741 du 23 août 2001.

¹⁴⁶⁵ C. consom., art. L. 421-2.

¹⁴⁶⁶ TGI Nanterre, 24 juin 2003, CCC 2003. Comm. 191, note RAYMOND G..

¹⁴⁶⁷ LEBLOND N., Moyens d'action des consommateurs et riposte des professionnels, J.-Cl. Conc. Consum., fasc. 1210, n° 77.

¹⁴⁶⁸ Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, Bull. civ. I, n° 59 ; Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, JCP 2005. II. 10057, note PAISANT G. ; CCC 2005. Comm. 95, note RAYMOND G. ; RDC 2005. 735, note FENOUILLET D.

¹⁴⁶⁹ BLOCH C., La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2008.

¹⁴⁷⁰ AGATA DE LAFORCADE A., L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice, RTD Com. 2012 p. 711

1328. L'article L. 421-2 du Code de la consommation permet de demander à la juridiction civile, ou à la juridiction pénale, la cessation d'agissements illicites selon les termes de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 25 mars 2000¹⁴⁷¹.

1329. Ainsi, le texte de l'article L. 421-2 du Code de la consommation prévoit que « Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite ».

1330. On se trouve en présence d'une action en réparation d'un dommage résultant d'une infraction. En application des articles 3 et 4 du Code de procédure pénale, elle peut être exercée devant les juridictions civiles ou devant celles répressives. Selon l'article 5 de ce Code, l'option a un caractère irrévocable dès lors que l'association a exercé son action devant une juridiction civile. En pratique, la voie pénale s'avère souvent plus intéressante pour l'association, notamment pour des questions de recherche de la preuve. En pratique, on constate qu'assez souvent les actions des associations viennent en quelque sorte se greffer sur des actions engagées par le ministère public. L'action en réparation du préjudice collectif, intentée par une ou plusieurs associations de consommateurs, peut coexister avec celle engagée par un ou plusieurs consommateurs en réparation de préjudices individuels, si les faits ont porté atteinte aux intérêts défendus par l'association et à certains intérêts individuels.

1331. La réparation d'une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs est aussi difficile à mettre en œuvre, car l'évaluation du préjudice subi est nécessairement arbitraire¹⁴⁷². Cela tient en grande partie au fait que la notion d'intérêt collectif est difficile à cerner. Il appartient aux juges du fond de caractériser les éléments de ce préjudice collectif¹⁴⁷³. Les associations auront en tout état de cause droit au remboursement des frais qu'elles ont engagés. Elles obtiennent, lorsque leur demande est accueillie, le remboursement des frais taxables par la partie adverse condamnée aux dépens. Sauf à admettre l'idée de peine privée¹⁴⁷⁴, l'octroi de dommages-intérêts sera nécessairement symbolique, puisque le plus souvent le préjudice ne sera pas matériel, mais seulement moral.

¹⁴⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2010, n° 09-12.678, Sté VGC c/ UFC 38 : JurisData n° 2010-002531 ; Contrats, conc. consom. 2011, comm. 269 ; D. 2010, p. 1842, note DUPONT N. La cour d'appel d'Angers se conforme à cette jurisprudence de la Cour suprême considérant qu'il n'est pas nécessaire que les faits illicites, dont la cessation est demandée, soient constitutifs d'une infraction pénale.

¹⁴⁷² FRANCK J., Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, p. 409.

¹⁴⁷³ Cass. crim., 25 septembre 1997, Dr. pénal, 1998 n° 39, obs. ROBERT R.

¹⁴⁷⁴ CARVAL S., La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ, 1995.

1332. Pour cette raison, le législateur a orienté l'action des associations de consommateurs vers un rôle plus centré sur la recherche de faire cesser l'illicite. Cette action peut être portée devant le juge des référés¹⁴⁷⁵.

1333. Dans un but de prévention et afin de faire cesser des agissements illicites ou d'obtenir la suppression de clauses abusives, y compris par la voie pénale, l'article L. 421-3 du Code de la consommation confère au juge répressif, saisi de l'action civile, la possibilité de prononcer des injonctions, des astreintes et l'exécution provisoire des injonctions. Ainsi, les règles de procédure d'ajournement du prononcé de la peine d'un prévenu déclaré coupable sont appliquées aux litiges collectifs de consommation¹⁴⁷⁶. L'ajournement est laissé à l'appréciation du tribunal. Le juge peut ordonner l'exécution provisoire de la décision d'injonction. À l'audience de renvoi, qui doit intervenir au plus tard dans le délai d'un an à compter de la décision d'ajournement, la juridiction statue sur la peine et liquide l'astreinte s'il y a lieu. Elle peut, le cas échéant, supprimer cette dernière ou en réduire le montant. Le but de cette règle est clair ; il s'agit de contraindre le professionnel à faire cesser l'agissement illicite. Si tel est le cas, la sanction sera allégée, voire supprimée. De son côté, l'article L. 421-5 indique que l'astreinte est de plein droit supprimée à chaque fois qu'il est établi que la personne concernée s'est conformée à une injonction sous astreinte prononcée par un autre juge répressif ayant ordonné de faire cesser une infraction identique à celle qui fonde les poursuites.

1334. La juridiction saisie peut ordonner la diffusion, par tous moyens appropriés, de l'information au public du jugement rendu. Cette diffusion a lieu aux frais de la partie qui succombe ou du condamné ou de l'association qui s'est constituée partie civile lorsque les poursuites engagées à son initiative ont donné lieu à une décision de relaxe. Cette dernière mesure s'applique également pour l'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives¹⁴⁷⁷.

1335. Les associations agréées exerçant leur droit d'agir devant les juridictions civiles peuvent demander l'application des mesures prévues par l'article L.412-2. De cette façon, le juge pourra ordonner la suppression de clauses interdites ou contraires à des dispositions légales ou réglementaires : clause réduisant les droits et garanties du consommateur, clause attributive de compétence territoriale... Il pourra également demander la cessation d'une publicité trompeuse.

1336. En conclusion on peut mentionner que l'article L 421-2 ne peut servir que lorsque le professionnel a commis une infraction pénale, de nature à préjudicier aux associations. Comme

¹⁴⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2004, D. affaires. 2004 1727, note Riefa ; Contrats, conc, consom., 2004 n° 101. obs. Raymond.

¹⁴⁷⁶ V. de manière générale, SAAS C., L'ajournement du prononcé de la peine, Dalloz, 2004.

¹⁴⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2004. Bull. civ.. I, n°80; Contrats, conc, consom.. 2004 n° 101, obs. RAYMOND G.

le fait d'insérer une clause abusive dans un contrat n'est pas sanctionnable pénalement, ce ne peut être que de manière marginale que ce texte servira à la suppression de clauses abusives.

2 – L'article 421-7

1337. Ensuite, sur la base de l'article L. 421-7 du Code de la consommation, les associations de consommateurs bénéficient d'un droit d'intervention à titre accessoire¹⁴⁷⁸ devant les juridictions civiles, à l'occasion d'une instance introduite par un consommateur victime de faits non constitutifs d'une infraction pénale.

1338. L'article L. 421-7 du Code de la consommation autorise les associations de consommateurs agréées « à intervenir devant les juridictions civiles et demander notamment l'application des mesures prévues à l'article L. 421-2, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs ». L'adverbe « notamment » figurant dans l'article L. 421-7 ne semble pas interdire d'autres mesures telles que l'octroi de dommages et intérêts en réparation du dommage causé à l'intérêt collectif¹⁴⁷⁹ - laquelle s'ajoute à la demande de réparation individuelle – ainsi que la diffusion du jugement rendu (art. L.421-9). Il ne paraît pas non plus empêcher l'association de demander par cette voie la suppression de clauses abusives.

1339. Conformément à l'art L. 421-7, il s'agit d'un droit d'intervention devant la juridiction civile au soutien d'une demande initiale, introduite par un ou plusieurs consommateurs ou exercé par voie d'assignation conjointe de l'association et du consommateur. Le droit d'intervention nécessite que la procédure engagée ait pour objet la réparation d'un préjudice subi par le consommateur¹⁴⁸⁰.

1340. Ce droit d'intervention permet à l'association de devenir partie à l'instance. Elle permet à ces associations de demander, au besoin sous astreinte, l'application de mesures destinées à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite. Elles peuvent également demander réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs.

1341. De la combinaison des art. L.421-7 du Code de la consommation et art. 66 CPC il résulte que, si les associations agréées de consommateurs peuvent intervenir à l'instance introduite sur la demande initiale en réparation du préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs, en raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale, à l'effet notamment

¹⁴⁷⁸ C. consom., art. L. 421-7 ; Civ. 1^{re}, 6 janv. 1994, JCP 1994. II. 22237, note. PAISANT G..

¹⁴⁷⁹ Pour une application large de l'intérêt collectif apprécié au regard de la recrudescence des actions individuelles : Civ. 1^{re}, 13 novembre 2008

¹⁴⁸⁰ Cass. 1^{re} civ. 4 avril 1991, D., 1991 307, note BOULOC B. qui a déclaré irrecevable l'intervention volontaire d'une association de consommateur dans une procédure amiable de surendettement des particuliers.

d'obtenir réparation du préjudice cause à l'intérêt collectif des consommateurs, en revanche elle ne peuvent, à cette fin, introduire l'instance¹⁴⁸¹.

1342. Déjà en ce sens : est irrecevable l'action d'une association de consommateurs en garantie des vices caches exercée à titre principal et non par voie d'intervention¹⁴⁸². Dans l'arrêt du Versailles du 15 avril 2005¹⁴⁸³, on juge que l'art. L. 421-7 n'interdit pas à l'association intervenante volontaire de se joindre au demandeur principal des l'acte introductif d'instance.

1343. Il résulte de la recrudescence du nombre de dossier relatifs aux dysfonctionnement de l'accès à internet proposé par une société que l'intérêt collectif des consommateurs ayant contracté avec cette société se trouvait lésé et que, des lors, l'association était en droit de réclamer réparation du préjudice direct et indirect qui en découlait¹⁴⁸⁴.

1344. Par exemple, en transport ferroviaire, l'art. L.421-7 lui donnant le droit d'intervenir devant les juridictions civiles pour demander réparation du préjudice collectif subi par les usagers qu'elle représente, une association se trouve recevable à se joindre à l'action individuelle engagée par trois de ces usagers (action contre SNCF pour retards répétés des trains)¹⁴⁸⁵.

1345. En conclusion, nous pouvons affirmer que selon l'article L 421-7 du Code de la consommation les conditions d'ouverture de l'action collective sont ici étroites. Donc même impact marginal dans l'élimination des clauses abusives. Il faut qu'un professionnel soit l'auteur de faits dommageables non pénalement sanctionnés pour à l'occasion de l'action en réparation formée par le consommateur, l'association intervienne à l'instance pour demander l'élimination de clauses abusives dans le contrat.

¹⁴⁸¹ Civ.1^{re}, 21 février 2006 : Bull.civ.I, n° 95 ; R.2006, p.381 ; D. 2006 AJ 781, obs. RONDEY S.; RTD com 2006.906, obs. BOULOC B. ; AJDI 2006.373 ; JCP E 2006, n°13, p.621 ; RJDA 2006, n°963 ; Dr. Et procédures 2006.335, obs. BAZIN E. ; RLDA avril 2006. 46 obs. MEAR ; Gaz. Pal.2006.1047
Civ.1^{er}, 30 mai 2006 : Bull.civ.I, n°276 ; RTD com. 2007.219, obs. BOULOC B.; JCP 2006. IV.2385 ; CC 2006, n° 166, obs. RAYMOND G.; RLDA septembre 2006.55 obs. MEAR C. ; RDC 2006. 743, obs. FENOUILLET D.
Civ 1^{er}, 30 janvier 2007 : RCA 2007, n° 110 ;
Paris, 20 juin 2007 : JCP E 2007, n°35, p.40 ; CCC 2007, n° 265, obs. RAYMOND G. ; RJDA 2009, n° 275 ; RCA 2009, n° 9.

¹⁴⁸² TGI Nanterre, 2 septembre 2003 ; D. 2003. Somm.2824, obs. Le STANC ; CCE 2003, n° 108, note GRYNBAUM L.

¹⁴⁸³ Versailles, 15 avril 2005 : CCC 2005, n° 101, note RAYMOND G.; CCE 2005, n° 173, note CHABERT C.

¹⁴⁸⁴ Civ.1^{er}, 13 novembre 2008 : JCP 2009. I.123, n° 29, obs. RAYMOND G. ; Gaz. Pal 2009.1348, obs. FORSTER D. et HADJADJE S. ; RJDA 2009, n°682 ; RCA 2009, n° 8.

¹⁴⁸⁵ Paris, 4 octobre 1996, JCP 1997. II.22811, note PAISANT G. et BRUN Ph. ; Gaz.Pal. 1996.2.635, concl GIZARDIN H., note J.-G.M. ; D. Affaires 1996.1284 ; RJDA 1997, n° 355

B) – Les actions principales

1346. Quant aux actions « principales », ce sont celles qui sont fondées sur l'article L 421-6 du Code de la consommation. Contrairement à l'action visée par l'article L 421-7, cette action, pour être exercée par l'association, ne nécessite pas l'existence d'un litige individuel entre un professionnel et un consommateur. L'initiative appartient à l'association qui peut décider, à tout moment, d'agir contre un professionnel déterminé pour que ce dernier supprime de ses modèles de contrats telle ou telle clause considérée comme abusive au sens de l'article L 132-1. Ce type d'action est le plus fréquent en France.

1347. Cette action peut être exercée, de manière autonome, devant la juridiction civile et elle peut être menée en l'absence de tout dommage individuel subi par un consommateur et sans que le texte n'exige qu'un préjudice collectif à l'intérêt des consommateurs soit établi¹⁴⁸⁶.

1348. L'article L.421-6 permet aux associations de consommateurs d'agir en justice pour y demander la suppression de clauses abusives dans les contrats habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs. Cette action, de nature notamment préventive, est destinée à la mise en conformité des contrats susceptibles d'être proposés par des professionnels à de futurs consommateurs individuels, permet aux associations de consommateurs d'assurer la loyauté des échanges commerciaux et de lutter contre les abus de puissance économique des professionnels qui proposent aux consommateurs des contrats préédigés unilatéralement sans que ceux-ci puissent en négocier le contenu. Ce type d'action est soumis à certaines conditions **(1)** et présente diverses caractéristiques **(2)**.

1 – Les conditions d'exercice de l'action

1349. Les conditions de l'action en suppression de clauses abusives de l'article L. 421-6 du Code de la consommation, se précisent au fil des décisions de justice. En dépit du silence de la loi, la Cour de cassation a consacré dans la jurisprudence deux conditions à l'action collective : une condition négative **(a)** et une condition positive **(b)**.

a – La condition négative

1350. La condition négative suppose qu'il n'est pas nécessaire qu'existe un litige individuel opposant un professionnel à un consommateur déterminé pour que l'association puisse agir.

¹⁴⁸⁶ Selon la Cour de cassation, le tribunal d'instance est exclusivement compétent pour connaître des litiges nés de l'application des dispositions légales en matière de crédit à la consommation. Il en résulte que cette juridiction connaît des actions introduites par une association de consommateur dans le but de faire supprimer une clause abusive, Cass. 2e civ., 12 octobre 2006, Bull. civ.. II, n° 274; RDC. 2007 355, obs. FENOUILLET D.

Naturellement, sur le fondement de l'art. L.421-6, l'association pouvait aussi intervenir dans une instance opposant un consommateur individuel à un professionnel. C'est l'exemple de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1994, arrêt DIAC.

1351. Par l'arrêt du 6 janvier 1994 (DIAC c/ UFC)¹⁴⁸⁷, la première Chambre civile de la Cour de cassation a pris position sur plusieurs questions importantes concernant le contrôle des clauses abusives et l'action des associations de consommateurs. Un particulier avait conclu, avec la Société Renault-Bail, devenue ensuite la DIAC, un contrat de crédit-bail pour l'acquisition d'une automobile qui avait été accidentée en cours de contrat. L'acheteur avait restitué le véhicule et cessé de payer les loyers, mais il fut poursuivi par la DIAC sur le fondement de la clause imposant au crédit-preneur, en cas de cessation du contrat avant terme, le paiement des échéances non réglées et d'une indemnité de résiliation déduction faite du prix de vente du véhicule. L'UFC de l'Isère (UFC 38) intervint à cette instance pour faire déclarer abusives certaines clauses du contrat type proposé par la DIAC à sa clientèle et faire ordonner la suppression de ces clauses.

1352. La cour d'appel jugea recevable l'intervention de l'UFC et abusives deux clauses du contrat type : celle qui faisait supporter au preneur la totalité des risques de perte et de détérioration, même s'ils étaient dus à un événement imprévisible et irrésistible, constitutif de la force majeure et la clause pénale imposant à l'acquéreur, en cas de résiliation par suite de sa défaillance, le paiement d'une indemnité égale à la différence entre, d'une part, la somme des loyers encore dus et la valeur résiduelle du véhicule et, d'autre part, le prix de revente de ce dernier.

1353. La première chambre civile admet qu'une association de consommateurs puisse demander à la juridiction civile la suppression des clauses abusives figurant dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leur clientèle, en s'appuyant sur l'article 6 de la loi du 5 janvier 1988 (art. L.421-6), par voie de simple intervention à l'action d'un particulier.

1354. A la lecture de la loi, on pouvait hésiter car, à la différence des articles 3 et 5 (art. L.421-7) qui donnent aux associations de consommateurs un droit d'intervention, l'article 6 leur reconnaît le droit d'agir à titre principal pour demander la suppression des clauses abusives. Le demandeur au pourvoi en tirait donc la conséquence que, sur la base de l'article 6, il n'y avait pas de droit d'intervention. A vrai dire, cette argumentation avait peu de chances d'aboutir car, le

¹⁴⁸⁷ Bull. civ. I, n° 8 ; JCP 1994, éd. G, II, 22237, note PAISANT G.

droit d'action étant plus étendu que le droit d'intervention, « qui peut le plus, peut le moins ». C'est ce qu'a admis la première Chambre civile de la Cour de cassation¹⁴⁸⁸.

1355. Il faut mentionner, en effet qu'une intervention est une catégorie d'action en justice. Mais, dans la pratique, le plus souvent, c'est l'association qui, envahie par les plaintes de divers consommateurs, prend l'initiative d'agir contre le professionnel.

b – La condition positive

1356. La condition positive de l'action principale (art. L.421-6) c'est l'usage, par un professionnel, des clauses abusives, au sens de l'art. L.132-1, dans les contrats ou modèles de contrats proposés ou destinés aux consommateurs.

1357. Ainsi, l'action préventive en suppression de clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée, même si ce contrat n'est pas établi par le cocontractant professionnel lui-même¹⁴⁸⁹.

1358. L'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 2011 contribue utilement à l'édification du régime de l'action préventive en suppression des clauses abusives ou illicites stipulées dans un contrat proposé par un professionnel à un consommateur. La clause litigieuse, en l'occurrence, figurait dans un contrat de location saisonnière et tendait à interdire la détention d'animaux familiers dans les locaux donnés en location. C'est son caractère illicite qui a ici été invoqué - l'illicéité n'ayant nullement besoin d'être pénalement sanctionnée pour pouvoir l'être¹⁴⁹⁰, avec succès, par une association de consommateurs, ce, au regard de l'article 10, I, de la loi n° 70-598 du 9 juillet 1970. Ce texte, à caractère impératif, dispose, en effet, qu'« est réputée non écrite toute stipulation tendant à interdire la détention d'un animal dans un local d'habitation dans la mesure où elle concerne un animal familier ».

1359. Certes, cette loi de 1970 a, à l'évidence, été rédigée dans l'optique du bail d'habitation de la résidence principale. Mais, ainsi que le précise la Cour de cassation, au prix d'une lecture littérale du texte, par la généralité des termes qu'il emploie, il s'applique également aux locations saisonnières qui portent sur des locaux d'habitation. Cela n'est guère contestable, quoique toutes les interrogations ne soient pas résolues pour autant. On sait, en particulier, que les locations

¹⁴⁸⁸ VINEY G., Responsabilité civile, JCP Générale n° 25, 22 Juin 1994, I 3773

¹⁴⁸⁹ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2011: Bull. civ. I, n° 23; BICC 1^{er} juin 2011, n° 724, et les obs.; D. 2011. 1659, note CHANTEPIE P.; *ibid.* Actu. 510, obs. DELPECH X.; RTD civ. 2011. 350, obs. FAGES B.; RTD com. 2011. 404, obs. BOULOC B.; JCP 2011, n° 414, note PAISANT G.; JCP E 2011, n° 1285, note DUPONT F.; CCC 2011, n° 102, obs. RAYMOND G.; Gaz. Pal. 2011. 2864, note PIEDELIEVRE S; LPA 13 mai 2011, note FALAISE M.; RJDA 2011, n° 468; Dr. et proc. 2011. 145

¹⁴⁹⁰ Civ. 1^{re}, 25 mars 2010, D. 2010. Actu. 886, obs. DELPECH X., et Jur. 1842, note DUPONT N.; RTD com. 2010. 599, obs. BOULOC B.

saisonniers peuvent porter sur des habitations très diverses, qui présentent la caractéristique, pour certaines, d'être des biens de nature mobilière. Tel est le cas, par exemple, du *mobil home*, de la roulotte, ou encore de la cabane¹⁴⁹¹.

1360. Ensuite, pour la Cour de cassation, il n'est pas nécessaire que le contrat dans lequel figure la clause litigieuse soit rédigé par le cocontractant professionnel lui-même, en l'occurrence par le propriétaire et loueur du bien immobilier. Ici, il s'agissait d'un contrat-type proposé par un tiers, une association de surcroît¹⁴⁹², dont les loueurs sont adhérents et sous le label de laquelle ils offrent leurs biens au public. Que l'action en suppression d'une clause abusive ou illicite formée par une association de consommateurs puisse être exercée en présence d'un contrat-type n'est guère contestable, dès lors que l'article L. 421-6, alinéa 2, vise « une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur », disposition qui s'applique clairement à cette catégorie de contrat ou, pour reprendre l'expression quelque peu redondante utilisée par la Cour de cassation, aux « modèles-types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée ». Ce qui ne va pas de soi, en revanche, est que le contrat puisse être établi par une personne autre que le futur - cocontractant du consommateur. Il a, en effet, été jugé, dans un arrêt très remarqué, à propos d'un contrat de vente d'un appartement, que, dès lors que le contrat utilisé, dont les clauses étaient critiquées, était un modèle établi par une société d'édition spécialisée qui n'avait elle-même conclu aucun contrat avec un consommateur, l'action de l'association de consommateurs est sans objet, par conséquent irrecevable¹⁴⁹³. En effet, il semble que le professionnel, au sens de l'article L. 421-6, soit uniquement celui qui est directement intéressé à la conclusion du contrat final et qui concourt, en lui fournissant des prestations, au développement de la clientèle de son affilié. Ce que n'est pas, à l'évidence, une société d'édition, qui se contente de faire commerce de ses modèles de contrat. Aussi est-il permis de croire que la Cour de cassation procéderait davantage à un affinement qu'à un revirement de jurisprudence¹⁴⁹⁴.

1361. Enfin, il convient d'observer que, en l'occurrence, le contrat litigieux semble avoir été rédigé par la Fédération nationale des locations de France Clévacances, qui le diffuse aux associations départementales qui lui sont affiliées, ces dernières le mettant à disposition de ses membres, les loueurs. Cette fédération étant elle-même une association de la loi de 1901, la Cour de cassation admet ainsi implicitement qu'un tel groupement puisse être considéré comme un «

¹⁴⁹¹ PAISANT G., Un élargissement de l'action collective en suppression de clauses abusives, JCP n° 15, 2011. 684

¹⁴⁹² L'association Clévacances Isère, laquelle précise d'ailleurs, dans son pourvoi, qu'elle n'effectue elle-même aucune location et n'intervient pas directement auprès des locataires

¹⁴⁹³ Civ. 1^{re}, 4 mai 1999, Bull. civ. I, n° 147 ; D. 2000. Somm. 48, obs. PIZZIO J-P.; Defrénois 1999. 1004, obs. MAZEAUD D.

¹⁴⁹⁴ PAISANT G., Un élargissement de l'action collective en suppression de clauses abusives, JCP n° 15, 2011. 684

professionnel ». Cela peut *a priori* surprendre, mais la solution se justifie en droit et en opportunité. Très souvent, en effet, les contrats d'adhésion proposés aux consommateurs sont rédigés, au profit de leurs membres, par des fédérations professionnelles revêtant la structure associative. Si seuls les contrats rédigés par des groupements à but lucratif pouvaient être fulminés par les associations de consommateurs agréées, l'action préventive perdrait une grande partie de sa raison d'être¹⁴⁹⁵.

2 – Les caractères de l'action en suppression des causes abusives

1362. L'action en suppression des clauses abusives se limitent au caractère préventif de l'action **(a)** et l'objectif dissuasif **(b)**. Voilà les deux points qu'on va mettre en lumière.

a – Le caractère préventif de l'action

1363. Dans sa jurisprudence du 1er février 2005¹⁴⁹⁶, la Cour de cassation qualifie de « préventive » l'action en suppression de clauses illicites ou abusives de l'article L. 421-6. Cet aspect préventif est bien réel¹⁴⁹⁷. Cette action correspond à cette idée qu'à partir du moment où l'on avait identifié une clause abusive dans un modèle de contrat, il serait « fâcheux (...) d'attendre qu'une victime ait succombé »¹⁴⁹⁸. Il convenait de permettre aux associations agréées d'agir sans « attendre qu'un consommateur soit victime d'un de ces contrats types »¹⁴⁹⁹. Le but préventif de cette action est également bien souligné par la doctrine¹⁵⁰⁰; une simple menace de dommage du fait de la présence d'une clause abusive dans un modèle de contrat suffit à fonder l'action de l'association¹⁵⁰¹.

1364. Il n'empêche que ce caractère préventif de l'action en cessation de clauses abusives doit être bien compris. Il ne peut signifier que la recevabilité de cette dernière se trouve subordonnée au fait que les modèles de contrats litigieux n'ont pas encore été effectivement proposés ou signés par des consommateurs. Cette action doit être encore admise après la

¹⁴⁹⁵ Ibidem

¹⁴⁹⁶ Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, n° 03-16.935, n° 03-13.779, n° 03-16.905 : JurisData n° 2005-026741 ; JurisData n° 2005-026748 ; JurisData n° 2005-026742 : Bull. civ. 2005, I, n° 59, 61 et 62 ; JCP G 2005, II, 10057, note PAISANT G. ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 95, note RAYMOND G. ; RDC 2005, p. 733, note FENOUILLET D. ; D. 2005, p. 487

¹⁴⁹⁷ PAISANT G., Un élargissement de l'action collective en suppression de clauses abusives, JCP n° 15, 2011. 684

¹⁴⁹⁸ ARTHUIS J. : JOAN CR 22 déc. 1987, n° 112, p. 7961

¹⁴⁹⁹ PONIATOWSKI L. : JOAN CR, 22 déc. 1987, n° 112., p. 7960)

¹⁵⁰⁰ VINEY G., Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs : JCP G 1988, I, 3355 ; CALAIS-AULOY J., Les actions en justice des associations de consommateurs, commentaire de la loi du 5 janvier 1988 : D. 1988, chron. p. 193, spéc. p. 196; MORIN A., L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 : REDC 1991, p. 3)

¹⁵⁰¹ VINEY G., art. préc.

diffusion et l'utilisation de ces contrats-types, et ceci, dans le but de mettre un terme à cette pratique ; c'est-à-dire, pour faire en sorte que les consommateurs, à l'avenir, cessent d'en être victimes¹⁵⁰².

1365. Cette réaction a posteriori représente d'ailleurs la situation habituelle. Les associations de défense des consommateurs ne prennent en effet généralement conscience de l'opportunité d'intenter une action en suppression de clauses abusives contre un professionnel déterminé qu'une fois qu'elles ont pris connaissance des difficultés concrètes soulevées par l'application des modèles de contrats litigieux, c'est-à-dire après leur diffusion et l'expression des réclamations des consommateurs.

1366. Il en résulte que l'action de l'article L. 421-6 poursuit, la plupart du temps, en pratique, un double objectif : d'une part, faire en sorte que les modèles de contrats incriminés soient, à compter de la décision attendue, expurgés des clauses jugées abusives et que, d'autre part, soit réparé le préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs du fait de l'application, pendant un temps, des stipulations dénoncées. Par conséquent, affirmer le caractère préventif de l'action en suppression ne doit pas être incompatible avec le fait que les modèles de contrats litigieux ont déjà pu trouver à s'appliquer au détriment d'un grand nombre de consommateurs. On sait d'ailleurs que, depuis un arrêt du 5 octobre 1999 de sa première chambre civile, la Cour de cassation admet qu'une association, qui agit en suppression de clauses abusives sur le fondement de l'article L. 421-6, soit, en principe, également en droit de demander des dommages-intérêts au professionnel en cause à titre de réparation du préjudice que la diffusion de ses modèles de contrats infectés a pu causer à l'intérêt collectif des consommateurs¹⁵⁰³.

1367. Si l'on devait considérer l'action de l'article L. 421-6 comme exclusivement préventive, c'est-à-dire comme n'étant concevable qu'avant la diffusion des modèles de contrats incriminés, il y aurait contradiction à admettre en même temps l'action en dommages-intérêts de l'association. En effet, on ne saurait, en même temps, prévenir la survenance d'un préjudice déterminé et procéder à sa réparation¹⁵⁰⁴.

1368. Ce caractère préventif peut donc seulement tenir au fait que l'action tend à faire cesser, pour l'avenir, une pratique contractuelle abusive, sans faire obstacle à la réparation du préjudice que celle-ci a déjà pu causer. Ainsi peuvent se combiner prévention et réparation. Ce

¹⁵⁰² PAISANT G., Un élargissement de l'action collective en suppression de clauses abusives, JCP n° 15, 2011. 684

¹⁵⁰³ Cass. 1re civ., 5 oct. 1999, n° 97-17.559 : JurisData n° 1999-003376 ; Bull. civ. 1999, I, n° 260 ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. 182, note RAYMOND G. ; D. 2000, p. 110, note PAISANT G.. – V. dans le même sens : Cass. 1re civ., 21 oct. 2003, n° 01-13.239 : JurisData n° 2003-020681 ; Contrats, conc. consom. 2004, comm. 65, note RAYMOND G.. – Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, n° 03-13.779 : JurisData n° 2005-026748 ; Bull. civ. 2003, I, n° 61 ; JCP G 2005, IV, 1529)

¹⁵⁰⁴ PAISANT G., Un élargissement de l'action collective en suppression de clauses abusives, JCP n° 15, 2011. 684

raisonnement conduit ainsi à admettre, au rebours de ce qu'a jugé la Cour de cassation¹⁵⁰⁵ la double action de l'association alors même qu'avant l'introduction de l'instance, voire pendant le cours de cette dernière, le professionnel défendeur justifierait avoir retiré de la circulation ses modèles de contrats litigieux. La décision de suppression de telle ou telle clause de ces documents contractuels désormais délaissés serait de nature à empêcher le professionnel de les réutiliser ultérieurement, tandis que les dommages-intérêts viendraient compenser le préjudice ayant été causé à l'intérêt collectif des consommateurs du fait de l'application passée, voire toujours en cours, desdits contrats.

1369. Dans cet arrêt: “La nature préventive et l'objectif dissuasif des actions devant être mises en place, ainsi que leur indépendance à l'égard de tout conflit individuel concret, impliquent, comme l'a reconnu la Cour, que de telles actions puissent être exercées alors même que les clauses dont l'interdiction est réclamée n'auraient pas été utilisées dans des contrats déterminés mais seulement recommandées par des professionnels ou leurs associations” et l'arrêt renvoie au point 27 de l'arrêt *Oceano Grupo* du 27 juin 2000. Selon la jurisprudence dominante, une association ne pourrait se fonder sur l'article L. 421-6 pour poursuivre l'élimination d'une clause considérée comme abusive d'un contrat individuel déjà conclu¹⁵⁰⁶. La recevabilité de l'action n'est pas subordonnée à une action parallèle d'un consommateur ou à la démonstration d'un préjudice individuel¹⁵⁰⁷.

b – L'objectif dissuasif

1370. Dans l'arrêt de CJUE du 26 avril 2012¹⁵⁰⁸ on se prononce sur l'efficacité de l'action collective en suppression des clauses abusives et on reprend la « nature préventive » de l'action. L'arrêt retient aussi son « objectif dissuasif », avec toujours la même optique d'efficacité dans la lutte contre les clauses abusives dans contrats de consommation. Selon l'autorité hongroise de la concurrence, la clause qu'un opérateur de téléphonie a introduite dans les conditions générales des contrats d'abonnement lui conférant le droit de facturer a posteriori aux clients des « frais de mandat », dont le mode de calcul n'est pas précisé, est abusive. Le tribunal hongrois saisi de litiges demande en substance à la Cour de justice si la disposition hongroise permettant à tous les

¹⁵⁰⁵ Cass. 1re civ., 13 mars 1996, n° 93-21.070 : JurisData n° 1996-000840 ; Bull. civ. 1996, I, n° 134. - Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, préc.

¹⁵⁰⁶ CA Paris, 23 mai 2003 : JCP E 2004, p. 129, obs. Bruguière ; Comm. com. électr. 2003, comm. 96, obs. Grymbaum. – Implicite, Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, 3e esp. : D. 2005, p. 487, obs. Rondey. – Contra CA Toulouse, 6 déc. 1995 : D. 1996, inf. rap. p. 87

¹⁵⁰⁷ CA Rennes, 28 janv. 2005 : Juris-Data n° 2005-270029

¹⁵⁰⁸ CJUE, 26 avril 2012, n° C-472/10, aff. *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt*

consommateurs concernés de bénéficier des effets juridiques de la déclaration de nullité d'une clause abusive, prononcée à la suite d'un recours d'intérêt public, est conforme à la directive.

1371. La Cour répond que la législation hongroise contestée s'inscrit précisément dans l'orientation de la directive selon laquelle les États membres sont tenus de veiller à ce que des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives.

1372. Ainsi, il appartient à la juridiction de renvoi statuant dans la procédure en cessation, initiée dans l'intérêt public, au nom des consommateurs, par un organisme désigné par la législation nationale, d'apprécier, au regard de l'article 3, paragraphes 1 et 3, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, le caractère abusif d'une clause figurant dans les conditions générales des contrats de consommation par laquelle un professionnel prévoit une modification unilatérale des frais liés au service à fournir, sans pour autant décrire clairement le mode de fixation desdits frais ni spécifier de raison valable de cette modification.

1373. Dans le cadre de cette appréciation, ladite juridiction devra vérifier notamment si, à la lumière de toutes les clauses figurant dans les conditions générales des contrats de consommation dont la clause litigieuse fait partie, ainsi que de la législation nationale prévoyant les droits et les obligations qui pourraient s'ajouter à ceux prévus par les conditions générales en cause, les raisons ou le mode de variation des frais liés au service à fournir sont spécifiés d'une manière claire et compréhensible et si, le cas échéant, les consommateurs disposent d'un droit de mettre fin au contrat.

1374. Mais, toujours par référence à la jurisprudence de l'Union, le droit français prend-il en compte l'objectif dissuasif qui s'attache à ce type d'action ?¹⁵⁰⁹ Plusieurs éléments peuvent être mentionnés en ce sens. Tout d'abord, l'article 421-6, lui-même, dispose que la condamnation du professionnel en cause pourra intervenir « au besoin sous astreinte ». Également, le juge a la faculté d'ordonner, aux frais du professionnel qui succombe, suivant des modalités et une limite déterminées, la publication du jugement rendu¹⁵¹⁰.

1375. Dépassant la lettre de l'article L. 421-6, et avec l'appui de l'article L. 421-1, dans un arrêt remarqué du 5 octobre 1999¹⁵¹¹ la Cour de cassation a admis qu'en même temps qu'elle demandait la suppression de clauses abusives ou illicites, l'association était en droit d'obtenir du professionnel condamné des dommages-intérêts en réparation du préjudice direct ou indirect que

¹⁵⁰⁹ PAISANT G., L'élargissement, par la CJUE, de la portée des actions collectives en suppression de clauses abusives, JCP G n° 28, 9 Juillet 2012, 840

¹⁵¹⁰ C. consom., art. L. 421-9

¹⁵¹¹ Cass. 1re civ., 5 oct. 1999, n° 97-17.559 : JurisData n° 1999-003376 ; Bull. civ. 1999, I, n° 260 ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. 182, obs. RAYMOND G. ; D. 2000, p. 110, note PAISANT G.. - dans le même sens, Cass. 1re civ., 21 oct. 2003, n° 01-13.239 : JurisData n° 2003-020681

sa pratique contractuelle avait causé à l'intérêt collectif des consommateurs, étant entendu que l'existence de ce préjudice devait être démontrée¹⁵¹².

1376. Sans doute, réparation n'est pas sanction. Il n'empêche que, spécialement quand le montant des dommages-intérêts est significatif, la condamnation prononcée est bien ressentie comme une sanction et revêt une nature dissuasive à l'égard de l'intéressé et, sans doute au-delà, pour tous ceux qui usent de pratiques contractuelles similaires. Ceux-ci sont ainsi avertis de ce à quoi ils s'exposent s'ils persévèrent. Le curatif rejoint le dissuasif¹⁵¹³.

1377. Mais, cette jurisprudence connaît une limite. La Cour de cassation retient en effet que l'action collective en cessation devient « sans objet » et celle en dommages-intérêts « sans fondement » lorsque, au jour où le juge statue, les modèles de contrats litigieux ne sont plus proposés aux consommateurs, soit que le professionnel les ait retirés de la circulation, soit qu'il ne les propose plus qu'à sa clientèle de professionnels¹⁵¹⁴.

1378. Cette position, qui fait fi des préjudices portés à l'intérêt collectif des consommateurs, pendant le temps où lesdits modèles ont été diffusés et appliqués, et qui ignore la situation des consommateurs qui continuent de subir les inconvénients de ces contrats antérieurement souscrits mais toujours en exécution, est évidemment critiquable. Si, en effet, l'action en cessation était seulement de nature préventive, il conviendrait de la réserver aux seules hypothèses dans lesquelles les modèles de contrats en cause n'ont pas encore été diffusés, et donc, n'ont pas encore été à même de causer des préjudices ; ce qui ne correspond pas à la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même. Et, ce n'est pas parce que, en cours de procédure, le professionnel décide de retirer ses modèles de contrats de la circulation que disparaissent, comme par enchantement, les préjudices antérieurement ou toujours causés du fait de leur utilisation passée ou de leur exécution en cours !

1379. Clairement, cette jurisprudence de la Cour de cassation, contredit l'exigence d'efficacité inscrite à l'article 7 de la directive de 1993. Elle méconnaît aussi l'objectif de dissuasion attaché à ces actions collectives en permettant aux professionnels de s'exonérer à bon compte une fois confrontés à une procédure.

1380. On voit donc que, contrairement à la législation hongroise qui, dans l'espèce du 26 avril 2012, faisait l'objet de la discussion, le droit positif français est encore loin d'admettre que la reconnaissance du caractère abusif d'une ou plusieurs clauses, à l'occasion d'une action en cessation, « produise des effets à l'égard de tous les consommateurs ayant conclu avec le

¹⁵¹² Cass. 1re civ., 1er févr. 2005, n° 03-13.778 : JurisData n° 2005-027870 ; Bull. civ. 2005, I, n° 61

¹⁵¹³ PAISANT G., L'élargissement, par la CJUE, de la portée des actions collectives en suppression de clauses abusives, JCP G n° 28, 9 Juillet 2012, 840

¹⁵¹⁴ Cass. 1re civ., 13 mars 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 134. - Cass. 1re civ., 1er févr. 2005 : Bull. civ. 2005, I, n° 59

professionnel concerné un contrat auquel s'appliquent les mêmes conditions générales », avec toutes les conséquences qui en résultent¹⁵¹⁵.

1381. Si donc, la législation hongroise, de ce chef, est conforme à la directive de 1993, l'idée selon laquelle le droit français ne le serait pas ne peut être écartée¹⁵¹⁶ !... Nécessairement, la Cour de cassation devra réviser sa position, comme elle avait dû naguère s'y résoudre sur la question de la reconnaissance du pouvoir d'office du juge¹⁵¹⁷. Pour la clarté des choses, il paraît même difficile, ici aussi, de faire l'économie d'une intervention législative pour élargir l'autorité de la chose jugée de telles actions.

1382. Ainsi, on peut conclure que la nature préventive et l'objectif dissuasif des actions en suppression des clauses abusives impliquent que notre de telles actions puissent être exercées alors même que les clauses dont l'interdiction est réclamée n'auraient pas été utilisées dans des contrats déterminés¹⁵¹⁸. L'action collective à fin de suppression préventive et générale de clauses abusives est recevable indépendamment de toute action individuelle d'un consommateur et de la signature effective d'un contrat¹⁵¹⁹.

1383. Comparaison avec l'art. 421-2 et l'art. 421-6. Alors que l'action en cessation de l'article L.412-2 ne vise que les « clauses illicites » (autrement dit interdites par une disposition législative ou réglementaire), l'action en suppression de l'article L.421-6 englobe aussi les clauses abusives. Les tribunaux disposent alors d'une grande marge de manœuvre, guidés dans leur démarche par les critères énoncés par l'article L. 132-1¹⁵²⁰. Bien sûr, l'article L. 421-2 possède une fonction prospective identique à celle de l'article L. 421-6 puisqu'il permet à l'association d'obtenir des mesures préventives bien distinctes des dommages-intérêts que les associations peuvent demander pour obtenir la réparation d'un préjudice déjà réalisé. Le dénominateur commun de ces deux dispositions est la cessation de l'illicite¹⁵²¹. Néanmoins, l'analogie s'arrête ici car les mesures pouvant être sollicitées sur le fondement de l'article L. 421-2 sont seulement concevables lorsque l'association exerce l'action civile prévue par l'article L. 421-1 qui suppose, quant à elle, une infraction pénale¹⁵²².

¹⁵¹⁵ PAISANT G., préc.

¹⁵¹⁶ Ibidem

¹⁵¹⁷ Cass. Ire civ., 22 janv. 2009, n° 05-20.176 : JurisData n° 2009-046627 ; Bull. civ. 2009, I, n° 9 ; JCP G 2009, II, 10037, note LAGARDE X. ; LPA 8 avr. 2009, note POISSONNIER G.

¹⁵¹⁸ CJCE 24 janv. 2002, aff. C-372/99: D. 2002. AJ 1065, obs. Chevrier; Europe 2002, n° 84; RTD com. 2003. 195, obs. LUBY G.

¹⁵¹⁹ TGI Albertville, 17 janv. 1997: JCP 1997. IV. 2501.

¹⁵²⁰ Clauses ayant pour objet ou pour effet de créer au détriment d'un non-professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties du contrat

¹⁵²¹ DUPONT N., Vers une dépenalisation de l'action collective des associations habilitées ? Recueil Dalloz 2010 p. 1842

¹⁵²² La « demande » prévue par l'art. L. 421-2 s'inscrit dans le cadre de « l'action » prévue par l'art. L. 421-1. C'est la raison pour laquelle l'art. L. 421-3 du code permet à la juridiction répressive saisie qui a déclaré le prévenu

§ 2nd - En République de Moldova

1384. Selon l'art. 25 alin. (2) de la Loi sur la protection des consommateurs¹⁵²³, le droit de saisir le tribunal ou les autorités de contrôle compétentes sur certaines clauses contractuelles suspectées d'être abusives, est reconnu aux associations de consommateurs conçue comme un ensemble de personnes physiques. Dans ces conditions, les spécialistes du domaine ont décidé la création d'organisations ou d'associations de consommateurs, l'organisation de conseils consultatifs ainsi que l'établissement d'organisations internationales pour la protection des consommateurs.

1385. Le principe de base promu par les organisations internationales et les associations de consommateurs prévoit que le consommateur peut prétendre à un droit, à une juste compensation du montant des dommages et intérêts résultant de diverses clauses abusives insérées dans les contrats de consommation. L'organisation du processus de protection des consommateurs exige, d'une part, une implication de l'État, et d'autre part, l'organisation des consommateurs dans la protection de leurs droits.

1386. Une place toute particulière, dans les mouvements consuméristes moldaves contre les clauses abusives, est acceptée par les organisations non - gouvernementales. Il est un fait optimiste qu'actuellement, les représentants de la société civile moldave s'impliquent de plus en plus dans la protection des droits des consommateurs. La plupart de ces organisations ont comme principal objectif de donner des conseils et d'assister juridiquement les consommateurs lésés, en particulier dans les questions de clauses abusives. Les organisations s'impliquent dans les limites de leurs compétences légales, notamment dans des actions de caractère préventif.

1387. Habituellement, les actions collectives des consommateurs sont directement destinées de protection de leurs droits, mais cela devrait être regardé sous un double aspect : tout d'abord les consommateurs peuvent se rassembler pour protester contre les violations de certains droits qui les concernent directement (par exemple : l'augmentation des tarifs pour le chauffage, l'électricité ou l'eau potable). D'autre part, les consommateurs se rassemblent dans certaines organisations, ce qui prend généralement la forme d'associations, de fondations ou d'institutions. Le but principal de celles-ci est de défendre les droits ou de prendre des mesures pour prévenir les violations qui peuvent être apportées aux intérêts des consommateurs.

1388. À cet égard, la Loi n° 105-XV du 13.03.2003 prévoit, dans l'art. 25, que « les citoyens ont le droit de s'organiser bénévolement dans le cadre d'associations collectives de consommateur qui doivent fonctionner en conformité avec la loi ». Le cadre juridique de

coupable d'ajourner le prononcé de la peine en lui enjoignant de se conformer aux prescriptions qu'elle détermine pour faire cesser « l'agissement illicite ou supprimer la "clause illicite" ».

¹⁵²³ Loi sur la protection des consommateurs n° 105-XV du 13.03.2003

l'activité des associations pour la protection des consommateurs n'est pas spécifiquement réglementé par une loi distincte, mais le mode de constitution, les droits et les obligations des associations sont réglementés par la Loi sur les associations publiques nr.837-XIII du 17.05.1996¹⁵²⁴. Selon l'article 23 de cette loi, le ministère de la Justice tient un registre des associations de l'Etat, tandis les administrations publiques locales doivent tenir des registres des associations locales. Aujourd'hui, jusqu'à 10 associations collectives sont inscrites pour la protection des droits des consommateurs.

1389. À cet égard il faut encore noter que la législation moldave ne prévoit pas d'exigences à l'égard des associations pour être considérées comme des partenaires sociaux avec le droit de représenter les intérêts des consommateurs. Les associations de consommateurs sont comprises dans le Conseil national des associations de consommateurs, qui, malheureusement, ne développe pas d'activités de collaboration avec les professionnels sur les problèmes des consommateurs relatifs aux clauses abusives.

1390. Afin d'assurer la traçabilité entre l'activité des associations collectives de consommation et l'organe d'Etat central de spécialité dans le domaine de la consommation, nous considérons que leur accréditation doit être faite directement par le ministère de l'Economie, estimant que le ministère de la Justice est incapable de contrôler l'activité d'une association enregistrée, afin de protéger les consommateurs. Ainsi, la pratique de l'activité de l'Inspection d'Etat principal de surveillance du marché, la métrologie et la protection des consommateurs a révélé en certain nombre de plaintes des consommateurs. Une partie des professionnels, sont trompés par les associations collectives des consommateurs: les membres des associations offrent des conseils et une assistance juridique contre paiement, effectuent des expertises sans être autorisés à cet effet, passent des «contrôles au nom de l'Etat » non autorisés, pénètrent dans la propriété du professionnels munis de cartes d'inspecteur falsifiées.

1391. Dans ce contexte, nous réitérons qu'une fois que les associations de consommateurs seront guidés directement par le ministère de l'Economie, l'Etat aura la possibilité d'assurer directement le contrôle de leur travail, ce qui ne permettra pas d'induire en erreur les consommateurs par les actions illicites de ces associations et ne conduira pas à une violation de la propriété des professionnels.

1392. Selon le cadre juridique régissant leur domaine d'activité, les associations de consommateurs en Moldova ont droit à:

a) soumettre aux tribunaux des actions pour protéger les droits des consommateurs, y compris contre les clauses abusives;

¹⁵²⁴ La Loi sur les associations non - gouvernementales n° 837 du 17.05.96, Monitorul Oficial 6/54, 23.01.1997

b) proposer aux organes de contrôle ainsi que de poursuite, la poursuite des professionnels responsables de proposition des contrats pour certains services qui ne répondent pas aux normes déclarées par la Loi de clauses abusives, et pour la violation des droits des consommateurs prévus par la loi;

c) informer, sur la base des plaintes reçues de la partie des consommateurs, les organismes d'Etat chargés de la consommation sur les produits, services, inadéquats;

d) demander à la juridiction administrative compétente, l'annulation en tout ou en partie, des actes émis par les autorités publiques, qui violent les droits et les intérêts des consommateurs et qui contreviennent à la loi;

e) organiser, comme prévoit la loi, l'expertise des produits, des services pour l'examen de leur conformité aux normes prescrites;

f) présenter aux professionnels et aux organismes chargés de la protection des consommateurs des propositions pour améliorer la qualité des produits, des services et pour l'interdiction de la commercialisation des produits défectueux;

g) saisir les organes compétents chargés de la protection du consommateur sur les produits, services inappropriés dans le but d'appliquer les sanctions prévues par la loi.

1393. Par conséquent, en dehors des consommateurs individuels, les associations de consommateurs ont droit à une procédure judiciaire, tenant compte que, selon l'art. 59 du Code de procédure civile de la République de Moldova « dans les cas prévus par la loi, peuvent être partie au procès les associations et les sociétés sans personnalité juridique, mais qui ont leurs propres organes directeurs ». Par ailleurs, même dans l'article 25 alin. (2) de la Loi sur la protection des consommateurs il est indiqué que « les associations de consommateurs ont le droit de « soumettre aux tribunaux des actions pour la protection des droits des consommateurs ». Ainsi, les associations de consommateurs sont organisées comme des organisations non commerciales, sous la forme des associations non – gouvernementales. Selon l'article 2 de la Loi sur les associations non - gouvernementales n° 837-XIII du 17.05.1996 ceux-ci se constituent et fonctionnent afin d'atteindre et de défendre les droits civils, économiques, sociaux, culturels, et d'autres droits et libertés légitimes des citoyens¹⁵²⁵.

1394. Ainsi, une association de consommateurs établie dans les conditions de la loi moldave a, à la fois la capacité et la qualité d'intenter une action en justice contre les professionnels qui ont causé des dommages à ses membres suites à des clauses abusives. Le but de ces actions est généralement de mettre un terme aux activités du professionnel à l'égard de tous les consommateurs (qui ont déjà signé un contrat ou qui ont eu uniquement l'intention de le

¹⁵²⁵ La Loi sur les associations non - gouvernementales n° 837 du 17.05.96, Monitorul Oficial 6/54, 23.01.1997

conclure). Comme résultat, les effets de ces actions s'étendent à tous les consommateurs relevant de ce cercle.

1395. Actuellement, une question évidente se pose pour le consommateur moldave: sa protection sera-t-elle plus efficace selon qu'il introduit une action individuelle en justice ou qu'il agit par l'intermédiaire d'une des associations de consommateurs? En réalité, la réponse dépend de l'état et des possibilités du consommateur: si celui-ci a des connaissances juridiques, s'il peut recourir au service d'un avocat, ou si les frais de justice ne sont pas un obstacle financier pour lui, une action individuelle lui assure une résolution plus rapide. De plus, si le procès se compose des plusieurs co-parties, le procès peut être reporté plusieurs fois pour des raisons objectives multiples telles que: congé de la maladie, vacances et autres. Cependant, si le consommateur n'est pas en mesure de supporter les coûts nécessaires pour intenter un procès et alors que le dommage qu'il subit est important, l'introduction d'une action collective lui garantira ses droits en tant que consommateur. Par ailleurs, le préjudice moral sera évalué plus largement si la faute a un impact sur une large masse de personnes.

1396. En effet, nous pouvons affirmer qu'en Moldova les actions collectives des associations de consommateurs permettent la suppression de clauses abusives, dans la limite des prévisions de la Loi sur la protection des consommateurs et la Loi sur les clauses abusives et avec le soutien de l'Agence sur la Protection des Consommateurs.

1397. En plus, l'article 85 alin.(1) f) du Code de procédure civile de la République de Moldova prévoit que « les organisations, qui conformément à la loi, sont habilitées à introduire des actions à la défense des droits, libertés et intérêts légitimes d'autres personnes » sont exonérées du paiement de la taxe d'Etat. Cependant, dans certains cas, le tribunal interprète différemment l'art. 85 alin. (1) f) du Code de procédure civile de la République de Moldova: dans certaines actions¹⁵²⁶ le tribunal reconnaît le droit de l'association d'être exempté de payer les taxes d'Etat et dans d'autres affaires judiciaires le tribunal refuse d'examiner le cas¹⁵²⁷.

1398. Dans ce contexte, nous constatons que le rôle et le but des associations de consommateurs en Moldova dans la lutte contre les clauses abusives n'est pas apprécié par le pouvoir judiciaire. Ce dernier introduit des obstacles (financiers) nombreux en empêchant d'exercer le droit des associations pour protéger les intérêts économiques collectifs des citoyens. Mais à défaut d'une pratique judiciaire uniforme dans ce sens, les associations sont invitées à agir au nom des consommateurs.

¹⁵²⁶ La Décision du Collège civile de la Cour d'Appel Chişinău du 12.03.2009 (dossier nr.2r-488/09)

¹⁵²⁷ L'arrêt du tribunal du secteur Rîşcani du Chişinău du 25.05.2010 (dossier nr.45-235/10)

Section 2 – Les actions transfrontières

1399. Les recours, comme l'information et l'éducation, reposant largement sur les associations de consommateurs, le rôle qui leur est dévolu au niveau européen est donc particulièrement important. On peut penser que, dans le domaine des clauses abusives, les relations transfrontières de consommation sont encore peu développées. Cela s'expliquerait, du moins en partie, par le défaut de confiance que suscite, de part et d'autre, la distance et la langue qui éloignent les parties. Sans doute moins méfiant à l'égard d'un établissement étranger établi près du lieu de son domicile, le consommateur se montrera plus hésitant à solliciter un service du professionnel domicilié dans un pays étranger. En cas de litige, il peut se heurter à des difficultés non négligeables pour faire valoir ses droits. Pourtant, dans un espace économique intégré par le territoire de plusieurs pays formant un marché commun, la mise en place d'un marché plus transparent et performant semble être « vitale pour promouvoir le développement des activités transfrontières »¹⁵²⁸. C'est du moins ce qu'estiment les autorités de l'Union européenne, lesquelles s'efforcent de promouvoir des échanges internationaux en la matière. Pour assurer un niveau élevé de protection des consommateurs dans ce type de relations, des techniques de droit international privé ont été adaptées en Europe (§ 1^{er}). Par ailleurs, les actions en cessation jouent un rôle décisif dans la protection collective des consommateurs sur le plan transfrontière. (§ 2nd).

§ 1^{er} - Le contexte européen

1400. Parmi les différents aspects de la protection des consommateurs qui ont intéressé les autorités de l'Union, il faut mentionner l'accès de ces derniers à la justice, dans la mesure où il ne sert à rien de prévoir des règles protectrices du consommateur si l'on ne donne pas à celui-ci des moyens efficaces de faire valoir ses droits en justice¹⁵²⁹. Dès son programme préliminaire adopté en 1975, la Commission soulignait l'importance du problème de l'accès à la justice des consommateurs. Cette préoccupation a été reprise dans les différentes résolutions du Conseil dont en dernier lieu sa résolution sur la stratégie de la Commission en matière de politique des consommateurs¹⁵³⁰. Cette dernière a fait un certain nombre de propositions dans un Livre vert adopté en 1993, dont la principale concrétisation a été la directive communautaire relative aux actions en cessation transfrontières. Pour autant, le problème n'a pas été réglé et, après l'adoption

¹⁵²⁸ Considérant n° 6 de la Directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008

¹⁵²⁹ GOYENS M., Le règlement des litiges de consommation : Rev. aff. eur. 1994, n° 3, p. 45

¹⁵³⁰ A6-0155/2008

de deux textes – une directive tendant à favoriser la médiation¹⁵³¹, et un règlement instituant une procédure en matière de « petits litiges » transfrontaliers c'est-à-dire inférieurs à 2 000 €¹⁵³² –, la Commission, constatant que l'un des freins au commerce transfrontalier était la question des recours, a lancé une consultation destinée à déterminer l'opportunité d'instaurer un recours collectif au profit des consommateurs¹⁵³³. Ce recours collectif figure parmi les options ouvertes, avec l'encouragement des modes alternatifs de règlement des litiges qui ont fait l'objet de plusieurs documents de travail¹⁵³⁴ et propositions de texte à la fin de l'année 2011 : proposition de directive relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation¹⁵³⁵ et proposition de règlement relative au règlement en ligne des litiges de consommation¹⁵³⁶.

1401. Les effets de barrière observés au plan national - coûts, lenteur, complexité - sont multipliés au plan transfrontière de façon exponentielle, au point que certains n'hésitent pas à parler de véritable déni de justice¹⁵³⁷.

1402. Plus grave, le maintien de frontières judiciaires - les seules qui subsistent aujourd'hui en Europe — dans un marché où circulent librement les produits et les services constitue une véritable opportunité pour certaines entreprises peu scrupuleuses, assurées d'agir en toute impunité : ainsi, paradoxalement, l'achèvement du marché intérieur génère directement le développement de pratiques illicites ou abusives.

1403. Cette « fragmentation judiciaire »¹⁵³⁸ interdit de fait aux actions collectives de circuler en Europe : lorsqu'elles veulent agir contre une pratique issue d'un autre état, les entités représentatives du pays où le préjudice a été subi se heurtent à des obstacles juridiques et pratiques quasi insurmontables.

1404. Il existe, deux types d'actions collectives en Europe : une action que certains qualifient de police privée, l'action préventive en cessation de pratiques illicites ou abusive ; une

¹⁵³¹ PE et Cons. UE, dir. n° 2008/52/CE, 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale : Journal Officiel de l'union européenne 24 Mai 2008

¹⁵³² PE et Cons. UE, règl. n° 861/2007, 11 juil. 2007 : Journal Officiel des communautés européennes 31 Juillet 2007

¹⁵³³ Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM (2008) 794

¹⁵³⁴ Communication relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation dans le marché unique – COM (2011) 791

¹⁵³⁵ RELC, COM (2011) 793

¹⁵³⁶ RLLC, COM (2011) 794

¹⁵³⁷ L'accès des consommateurs européens à la justice : une question controversée, BONNECARRERE PH., Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union européenne sur la proposition de directive du parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (COM[95]712 final/n° E 602), Doc., AN n° 3108, 6 novembre 1996.

¹⁵³⁸ Sur cette notion de « fragmentation judiciaire », voir les importants travaux du Group de travail sur le rapprochement du droit de la procédure civile, présidé par M. le professeur Storme. Cf. également, De la fragmentation du droit judiciaire dans l'Union Européenne, GASPARINETTI M., Administrateur à la Commission européenne, Colloque de même nom. Bruxelles 1996

action en responsabilité visant à l'attribution de dommages intérêts en réparation du préjudice causé à la collectivité des consommateurs.

1405. Il est certes extrêmement important que les associations de consommateurs et les autres organismes représentatifs puissent faire cesser des pratiques dommageables pour l'intérêt collectif qu'ils représentent : toutefois, dans un contexte transfrontière, et quelles que soient les réformes, le temps jouera toujours contre les poursuivants. Permettre à ces mêmes entités de réclamer des dommages intérêts substantiels, même après que les faits aient cessé, aurait pu être autrement dissuasif à l'égard de certaines entreprises habituées à « jouer » avec les frontières pour échapper à toute condamnation. Pour conforter la confiance du consommateur il convient de lui permettre d'avoir accès à un juge statuant près de chez lui.

§ 2nd – Les caractères des actions en cessation

1406. Les États membres désignent les tribunaux ou autorités administratives compétentes pour statuer sur les recours visant : à faire cesser ou interdire toute infraction (le cas échéant dans le cadre d'une procédure d'urgence), à obtenir la prise de mesures comme la publication de la décision prise ou d'une déclaration rectificative, à faire condamner le défendeur au paiement d'une somme déterminée par jour de retard (ou de toute autre somme aux fins de garantir l'exécution des décisions). Le droit ici applicable est défini par les règles classiques de droit international privé. Ce sera soit le droit du pays où l'infraction a son origine, soit celui de l'État où l'infraction produit ses effets.

1407. Transposant la Directive du 19 mai 1998, l'ordonnance nr.2001-741 du 23 août 2001¹⁵³⁹ reconnaît à toutes les associations agréées de consommateurs ainsi qu'aux organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes la possibilité de faire cesser ou interdire devant la juridiction civile compétente tout agissement illicite contraire aux dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1^{er} de la directive précitée¹⁵⁴⁰.

1408. Le texte communautaire emprunte là à la logique du droit allemand. Le droit d'action est ainsi fondé non sur le préjudice causé, mais sur le droit matériel violé. Autrement dit, "l'intervention des groupements n'est possible qu'après celle du législateur"¹⁵⁴¹.

1409. La Directive du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, remplacée par la Directive 2009/22/CE du 23 avril

¹⁵³⁹ BRUSCHI M., L'amélioration de la protection contractuelle du consommateur, RLDA 2002, nr.49,

¹⁵⁴⁰ Art. 421-6, al.1er

¹⁵⁴¹ MORIN A., Les actions collectives transfrontières : RAE 1998, p. 211

2009 a pour objectif de rapprocher les législations des Etats membres et de faire cesser les pratiques transfrontalières préjudiciables des intérêts collectifs des consommateurs. Les autorités de l'Union européenne ont pris conscience que les directives sur la protection des consommateurs pouvaient être entravées face à des agissements transfrontaliers. Or, les pratiques illicites ont souvent des effets au-delà des frontières, ce qui perturbe les règles nationales protectrices.

1410. A cette fin les Etats membres s'engagent à établir une liste d' « entités qualifiées » pour exercer les actions en cessation d'agissement illicites devant les tribunaux ou autorités des autres Etats membres. L'article 3 de la Directive définit ses « entités qualifiées » comme « toute organisme ou organisation dument constitué conformément au droit d'un Etat membre » ayant un intérêt légitime à faire respecter les dispositions visées par la directive. Sont visés plus particulièrement les organismes publics indépendants ainsi que les organisations des consommateurs.

1411. Chaque Etat membre devra prendre les mesures nécessaires pour que, lorsque l'agissement illicite survient sur un territoire, l'entité qualifiée d'un autre Etat membre dont les intérêts sont lésés puissent saisir le tribunal ou l'autorité compétente¹⁵⁴². Toutefois, les Etats membres ont la possibilité d'exiger qu'avant d'introduire l'action en cessation, l'entité qualifiée tente d'obtenir, par consultation préalable, une cessation amiable, dans un délai maximum de deux semaines.

1412. Faisant une synthèse de la Directive du 23 avril 2009, nous pouvons mentionner que les actions en cessation visent à faire cesser ou à interdire les infractions contraires aux intérêts collectifs des consommateurs. Le rapprochement des législations opéré cette directive permet d'accroître l'efficacité de ces actions et le bon fonctionnement du marché intérieur. Les infractions considérées couvrent notamment le crédit à la consommation, les vacances et circuits à forfait, les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, les contrats négociés à distance et les pratiques commerciales déloyales. Les directives concernées sont énumérées à l'annexe I.

1413. Le recours aux actions en cessation peut aboutir à:

- faire cesser ou interdire une infraction, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure d'urgence;
- éliminer les effets persistants d'une infraction, notamment par la publication de la décision;

¹⁵⁴² Art.4

- condamner le défendeur à exécuter une décision en le soumettant au paiement d'une astreinte.

1414. Sans préjudice des règles de droit international privé, le droit applicable est normalement soit celui de l'État membre où l'infraction a été commise, soit celui où elle produit ses effets. Les entités qualifiées pour intenter une action en cessation ont un intérêt légitime à faire respecter les intérêts collectifs des consommateurs et le bon fonctionnement du marché intérieur. C'est le cas des organismes publics indépendants, spécifiquement chargés de la protection des intérêts collectifs des consommateurs ou des organisations de protection des consommateurs.

1415. Une liste des autorités qualifiées pouvant agir en cas d'infractions transfrontières est établie par la Commission et publiée au Journal officiel de l'Union européenne. Dans ce cas, les entités qualifiées inscrites sur la liste, doivent être en mesure de saisir les autorités judiciaires ou administratives de l'État membre où l'infraction a eu lieu. L'État membre dans lequel une action doit être introduite peut décider de la nécessité d'une consultation préalable entre les parties, en présence ou non d'une entité qualifiée de cet État membre. Si l'infraction perdure au-delà d'un délai de deux semaines après la réception de la demande de consultation, l'action en cessation peut être introduite immédiatement.

1416. Ainsi, on peut affirmer que les actions en cessation doivent être suffisamment efficaces pour mettre un terme aux infractions préjudiciables aux intérêts collectifs des consommateurs, ainsi que la présente harmonisation des législations nationales dans ce domaine vise à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur.

CONCLUSION

1417. L'intervention du pouvoir législatif dans le processus de protection des consommateurs contre les clauses abusives consiste en deux grandes catégories d'actions : la mise en place d'une législation appropriée répondant aux besoins de protection des intérêts des consommateurs et l'organisation d'institutions spécialisées pour la mise en œuvre de cet objectif..

1418. Ainsi, le législateur de chaque pays est tenu de promulguer des lois ou d'adopter des codes de la consommation, en vue, notamment, de réguler les contrats par lesquels les consommateurs se procurent les biens ou services dont ils ont besoin. Dans ce contexte, nous pensons qu'actuellement la dimension historique de l'intervention de la puissance publique pour la sécurité économique des consommateurs moldave contre les clauses abusives est minimale.

1419. L'étude comparative des systèmes de droit moldave et français de protection des consommateurs contre les clauses abusives éveille, chez le chercheur, des sentiments très disparates. À la découverte de solutions nouvelles et, parfois, créatives, pour des problèmes que l'on croyait purement domestiques, on éprouve, tout d'abord, une certaine euphorie. L'«herbe juridique» du système moldave apparaît, d'emblée, très verte. La tentation qui s'ensuit est grande de prôner des transpositions de modèles, des greffes de notions et de techniques juridiques. La démarche proposée suppose de rechercher, non seulement les règles et les institutions d'un système étranger, mais aussi la fonctionnalité de celles-ci à l'intérieur du système où elles déploient leurs effets¹⁵⁴³. L'analyse des aspects historiques et sociologiques du contexte au sein duquel elles ont été créées est aussi essentielle pour une compréhension approfondie des systèmes étudiés.

1420. À l'euphorie succède alors une certaine appréhension. On s'aperçoit, « sur le terrain», que la comparaison juridique permet de mieux comprendre chaque système national. À cet égard, la recherche qu'on a menée ici est remplie d'enseignements. Quant au système moldave, tout d'abord, une polarisation excessive du contentieux autour de la question des clauses abusives consenties finit par voiler des dangers non moins importants de ce type de clause. Ici, l'exemple français n'est pas très rassurant car il procède, lui-même, d'une intervention du législateur. Lorsqu'ensuite les juges décident d'intervenir, c'est souvent d'une manière désordonnée, qui donne au système l'apparence d'un magma jurisprudentiel insaisissable. Globalement, le système perd en cohérence, tout en soulevant des doutes quant au bien-fondé des distinctions, non dénuées de couleur politique, ainsi réalisées.

¹⁵⁴³ DAVID R. Le droit comparé : Droits d'hier, Droits de demain, Economica, 1982 ; SACCO R. La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, Economica, 1991.

1421. La comparaison avec le système français met pourtant aussi en lumière certains choix importants pour le législateur moldave. Elle permet, par exemple, de retenir l'opportunité de l'adoption du mécanisme de lutte contre les clauses abusives. Les critères de la négociation directe, de l'absence de bonne foi et du déséquilibre contractuel, piliers du système de protection moldave, permettent au juge d'apprécier les clauses abusives avec souplesse. Celui-ci se voit dès lors confier une mission. Il doit appliquer les règles de droit dans l'obligation de garantir l'efficacité de la protection du consommateur.

1422. Lorsqu'on isole les systèmes juridiques qui ont fait l'objet de cette comparaison, chacun dans son propre contexte socio-économique, le constat auquel on aboutit est celui de la protection du consommateur contre les clauses abusives. Les causes n'ont pourtant pas de sources identiques. En Moldova, elle vient de l'intérieur. On voit se reproduire des erreurs du passé, lorsque les pouvoirs publics incitent les consommateurs -surtout les plus démunis - à la surconsommation. La notion de consommation durable doit s'appliquer aussi dans ce domaine. À défaut, des dysfonctions sociales surgissent inévitablement. En France, en revanche, les ennuis viennent de l'extérieur. Les besoins du marché européen unique font sauter les verrous de la protection organisée par l'ordre juridique national. Le mécanisme d'harmonisation maximale de la législation communautaire tient le législateur national dans une position délicate par rapport aux attentes du mouvement consumériste. Il pourrait en être ainsi en matière des clauses abusives dans un futur proche.

1423. Ainsi, en effectuant une étude comparative complète de la réglementation juridique sur les clauses abusives dans les contrats de consommation, nous avons tiré quelques **conclusions générales** pour le système de droit moldave:

(1) En analysant le cadre juridique de la Moldova, nous constatons qu'actuellement de multiples lois et règlements applicables, qui relèvent en tout ou seulement en partie de la sphère de la protection des consommateurs, sont en vigueur. Chaque domaine avec lequel est en contact le citoyen de la République de Moldova, en tant que consommateur, contient une série de règlements qui protègent ses droits et ses intérêts de manière variable.

Ainsi, il sera mieux que le consommateur moldave connaisse les normes qui le protègent à travers un Code de la consommation qui inclurait toutes les règles de la consommation, aujourd'hui largement dispersées dans diverses lois. Nous devons reconnaître que l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2003 de la Loi sur la protection des consommateurs nr.105-XV du 13.03.2002 et l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2012 de la Loi sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs nr.256 du 09.12.2011, ont constitué ensemble un changement radical dans la protection des consommateurs contre les clauses abusives. La priorité

de ces lois, tant en termes de contenu que d'application pratique, est de stimuler l'activité dans le domaine et d'augmenter la confiance des consommateurs dans le système. Ainsi, dans nos recherches comparatives, nous avons conclu que, dans la République de Moldova, il y a encore de nombreuses lacunes dans ce domaine de la lutte contre les clauses abusives. Ces lacunes concernent à la fois l'organisation de cette lutte et l'information, l'éducation ainsi que la protection des consommateurs en général.

(2) Les dispositions de l'article 5 de la Loi sur les clauses abusives, représentent une réglementation parallèle déjà prévue dans les articles 712-720 du Code civil de la République de Moldova. Par ailleurs, les normes incidentes de la Loi sur les clauses abusives sont des dispositions incomplètes, qui ne sont ni exhaustives, ni capables de réguler ou contrôler l'inclusion de clauses spécifiques standards des contrats de consommation, en fournissant des définitions et des peines générales. Une analyse globale et par comparaison avec les prévisions de la Loi nr. 105-XV du 13.03.2003 et les articles 712-720 du Code civil de la République de Moldova, montre clairement que le contenu des règles relatives aux clauses abusives dans la Loi sur les clauses abusives, est insuffisant.

(3) Selon l'article 4 alin. (6) de la Loi sur la protection des consommateurs dans l'ancienne version, le contrat (type), proposé au consommateur par le professionnel qui détient un monopole sur le marché, devrait être présenté au Ministère de l'Economie en vue de sa vérification par une Commission spécialisée. Mais, avec l'entrée en vigueur de nouvelles modifications apportées à la Loi nr. 105-XV du 13.03.2003 cette précaution a été exclue, de sorte que les professionnels, notamment ceux en situation de monopole, soient exemptés de l'obligation de coordonner les contrats (type) avec la Commission du Ministère de l'Economie de spécialité.

Dans ce contexte, nous pouvons conclure que, par cette modification, le Ministère de l'Economie a exclu cet objectif essentiel consistant, notamment, à prévenir l'usage de clauses abusives dans les contrats proposés par les entreprises exerçant un monopole. Ainsi, le ministère a tenu en échec les droits des consommateurs, en tenant à l'écart la Commission pour l'examen et la coordination des contrats qui, par son activité, assurait la qualité des contrats (type) en les soumettant à un ensemble bien défini d'exigences applicables à toutes les entreprises, l'objectif d'une économie compétitive étant bien de satisfaire les consommateurs.

Dans ces conditions, nous considérons nécessaire la création d'une Commission des clauses abusives, selon l'exemple français, comme une institution spécialisée qui pourra, d'office ou sur saisine spécifique, évaluer les clauses des contrats types de consommation et qui, ainsi,

représentera un utile auxiliaire au regard de l'activité de surveillance de l'Agence pour la Protection des Consommateurs.

(4) Depuis le 1^{er} janvier 2012, du fait de la réorganisation de l'Inspection d'Etat pour la surveillance du marché, de la métrologie et la protection du consommateur, a été créée l'Agence de Protection des Consommateurs auprès du Ministère de l'Economie, chargée de contrôler le marché et de protéger les consommateurs. Notons, toutefois, que cette réorganisation constitue seulement un changement de nom de l'institution de l'Etat habilitée dans le domaine de la protection des consommateurs mais, en aucun cas, elle ne répond aux attentes de la société civile et à celles des associations.

1. On applique, en effet, le même principe que précédemment: une institution d'Etat de protection des consommateurs relevant du Ministère de l'Economie, alors que les recommandations des experts de l'Union européenne étaient de créer une institution indépendante du pouvoir exécutif, telle une Agence Nationale pour la Protection des Consommateurs, auprès du Parlement.

2. On admet, par ailleurs, le conflit d'intérêts dans la politique économique développée par le Ministère de l'Economie: d'une part, le ministère vise à développer l'environnement des affaires, à encourager les petites entreprises, à soutenir les producteurs locaux et, d'autre part, ce même ministère est chargé de protéger les consommateurs contre ceux qui sont soutenus et encouragés par lui...

1424. Après l'étude comparative de la pratique internationale sur la protection des consommateurs contre les clauses abusives, et en analysant le processus d'organisation de la protection et son champ d'action, notamment en prenant comme exemple le système de droit de la France pour améliorer la situation actuelle dans la République de Moldova, nous proposons **certaines recommandations** de nature à contribuer à l'amélioration de la législation moldave et à l'application effective de celle-ci, par les actions suivantes:

(1) En ce qui concerne tous les aspects relatifs à l'amélioration du système d'organisation de protection des consommateurs en Moldova, au premier plan figure l'idée de créer une Agence Nationale pour la Protection des Consommateurs indépendante du Ministère de l'Economie, donc du Gouvernement¹⁵⁴⁴. Une telle création doit être soutenue, cependant, par une législation appropriée et par la mise en place d' institutions spécialisées. Avec la création d'une Agence indépendante du pouvoir exécutif, seront encouragées les initiatives de création des associations collectives de consommateurs, pour devenir ensuite, un instrument efficace

¹⁵⁴⁴ Mais pas une Agence pour la Protection des Consommateur sous la direction du Ministère d'Economie, la forme qui a été adoptée par la Loi de la modification nr.140 du 28 juillet 2011.

d'action contre les professionnels ne respectant pas les exigences légales. Par cette action, l'Etat garantira le respect des consommateurs et la qualité des produits et des services sur le marché.

(2) Certaines questions relatives à la voie judiciaire doivent être examinées. L'idée tient au fait que les moyens judiciaires traditionnels utilisés présentent des inconvénients pour les consommateurs. Un de ceux-ci réside dans le coût excessif de la justice car, dans certains cas, les dépenses dépassent la valeur des dommages qui devraient être récupérés. A cet inconvénient important, d'ordre matériel, s'ajoutent les obstacles d'ordre psychologique, tels que le formalisme procédural, la langue de la justice et même la tenue de juges, qui écartent la plupart des citoyens du pouvoir judiciaire. Un autre inconvénient de la voie judiciaire traditionnelle se caractérise par le fait que la plupart des consommateurs tendent à une réparation individuelle. Les consommateurs doivent être protégés par des mesures préventives plus fortes et les actions doivent être plus collectives qu'individuelles parce que c'est seulement à travers un tel système qu'on peut améliorer la situation globale des consommateurs.

Un certain nombre de pays, tant sur le continent américain qu'en Europe, ont pensé et développé un certain nombre de moyens légaux, qui, mis en œuvre, vont aider à assurer, par la justice, la protection des consommateurs. Dans ce contexte, il est proposé, pour le législateur moldave, certains moyens légaux, détachés de la recherche effectuée, et notamment:

a) la solution concernant l'opportunité réelle d'accès à la justice pour les consommateurs lésés par l'engagement de l'Etat de prendre certains coûts de procédure. Dans ce contexte nous avons proposé une modification des dispositions de l'article 4 alin.(1) de la Loi sur la taxe d'Etat nr.1216-XII du 3 décembre 1992 en ce qui concerne l'exonération des consommateurs du paiement de la taxe judiciaire. Cette initiative a été acceptée par le Gouvernement lors de la session du Parlement du 28 juillet 2011, pour une mise en œuvre au 1^{er} janvier 2012.

b) le groupement, dans une procédure unique, des intérêts convergents de plusieurs consommateurs, de sorte que l'action collective soit plus pratique parce que, d'une part, cette action permet de juger à la fois des plaintes et des dommages causés, et d'autre part, la répartition des coûts qui en résulte facilite la tâche financière de chaque consommateur ayant subi un préjudice.

c) la création de tribunaux spécialisés en matière de consommation, selon le modèle des tribunaux existants depuis longtemps dans certains pays européens.

(3) Actuellement, en République de Moldova, il n'existe aucune responsabilité financière pour l'utilisation, par les professionnels, de clauses présentant un caractère abusif. En vue d'intensifier la lutte contre les clauses abusives, nous proposons, pour la législation moldave,

de compléter le Code de Contraventions de la République de Moldova avec un article pour sanctionner le comportement des professionnels qui utilisent des clauses abusives dans les contrats proposés aux consommateurs.

(4) Dans l'ordre des recommandations énoncées ci-dessus, et en vue de compléter tous les lacunes législatives existantes, nous proposons, comme une première étape, d'intégrer la liste de clauses abusives dans la Loi sur la protection des consommateurs n° 105-XV du 13.03.2003, ce qui permettrait de clarifier le domaine de réglementation et la portée des clauses abusives. Puis, comme étape suivante, nous proposons de procéder à l'unification de toutes les règles de la consommation dans un Code moldave de la consommation, en prenant comme exemple le Code français de la consommation ou, pour ne partir pas très loin, la version qui a été récemment adoptée en Roumanie..

Il faut souligner que le législateur moldave a récemment développé cette liste de clauses abusives, non pas dans la Loi n° 105-XV du 13.03.2003, mais dans une Loi spéciale sur les clauses abusives, qui est critiquée par les milieux d'affaires et par les associations de consommateurs pour les raisons suivantes:

(a) le législateur moldave doit s'orienter vers une unification de la législation consumériste et rejeter la diversification des sources du droit de la consommation.

(b) du point de vue de la procédure, la position de législateur est incompatible avec la situation actuelle dans le domaine du droit de la consommation: d'une part, la Loi nr.105-XV du 13.03.2003 a été modifiée et complétée par l'inclusion d'un nouvel article, l'article 10/1 sur une liste de « les pratiques commerciales déloyales », et d'autre part l'article 4 sur les clauses abusives de la même loi en a été exclu pour être transféré dans une loi distincte.

(5) Compte tenu des lois en droit international privé, et notamment l'absence de réglementation des clauses abusives dans les contrats internationaux de consommation, nous proposons, *de lege ferenda*, de modifier et de compléter le Livre V, titre II du Code civil de la République de Moldova par l'établissement d'une norme sur la «Responsabilité pour les clauses abusives » dans les termes suivants: *«(1) les réclamations pour des réparations fondées sur le caractère abusif d'une clause contractuelle, susceptible de créer des dommages sont régies, au choix du consommateur lésé, par:*

a) la loi de l'Etat sur le territoire duquel le consommateur victime a le domicile ou la résidence;

b) la loi qui régit le contrat conclu par les parties.

(2) *Les demandes de réparation prévues peuvent être faites si le sujet du contrat est une personne physique qui commande, se procure un produit pour une utilisation personnelle ou familiale et n'a aucun lien avec l'activité professionnelle ou commerciale ».*

1425. Même si la République de Moldova a entrepris les démarches appropriées afin de répondre aux exigences posées par la Directive 93/13, certains **problèmes** peuvent être signalés avec l'adoption de la Loi sur les clauses abusives. Les exemples les plus significatifs sont indiqués ci-dessous :

- La Loi sur les clauses abusives part du principe selon lequel les clauses abusives sont valables, à moins que le consommateur n'invoque leur caractère abusif. Ceci est en contradiction avec les principes énoncés par la CJCE qui, dans les affaires *Océano*, *Cofidis* et *Mostaza Claro*, a indiqué clairement que le caractère abusif peut être retenu d'office par le tribunal saisi. Dans la plupart des États membres la situation est incertaine et il convient donc de savoir si la jurisprudence nationale adaptera dans le futur la réglementation nationale au Droit communautaire.

- En vertu de l'art. 3 et du considérant (15) de la Directive 93/13, les États membres doivent fixer un critère général permettant d'évaluer le caractère abusif des clauses contractuelles. Bien que cette exigence existe pour les contrats individuels préédigés destinés à être utilisés une seule fois, la réglementation de la Loi moldave sur les clauses abusives couvre uniquement les clauses standardisées. Même si, dans la République de Moldova, d'autres règles juridiques permettent de contrôler de telles clauses, cette technique législative n'assure pas forcément la compatibilité avec la Directive.

- Si l'on considère que les États membres sont obligés, en vertu de l'art. 7(2) de la Directive 93/13, de permettre aux associations de consommateurs d'engager des actions collectives contre les utilisateurs de clauses abusives, les prévisions de la Loi ne sont pas conforme à la Directive car, dans la République de Moldova, les associations de consommateurs n'ont pas le droit d'agir directement contre le professionnel utilisant des clauses abusives ; elles ont uniquement le droit d'agir contre une autorité publique ou d'engager une action devant une juridiction afin d'obtenir une décision imposant à l'autorité publique de se conformer.

- Le rapport entre le principe de bonne foi et le critère du « déséquilibre » de la clause abusive demeure incertain. Selon la Loi moldave, ces deux critères doivent-ils être considérés comme cumulatifs, alternatifs, ou dans le sens que toute clause qui crée un déséquilibre significatif est systématiquement contraire à l'exigence de bonne foi ?

- La Loi moldave devrait indiquer clairement qu'elle s'applique à tous les types de contrats et pas seulement aux contrats d'adhésion.

1426. Quoi qu'il en soit, devenu cigale dans la société de consommation, il est temps que le consommateur redevienne fourmi. La conjoncture économique internationale y invite vivement. Une crise financière vécue actuellement à l'échelle mondiale devrait rappeler à la prudence, non seulement chez les petits consommateurs, mais aussi chez les dirigeants politiques. « Dissuasion » semblerait devoir devenir, plus que jamais, le mot d'ordre contractuel dans le contexte actuel du marché de la consommation. Ce serait pourtant oublier que la croissance passe par la consommation. Plus concrètement, le consommateur s'en sert, dans la société actuelle, pour combler ses besoins les plus ordinaires. Cela n'est qu'un indice, parmi d'autres, de la nécessité de promouvoir ses intérêts économiques.

1427. En ce début de XXI^e siècle, le consommateur se trouve au croisement de tendances politiques diverses, dont les priorités ne sont pas forcément centrées sur sa protection juridique. D'un côté, les besoins de la croissance économique et de la concurrence du marché, interne et international, persistent à comprimer les cercles à l'intérieur desquels le consommateur se trouve encore protégé. D'un autre côté, le progrès social entraîne, avec lui, des pressions « souterraines » qui finissent par faire de l'ombre sur la perception des besoins spécifiques du consommateur. L'attention des pouvoirs publics se tourne alors vers les besoins, plus généraux, de la personne humaine. La protection du consommateur, est-elle en voie de disparition ? Si c'était au profit de la promotion inconditionnelle de la dignité de l'homme, ce ne serait pas plus mal. Cela est pourtant loin d'être un constat, à l'heure actuelle. Cette étude comparative entre les systèmes moldave et français de protection du consommateur contre les clauses abusives pourra y contribuer modestement. « Toutes les grandes actions et toutes les grandes pensées ont un commencement dérisoire »¹⁵⁴⁵ ; cela n'a rien d'absurde.

1428. Il y a longtemps, certains affirmaient déjà que « comparaison n'est pas raison et, comme celles que nous donne l'Histoire, les leçons tirées de l'observation des systèmes et ordres juridiques étrangers, si elles sont de nature à faire réfléchir, ne sont pas toujours de force à faire conclure »¹⁵⁴⁶. Au-delà de la confrontation entre les différentes solutions de droit positif que permet la recherche, se pose enfin la question de la perméabilité des systèmes ici comparés aux idées venues d'ailleurs. La réponse à cette question dépasse toutefois le champ restreint de la recherche juridique. Elle relève du fait et on peut bien s'accommoder de la confondre avec les objectifs propres à la méthode comparative. On a tout de même le droit d'être optimiste à cet égard. Les consommateurs n'ont, en tout cas, rien à y perdre. Ils ne pourraient qu'être gagnants.

¹⁵⁴⁵ CAMUS A. Le mythe de Sisyphe - Essai sur l'absurde, Gallimard, 1942, p. 28.

¹⁵⁴⁶ DEMOGUE R. Traité des obligations en général, t. VI, 1932, p. 457, cité par MAZEAUD D. Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in « L'avenir du droit- Mélanges en hommage à François Terré », Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, n° 5, p. 607, note 1.

BIBLIOGRAPHIE¹⁵⁴⁷

TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

1. BABĂRĂ V., Drept internațional privat, ed. Elena –V.I, ediția III-a, Chișinău, 2009
2. BĂIEȘU A., Contractele comerciale internaționale, CEP USM, Chișinău, 2007
3. BĂIEȘU V., CĂPĂȚÎNĂ I., Drept internațional privat, Note de curs, Chișinău 2000
4. BATIFFOL H., Archives de Philosophie du Droit, La crise du contrat, t. XIII, 1969
5. BEHAR-TOUCHAIS M. et VIRASSAMY G., Traité des contrats, Les contrats de la distribution, LGDJ, 1999
6. BÉNABENT A. Droit civil - Les obligations, 10^e éd., Montchrestien, 2005
7. BENJAMIN P., ECE General Conditions of sales and Standard Forms of Contract, J.B.L., 1961
8. BENTHAM J., Trust against Ashurst, 1823
9. BERGEL J-L., Théorie générale du droit. Dalloz, 1985, 2^e éd.
10. BOULTON H., The Making of Business Contracts, Londres, 1965, p. 50
11. BRUCKNER P., La tentation de l'innocence, Grasset, 1995
12. BRUN Ph. Responsabilité civile extracontractuelle, T éd., Litec, 2009
13. BURUIANĂ M., Comentariul art.1611 din Codului Civil al R.Moldova, vol. II, Editura ARC, Chișinău, 2005
14. CADIET L. et JEULAND E., Droit judiciaire privé, 6^e éd., Litec, 2009
15. CADIET L., NORMAND J. et AMRANI-MEKKI S., Théorie générale du procès, PUF, 2010
16. CADIET L., Droit judiciaire privé, 2^e éd., Litec, 1998
17. CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, 8^e éd., Dalloz, 2010
18. CALAIS-AULOY J., Droit de la consommation, 3^e éd., Dalloz, 1992
19. CARBONNIER J., Droit civil - Les biens, les obligations, Quadrige-PUF, 2004
20. CARBONNIER J., Droit civil t.4, Les obligations, 15^e éd. PUF, Paris, 1991
21. CARBONNIER J., Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 1996
22. CARLIER J-Y., Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé, Etablissément Emile Bruylant, Bruxelles, 1992
23. CAS G. et FERRIER D., Traité de droit de la consommation, PUF, 1983

¹⁵⁴⁷ Nous avons choisi d'exclure les notes d'imôt de celle bibliographie afin d'éviter d'alourdir son contenu.

24. CIOBANU V.M., *Tratat teoretic și practice de procedură civilă*, ed. Național, București, 1996, vol.I
25. COLLART DUTILLEUL Fr. et DELEBECQUE, Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 8^e éd., Dalloz, 2007
26. CORNU G. et FOYER J., *Procédure civile*, 3^e, PUF, 1996
27. CORNU G., *Droit civil, Introduction*, Montchrestien, 1991
28. CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 5^e éd., 1996.
29. COUCHEZ G., *Procédure civile*, 15^e éd., Sirey, coll. « Université », 2008
30. DE PAGE. H., *Traité, élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, 3^e éd., 1964
31. DEGUIT L., *Les transformation du droit privé*, Paris, 1912, p.122 ; STEVEN E., *Fidelity and Casualty Co of New York*, 58 Cal.2d 862, 377 P. 2d 284, 27 Cal. Rptr, 1962
32. DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. I, Paris, Rousseau, 1923
33. DICEY V., *Law and Public Opinion in England*, 2nd éd. 1914
34. DOMAT J., *Les Loix Civiles dans leur Ordre Naturel*, liv. I, tit, II, sec. IX
35. DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Lib. Félix Alcan. 1912
36. EISEMANN F., *Incoterms and the British Export Trade*. J.B.L.. 1965
37. FARJAT G., *Droit économique* 1ère éd., Paris, PUF Thémis, 1971
38. FILIPESCU I.P., *Drept internațional privat*, ed.Actami, București, 1997, vol.I
39. FLORES Ph. et BIARDEAUD G., *Contentieux du droit de la consommation*, v. I, 2^e éd., ENM, 2005
40. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Droit civil - Les obligations : le rapport d'obligation*, 6^e éd., Sirey, 2009
41. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations*, 1. L'acte juridique : Armand Colin, coll. U, 10^e éd. 2002
42. FRIEDMAN W., *Law in a changing society*, Londres, 1995
43. GAFFIOT F., *Le Grand Gaffiot - Dictionnaire latin-français*, Hachette. 2000
44. GALBRAITH J.-K., *The New Industrial State*, 1967
45. GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, 1937
46. GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit prive positif*, LGDJ, 1954 (réédition), T.II
47. GHERASIM D. *Buna credința în raporturile juridice civile*, București, 1981
48. GHESTIN J., BILLIAU M. et JAMIN C., *Traité de droit civil - Les effets du contrat*, 3^e éd., LJDG, 2001

49. GHESTIN J., Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e éd., LGDJ, 1993
50. GHESTIN J et GOUBEUX G., Introduction générale, 3^e ed. 1990, in Traité de droit civil sous la direction de GHESTIN J.
51. GLASSON E.-D. et TISSIER A., Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, t. 2, 3^e éd., Sirey, 1925
52. GORLA G., Il contracto, Milan, 1964
53. GUINCHARD S. et FERRAND F., Procédure civile, droit interne et droit communautaire. HEMARD J, La protection de l'acquéreur dans les ventes commerciales, Liber Amicorum Baron Frédéricq, Grand, 1966
54. GUINCHARD S., Droit et pratique de la procédure civile, 6^e éd., Dalloz, 2009
55. HÉRON J. et LE BARS T., Droit judiciaire privé, 3^e éd., Montchrestien, 2006
56. HEROVANU E., Principiile procedurii judiciare, vol. I, ed. Național, București, 1932,
57. ISAACS N., The standardizing of contracts, 27 Yale L.J.34, 1917
58. JACQUET J.-M., Principe d'autonomie et contrats internationaux, ed. Economica, Paris, 1983
59. JACQUET J-M., DELEBECQUE PH., CORNELOUP S., Droit du commerce international : Dalloz, 2007
60. JAKOTĂ M.V., Drept internațional privat, ed. Fundației «Chemarea » Iași, 1997, vol.I
61. JAKOTĂ M.V., Drept internațional privat, ed. Fundației «Chemarea » Iași, 1997, vol.II, p.62-63;
62. JOSSERAND L., Essai de téléologie juridique, De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus de droit, Dalloz, 1939 (réédition Paris- 2006)
63. JOSSERAND L., Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Dalloz, 1928
64. JULIEN J., Droit de la consommation et du surendettement, Montchrestien, 2009
65. KAHN J., La vente commerciale internationale, Paris, Sirey, 1961
66. LABARTHE Fr., La notion de document contractuel, préface de GHESTIN J., LGDJ, Paris, 1994
67. LAJUGIE J., Les systèmes économiques, 1969
68. LAROMBIERE L., Théorie et pratique des obligations, tome I, Paris, 1857
69. LARROUMET C., Droit civil - Les obligations, le contrat : effets,. 6^e éd., t. III, Economica, 2007
70. LAUBADERE A., VENEZIA J.C, GAUDEME Y., Traité de droit administratif, Tome I, 2^e éd., Paris, 2005
71. LEBRATY J., Profit, décision, incertitude, Paris, 1967

72. LEVAVASSEUR A., Droit des Etats-Unis, 2^e éd. Dalloz, Paris, 1994
73. LÉVY J.-P. et CASTALDO A., Histoire du droit civil, Dalloz, 2002
74. LHOMME H., Pouvoir et société économique, Paris, 1996, ch.IV
75. LIMPENS J., La vente en droit belge, Bruxelles, 1960
76. LOUSSOUARN Y. et BREDIN J.-D., Droit du commerce international, éd. Sirey, 1969
77. LUCAS de LEYSSAC C. et PARLEANI G. « Droit du marché », PUF, coll. Thémis, 2002
78. MACOVEI I., Drept internațional privat, ed. Ars Longa, Iași, 1999, vol.I
79. MALAURIE P. et AYNES L., Les obligations, 9^e éd., Cujas, 1997
80. MALAURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK P., Les obligations : Defrénois, 3^e éd., 2007
81. MALAURIE P., L'effet pervers des lois, Ecrits en hommage à G. Cornu, PUF, 1994
82. MALAURIE Ph. et AYNES L., Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 1992, Cujas
83. MALAURIE Ph., AYNES L. , Droit civil, Les obligations, : Cujas , 10^e éd. 1999
84. MALAURIE Ph., AYNES L. , et GAUTIER P.-Y. Les contrats spéciaux, 4^e éd., Defrénois, 2009
85. MARCHAI J., Cours d'économie politique, Paris, Lib. de Médecis, 1950
86. MARCHAL A., Système et structures économique, 3^e éd, Paris, PUF, 1963
87. MARTY G. et RAYNAUD P., Droit civil, Les obligations : Sirey, 2^e éd. 1988, t. 1
88. MARTY G. et RAYNAUD P., Introduction générale à l'étude du droit, Sirey, 1972
89. MAYER P., Droit international privé, ed. Montchrestien, Paris, 1994
90. MAZEAUD J. et CHABAS F., Leçons de droit civil, t. 2, 1^{er} vol., Obligations, Théorie générale: Montchrestien, 9^e éd. 1998
91. MEKKI S.-A., FAUVARQUE-COSSON B., Droit des contrats, Dalloz, 2011
92. PANTALEONI M., Tentativo di analisi des concreto di forte et debole in economica, Erotemi di economia, 1925
93. PERROT R., Institutions judiciaires, 13^e éd, Montchrestien, 2008
94. PERROUX F., L'économie du XXe Siècle, Paris, 1961
95. PERROUX F., Le capitalisme, Paris, 1962
96. PICOD Y. et DAVO H., Droit de la consommation, Sirey, 2010
97. PIEDELIEVRE St., le Droit de la consommation, édition Economica, Paris, 2008
98. PIZZIO J.P , Code de la consommation annoté, 2^e éd. Montchrestien, 1996
99. PLANIOL M., RIPERT G. et ESMEIN P., Traité pratique de droit civil français, t. 6 par P. Esmein : 2^e éd. LGDJ, 1952

100. POTHIER R.-S., Traité des obligations, Librairie de l'œuvre de Saint-Paul, 1883
101. RAYMOND G., Droit de la consommation, Editions du JurisClasseur, 2008
102. REY A., Dictionnaire historique de la langue française, 3^e éd., 2010
103. RIPERT G. et ROBLOT R., Droit Commercial, 5^e éd., 1964
104. RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4^e éd., 1949, p.117
105. RODIERE R., Traité général de droit maritime, t. I, Affrètements, 1967
106. ROLAND H. et BOYER L., Adages du droit français, Vitiantur et vitiant, Litec 1992
107. ROLAND H. et BOYER L., Les obligations, t II, Contrat, 6^e éd., 1988
108. SALEILLES R., Étude sur la théorie générale de l'obligation, 3^e éd. Paris, LGDJ, 1914
109. SALES H-B., Standard form contracts, 1953, 16 Mod. L. R. 318
110. SAVATIER J., Droit des affaires, 3^e éd., Paris, 1970
111. SAVATIER R., Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui, 1^{re} siècle, 1964
112. SCHMITTHOFF C., The Sources of the Law of International Trade, 1967, p. 115
113. SÉRIAUX A., Droit des obligations, 2^e éd., PUF, 1998
114. STARCK B, ROLAND H. et BOYER L., Obligations, 2. Contrat : Litec, 6^e éd. 1998
115. TERRE F. et LEQUETTE Y., Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz 1991
116. TERRE F., Introduction générale au droit, Dalloz 1991
117. TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., Droit civil - Les obligations, 10^e éd., Dalloz. 2009
118. TERRE Fr, LEQUETTE Y., Clauses abusives. Interdiction, Pouvoir du juge, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12^e éd., Dalloz, 2008
119. VILLEY M., Philosophie du droit, Dalloz, 2001
120. VINEY G. et JOURDAIN P., Traité de droit civil - Les effets de la responsabilité, 2^e éd., LGDJ, 2001
121. WEILL A. et TERRE F., Obligations, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1993
122. WILSON S., Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract, Int et Comp. L. Q. 14:172, 1965
123. WITZ C., Droit privé allemand, t. 1, Litec, 1992

II. THÈSES ET MONOGRAPHIES

124. AUBERT J.L., Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, these, Paris, LGDJ, 1970
125. BAZIN E., Le consentement du consommateur, thèse, Reims, 1999

126. BERLIOZ G., Le contrat d'adhésion, LGDJ, 1976
127. BIGIAOUI-DUHAMEL L., L'abus de droit en droit du travail, thèse dact. Paris I, 2002
128. BLOCH C., La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2008
129. BORE L., La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires : LGDJ, 1997
130. BOURGOIGNIE T., Éléments pour une théorie du droit de la consommation, Story Scientia, Bruxelles 1988
131. BOYER Y., L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, th. Aix-Marseille 1977, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1978
132. BRICKS H., Les clauses abusives, LGDJ, colle. Biblio. Dr. Privé, tome CLXXV, 1982
133. CARVAL S., La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ, 1995.
134. CHABAS C., L'inexécution licite du contrat, LGDJ, 2002
135. CHANTEPIE G., La lésion, LGDJ, 2006
136. CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté : LGDJ, 1988, préf. J.-AUBERT L.
137. CHAZAL J.-P., De la puissance économique en droit des obligations, Grenoble II, 1996
138. CHILLON S. Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam, Centre du droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1999
139. CHOLEY J.Y., L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion, Étude de droit français et de droit comparé, thèse Aix-Marseille, 1974
140. DARMAISIN S., Le contrat moral, L.G.D.J., coll. biblio. dr. privé, 1999, tome 343, 2000.
141. DELEBECQUE P., Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse, Aix-Marseille, 1981
142. DIENER P., Le silence et le droit, thèse Bordeaux, 1975
143. FAGES B., Le comportement du contractant, thèse PUAM, 1996
144. FIN-LANGER L., L'équilibre contractuel, Paris : LGDJ, 2002
145. FISCHER J, Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, PUAM, 2004
146. GHESTIN J., La notion d'erreur dans les contrats, Paris, 1963
147. GIAUME Ch., La protection du consommateur contre les clauses abusives, Thèse Nice, 1989

148. GODE P., Volonté et manifestation tacite, thèse, Lille, 1977
149. GOUNOT E., Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, thèse, Dijon, 1912
150. HUDSON Building and Engineering Contracts, 9 thèse, éd., 1965
151. HUIGENS A. ; La violence économique; Mémoire de DEA, sous la direction du P^r Christophe Jamin, école doctorale de l'Université de Lille II
152. JALUZOT B., La bonne foi dans les contrats. Etudes comparative de droit français, allemande et japonais, Dalloz, Paris, 2001
153. KARIMI A., Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, éd. LGDJ, Paris 2001
154. KHALIL M. S., Le dirigisme économique dans les contrats, Paris, 1969
155. LABARTHE Fr., La notion de document contractuel, LGDJ, 1994
156. LE GAC-PECH S., La proportionnalité en droit prive des contrats, LGDJ, 2000
157. LECOMTE A., La clause de style, H.T.D.C. 1935
158. LEROY M., Contribution à la notion de professionnel, thèse, juin 1995, Université des sciences sociales de Toulouse
159. LITTY O., Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de quatre contrats d'adhésion usuels, préf. GHESTIN J., LGDJ, Bibl. droit privé, 1999
160. LITTMAN M.J., Le silence et la formation du contrat, thèse, Strasbourg, 1969
161. MADJARIAN J.C., Le silence dans la formation du contrat, thèse, Nice 1965
162. MALAURIE Ph., L'ordre public et le contrat. Etudes de droit civil comparé, Paris, 1951,
163. MARSON J., L'abus de droit en matière contractuelle, thèse dact. Paris, 1935
164. MARTIN A.-C., L'imputation des risques entre contractants, préf. F. Ferrier, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 508
165. MARTY R., De l'absence partielle de cause de l'obligation et son rôle dans les contrats à titre onéreux, thèse Paris II, 1995
166. MAURY J., Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, thèse Toulouse, 1920
167. MAYALI J.-C., La notion de consommateur, thèse, Montpellier, 1993
168. MAZEAUD D., La notion de clause pénale, thèse, LGDJ, 1992
169. NOBLOT C., La qualité de contractant comme critère de protection, essai de méthodologie législative, préf. F. Labarthe, Bibliothèque de Droit privé, tome 382, LGDJ, 2002
170. PANCRAZI-TIAN M.-E., La protection judiciaire du lien contractuel, PUAM, 1996, préf. MESTRE J.

171. PEROT-MOREL M.-A., De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, thèse, Grenoble, 1956
172. PICOD Y., Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, coll.biblio.dr.privé, tome 208, 1989
173. PIMONT S., L'économie du contrat, PUAM, 2004
174. POMMIER J. Ch., Principe d'autonomie et la loi du contrat en droit international privé conventionnel, éd. Economica, Paris, 1992
175. RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd.. LGDJ, 1949
176. RIPERT G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2^e éd., 1948
177. ROCHFELD J., Cause et type de contrat, thèse Paris I, 1997
178. RZEPECKI N., Droit de la consommation et théorie générale du contrat, thèse de doctorat, Université Robert Schuman Strasbourg III 1998
179. SAPIN M., La place et le rôle des usagers dans le service public, La Documentation française, Coll. Rapports officiels, 1983
180. SAUPHANOR N., L'influence du droit de la consommation dans l'ordre juridique privé, thèse LGDJ, 2000
181. SCHMIDT J., Négociation et conclusion de contrats, éd. Dalloz, 1982
182. SERIAUX A., La faute du transporteur, Economica, 1984
183. SEYSSEL M.-A., L'abus de droit dans les contrats, thèse, LGDJ, 2004
184. STOFFEL-MUNCK Ph., L'abus dans le contrat, éd. LGDJ, Paris 2000
185. TAHITA J.-C., La loi n°78-23 du 10/1/1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats, thèse Poitiers, 1985
186. TANGODAN V.H., La nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats, Genève, 1952
187. TERRE, F., Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009
188. VOLANSKY A., Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, Thèse Paris, 1929

III. ARTICLES PARUS DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS ET PRÉFACES

189. ANCEL P., Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle, in L'abus de droit dans les contrats, colloque Lyon II, octobre 1998, JCP 1999, éd. E., Cah. dr. entr. n° 6, p. 30 et s.

190. AYNES L., Formalisme et prévention, in *Le droit du crédit à la consommation*, Litec, 1981, p. 63 et s.
191. AYNES L., L'obligation de loyauté, in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, tome 44, Dalloz, 2000, p.195-196
192. BATTIFOL H., La crise du contrat, in *Sur les notions du contrat*, Archives de philosophie du Droit, t. XIII (1969)
193. BENABENT A., La bonne foi dans l'exécution du contrat, Rapport français, in *La bonne foi*, Travaux de l'Association H.Capitant, tome XIII, Litec, 1992, p.291-292
194. BON-GARCIN I, L'abus de droit dans les contrats de crédit, in *L'abus de droit dans les contrats*, Cah. dr. ent. 1998/6, p. 4
195. BOUJEKA A., L'influence du droit communautaire sur la distinction entre professionnel et consommateur, in *chron. n° 4 du CEJEC*, LPA 23 août 2004, p. 6
196. BOULANGER J., Volonté réelle et Volonté déclarée, *Mélanges Frédéricq*, Gand (1966), p. 199
197. BOURGOIGNJE T., La lutte contre les clauses abusives dans un cadre européen. L'expérience belge : « peut mieux faire », in *Colloque Les 20 ans de la Commission des clauses abusives*, 29 mai 1998, Chambéry, *Rev. Conc. Cons.* n°105 sept-oct. 1998, p. 56
198. BRASSEUR C., Le juge et la Commission des clauses abusives : une nouvelle articulation, in *Actes de la journée d'études du 21 mars 1997 tenue à Reims sur Les clauses abusives dans les contrats de consommation*, INC Hebdo, 12 déc. 1997, n° 1015, p 44 et s.
199. CABRILLAC M., Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, *Mélanges G. Marty*, p. 238 s.
200. CALAIS-AULOY, Jean. « Les clauses abusives en droit français », in « Les clauses abusives dans les contrats type en France et en Europe », *Actes de la table ronde du 12 décembre 1990*, LGDJ, 1991
201. CARBONNIER J., Sociologie de la vente, in « *Flexible droit* », 7eme éd., LGDJ, 1992, p.295
202. CARBONNIER V.J., Introduction à la théorie générale du contrat, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, rapport aux journées Savatier, PUF, Poitiers 1985
203. CHAINEAU A., Crise économique, crise juridique, crise de société : 1975 - 1995 in « *Droit de la crise : crise du droit ?* », V41^{ème} journées Savatier, PUF, 1997

204. DARRIEUX Ph. , Le regard des juges sur la Commission des clauses abusives, in La protection du consommateur contre les clauses abusives : Rev. conc. consom, sept.-oct. 1998, n° 105, p. 38
205. Del MARMOL C., Les clauses contractuelles types, in Liber Amicorum Baron Frédérica, Gand. 1966. p. 307. 313
206. DEL VAUX P.H., Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, LGDJ, 1996, p. 96, n°37
207. DOUCHY-OUDOT M. Courtes prescriptions et forclusion en droit de la consommation, Mélanges Calais-Auloy, p. 355
208. FAGES B., L'abus dans les contrats de distribution, in L'abus de droit dans les contrats, Cah. dr. ent. 1998/6
209. FENOUILLET D., Les effets du contrat entre les parties. Les principes in « Pour une réforme du droit des contrats ». TERRÉ, François (dir.), Dalloz, 2009
210. FLOUR J., Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in Études offertes à Georges Ripert, 1.1, Paris : LGDJ, 1950, p. 96
211. FOSSEREAU J., L'indétermination du prix dans les contrats, in Rapport de la Cour de cassation, 1995, p. 116
212. FRANK, Jérôme., Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, in Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 416
213. GANNAGE L., La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation. Mélanges Calais-Auloy, 2000
214. GAUDEMET-TALLON H., Quel juge ? quelle loi ?, in Dossier protection du consommateur dans l'espace européen, Dr. et patrimoine, octobre 2002 71
215. GHESTIN J. et MARCHESSAUX I., Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe, in Les clauses abusives dans les contrats types en Europe, Actes de la table ronde du 12 déc. 1990, LGDJ 1991
216. GHESTIN J., L'annulation d'office d'un contrat, in Mélanges P. Draï, Le juge entre deux millénaires, D., 2000
217. GHESTIN J., Les recommandations de la Commission, in La protection des consommateurs contre les clauses abusives : Rev. conc. consom. sept-oct. 1998
218. HONDIUS E., La directive sur les clauses abusives et les états membres de l'Union européenne, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, LGDJ, 1996, p. 596, n°7

219. HUGON C., Le consommateur de justice, in *Liber amicorum Jean CALAIS- AULOY*, Dalloz, 2004
220. JESTAZ P., L'obligation et la sanction. A la recherche de l'obligation fondamentale, *Mélanges Raynaud*, 1985, p. 27 s.
221. JOURDAIN P., La bonne foi dans la formation du contrat, *Trav. Ass. H. Capitant* 1992
222. KESSLER F., *Contracts of Adhesion*, loc.cit. Friedman, Kaw in a Changing Society, Londres, 1959, p.102
223. LAGARDE P., Heurts et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne. *Mélanges Gheslin. LGDJ*, p. 511
224. LAVERNHE R., Le rôle économique de la publicité, *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse*, t.XVII, 1969
225. LÉCUYER H., Le contrat, acte de prévision » in « *L'avenir du droit - Mélanges en hommage à François Terré* », Dalloz, PUF. Juris-classeur. 1999, p. 657
226. LEVENEUR L., La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in « *Le renouvellement des sources du droit des obligations* », 1.1, LGDJ 1997, p. 155 et s.
227. MALINVAUD P., Contrats en matière immobilière in *Les contrats d'adhésion et la protection des consommateurs*, p 39 et s.
228. MAZEAUD D., Droit commun du contrat et le droit de la consommation, *Mélanges Calais-Auloy*. Dalloz, 2004
229. MAZEAUD D., Le juge et le contrat - variations optimistes sur un couple illégitime, in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz. 2005
230. MAZEAUD D., Le juge face aux clauses abusives, in le juge et l'exécution du contrat, colloque I.D.A. Aix-en-Provence, PUAM 1993, p.23-24
231. MAZEAUD D., Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in « *L'avenir du droit - Mélanges en hommage à François Terré* ». Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999
232. MAZEAUD, D. La protection par le droit commun, in *Les clauses abusives entre professionnels*, *Economica*, 1998, p. 33
233. MESTRE J., Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine, *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991
234. MESTRE J., Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1990
235. MORIN A., La loi et le contrat, in *La décadence de leur souveraineté*, 1927, p.57 et 58.

236. MOUSSERON M., La durée dans la formation des contrats. Mélanges Jauffret 1974, p. 503 et s.
237. PAISANT G., A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France, in Etudes offertes à Jacques Béguin. Litec, 2005, p. 605
238. PAISANT G., De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies, Presse Universitaires de Grenoble, 2003, p.241
239. PAISANT G., Essai sur le temps dans les contrats de consommation in Études offertes au Doyen Philippe Simler, Dalloz-Litec, 2006, p. 637
240. PAISANT G., L'utilité et le caractère du droit de la consommation, in « Les aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne », Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius 2011
241. PAISANT G., La protection par le droit de la consommation, in Les clauses abusives entre professionnels sous la direction de JAMIN Ch et MAZEAUD D., Economica, 1998, p.28
242. PAISANT G., La rétractation du consommateur en droit français », in « Le droit de rétractation - Contrats et Patrimoine, Larcier, 2008, p. 67
243. PAISANT G., Le point sur les clauses abusives des contrats in Après le code de la consommation, grands problèmes choisis, Actualités de droit de l'entreprise, colloque du 24 février 1994, n° 19, Litec, p 106
244. PAISANT G., Les perspectives de la protection des droits des consommateurs, in « Les aspects juridiques de la protection des consommateurs dans l'Union européenne », Mykolo Romerio Universitetas, Vilnius 2011
245. PAISANT G., Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation - Variations sur de minimis..., in Liber amicorum CALAIS-AULOY J., op. cit., n° 2, p. 767
246. PAISANT G., Retour sur la notion du non-professionnel, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross, p.239, PUF, 2009
247. PATAUT E., Clauses attributives de juridictions et clauses abusives, Mélanges Calais-Auloy, p. 808
248. PEYRAT D., La justice de proximité, in « Problèmes politiques et sociaux », La documentation française, n° 869, 2002
249. PICOD Y., L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, colloque IDA Aix-en Provence, PUAM 1993

250. PIZZIO J.-P., Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle, in Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum J. CALAIS-AULOY, D., 2004, p. 877
251. RABEL E., L'unification de la vente internationale, ses rapports avec les formulaires ou contrats types, Mélanges Lambert, t. II p. 658
252. RAYMOND G., Les contrats de consommation in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Litec, Actualités de droit de l'entreprise, 1.19, 1995, p 35 et s.
253. REEG A., La lutte contre les clauses abusives des contrats, Esquisse comparative des solutions allemande et française, in Etudes offertes à René Rodière, 1981, p. 239 et 240
254. REVET T., La détermination unilatérale de l'objet, Colloque intitulé Unilatéralisme et droit des obligations, le 9 janvier 1998, Paris XII
255. REVET Th., La clause légale, in Mél. Cabrillac : Dalloz-Litec, 1999, p. 277
256. RIEG A., Contrat type et contrat d'adhésion, in Etudes de Droit Contemporaine, 1970, t.XXXIII, p.116
257. RIEG A., La lutte contre les clauses abusives des contrats in Esquisse comparative des solutions allemande et française, Etudes René Rodière, 1981
258. RIPERT G., L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Mélanges Gény, t.II, p.347
259. RIEG A., La ponctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat, Mélanges Jauffret, p. 600
260. ROCHFELD V., Les clairs-obscurs de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives, Mélanges Calais-Auloy, Dalloz 2004, p.981
261. SERLOOTEN P., Les orientations nouvelles de la protection des consommateurs en droit privé français, Annales Université Toulouse, t 27, 1979
262. SINAY-CYTERMAN A., La protection de la partie faible en droit international privé, Mélanges Lagarde. Dalloz, 2005, p. 737
263. TALLON D., La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé in « Études à la mémoire d'Alain Sayag », Litec, 1997
264. TENREIRO M., La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation. Mélanges Calais-Atiloy, p. 1093
265. TROCHU M., La protection des consommateurs contre les clauses abusives, Droit et pratique du commerce international, 2^e partie, Dalloz, 1981
266. VAN OMMESLAGHE P., La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, in Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 881, spéc. n° 19 et s.

267. VAREILLES SOMMIERES de P., La question du contractant non professionnel dans le droit des conflits de lois in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, 1.19, 1995, p 73
268. VINEV G., Actions associatives et actions de groupe, in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007

IV. ARTICLES ET RAPPORTS DE CONFÉRENCES PARUS DANS DES PÉRIODIQUES

269. AGATA DE LAFORCADE A., L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice, *RTD Com.* 2012 p. 711
270. ALPA G. et DASSIO M., Les contrats de consommateurs et les modifications du Code civil italien, *RIDC* 1997, p. 636 et 637
271. ANSELME-MARTIN O., Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi, *Petites affiches*, 22 janvier 1997, n° 10, *Doctr.*, p.17 et s.
272. AYNES L., Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?, *D.* 1993, chr.27
273. BAKER C., Le titre exécutoire européen (Une avancée pour la libre circulation des décisions ?), *JCP*, 2003 I 137
274. BAZIN E., De l'office du juge en droit de la consommation : *Dr. et proc.* 2008, p. 125
275. BÉHAR-TOUCHAIS M., Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? - Rapport introductif, *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 3
276. BÉHAR-TOUCHAIS M., Libres propos sur la période de formation, *LPA* 6 mai 1998, n° 54, p. 22
277. BELTZ K.H., Le titre exécutoire européen (TEE), *D.*, 2005 2707
278. BERAUDO J.-P., Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions fière civile et commerciale, *JDI* 2001. 1033
279. BERLIOZ G., Droit de la consommation et droit des contrats, *JCP*, éd. CI, 1979. II. 13019
280. BERNARDEAU L., Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire, *RED consom.*, 2000 261
281. BEZARD P., Le nouveau visage de la Commission des opérations de Bourse, *RID comp.* 1989.4.929

282. BIH L., La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs », JCP 1978, II, 12759
283. BOITEAU C., L'entreprise nationale France Telecom (commentaire de la loi n° 96-660 du 26 juill. 1996) JCP 1996, éd. G, I, 3965
284. BOIZARD M., La réception de la notion de violence économique en droit, LPA 16 juin 2004, ns120, p. 5
285. BONNECARRERE PH., Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union européenne sur la proposition de directive du parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (COM[95]712 final/n° E 602), Doc., AN n° 3108, 6 novembre 1996
286. BORÉ L., L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née?, D. 1995, chr. p. 267
287. BORNET P J., Le pouvoir des sans-pouvoir ou comment s'organise le pouvoir des minoritaires, Petites affiches, 17 mars 1995, p. 18
288. BOUJEKA A., Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français, D. 2005 p. 1948
289. BOUJEKA A., Perspectives communautaire et comparée de la procédure de rétablissement personnel, Re dr. banc, et fin. sept.-oct. 2006, p. 61
290. BOURGOIGNIE T., L'accès des consommateurs au droit et à la justice: les défis du marché unique, REDC n° 3, 1992, p. 120
291. BRETZNER J.-D., La durée, l'abus et le contrat, RDC 2009. 1662
292. BRUN Ph., Le droit de revenir sur son engagement. Rev. droit et patrimoine, n° 60, mai 1998, p. 80
293. BRUNEAU Ch., Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale, JCP, 2001 I 304
294. BRUSCHI M., L'amélioration de la protection contractuelle du consommateur, RLDA 2002, nr.49
295. CAGNOLI P., La technique de répartition des compétences au sein des juridictions judiciaires. JCP, 2005 actualité, n° 326
296. CALAIS-AUILOY J., Le projet français de Code de la consommation. REDconsom. 1990, 179
297. CALAIS-AULOY J., et BIHL L., Les actions en justice des associations de consommateurs », D. 1988, chr., p. 193

298. CALAIS-AULOY J., et BIHL L., La loi 78-22 du 10 janvier 1978 protégeant les consommateurs contre les dangers du crédit . JCP CI 1978, chr. 7245, p. 239
299. CALAIS-AULOY J., Les actions en justice des associations de consommateurs, commentaire de la loi du 5 janvier 1988 : D. 1988, chron. p. 193, spéc. p. 196
300. CALAIS-AULOY V.J., L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, Revue Trimestrielle de droit civil, 1994, p. 247
301. CALAY-AULOY, Vers un Code européen de la consommation ?, Actes du colloque Lyon, 12-13 decembr4e 1998, sous la direction de Filali Osman, Bruyant Bruxelles 1998, p.399
302. CARBONNIER J, Notes sur la prescription extinctive, RTD civ. 1952, p. 176
303. CARMET O., Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, RTD com. 1982, p. 4
304. CAUSSE H., L'épargnant est-il un consommateur ?, Marchés et techniques financières, mai 1994, n° 60
305. CHAGNY M., Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles : la Cour de justice invitée au débat sur le Livre vert, RLC oct./déc. 2006. 86
306. CHARTIER Y., La reforme de la commission des clauses abusives, JCP, 1993
307. CHAZAL J-P, Le consommateur existe-t-il ? , D. 1997.chron.260
308. CHAZAL J-P., Conditions de la rupture abusive d'un contrat de concession exclusive, JCP G n° 21, 20 Mai 1998, II 10085
309. CHIRICĂ D., Principiul libertății de a contracta și limitele sale în materie de vânzare-cumpărare, Revista de Drept Comercial, n°6/1999, p.44-45
310. CHRISTIANOS V., Les codes de procédure civile français et hellénique face à l'accès du consommateur à la justice, RIDC, 1988, p.408
311. CLAY T, Arbitrage et modes alternatifs de règlements des litiges, D. 2009. Pan. 2959, spéc. 2960
312. COLENO C. et BARBIERI J.-J., De minimis curât praetor (à propos du juge de proximité), LPA, 22 juillet 2003, s.
313. CORGAS-BERNARD C., Conditions de recevabilité de l'action en suppression de clauses abusives, JCP G n° 46, 16 Novembre 2005, II 10156
314. COTTEREAU V., La clause réputée non écrite, JCP G n° 28, 21 Juillet 1993, I 3691
315. COURTIEU G., Clauses abusives : l'épée de Damoclès, Rev. Resp. civ. et assur. janvier 1996 , JCP 1996 Ed E, I, 556, p 205

316. CROZE H., Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Procédures, 2001 chron. n° 7
317. DAL FARRA T., L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité, RTD eur. 1992.631
318. DANGLEHANT C., Commentaire de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats, D.1995 p. 127
319. DANGLEHANT C., Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité, Revue des sociétés 1996 p. 217
320. D'AVOUT L., La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805-2004 du 21 avril 2004, Rev. crit. D/P, 2006 I
321. DELEBECQUE Ph., L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier - Rapport de Synthèse, LPA 29 juin 1999, n° 128
322. DEREUX F., De la nature juridique des contrats d'adhésion, RTD civ :, 1910, pp. 503-535
323. DESDEVISES Y., Justice et juridiction de proximité dans la loi du 9 septembre 2002. Dr. et procédure, 2003. 68
324. DROZ G.A. et GAUDEMET-TALLON H., La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Rev. crit. DIP, 2001 601
325. DUPEYRON H., L'action collective, D. 1952, Chr. p. 155.
326. DUPONT N., Vers une dépenalisation de l'action collective des associations habilitées ? D. 2010 p. 1842
327. DURAND P., La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTDC, 1944, p.73
328. EDELMAN B., De la liberté et de la violence économique, D. 2001, chr., p. 2315
329. ESPERIQUELLE M., La législation communautaire des contrats conclus avec les consommateurs, Rev. Conc.
330. FADLALLAH I., et BAUDE-TEXIDOR Ch., L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », D. 2003, p. 753, n° 13
331. FAGES B. et MESTRE J., L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, RTDcom. 1998, p. 76

332. FALLON M., Problématique du contentieux de la consommation transfrontière en Europe, in R.E.D.C. 4/1988, p.270
333. FALLON M., Le droit des rapports internationaux de consommation. JDI, 1984 765
334. FASQUELLE D. et MESA R., Livre vert de la Commission sur les sanctions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Revue des droits de la concurrence (RDLC) 2006/1. 33 s.
335. FAUVARQUE COSSON B., Quelle protection des consommateurs pour demain ?, D., 2007 956
336. FAUVARQUE-COSSON B. (sous la dir. de). Livre vert sur le droit européen de la consommation- réponses françaises ?, Société de législation comparée, 2007
337. FAWCETT J.J., Products liability in private international law: an european perspective, in R.C.A.D.I., 1993, vol.238. p.80
338. FENOUILLET D., Premières remarques sur le projet de loi « en faveur des consommateurs », D. 2006
339. FLORES P. et BIARDEAUD G., Réforme du délai de forclusion : vers une restauration du régime de protection de l'emprunteur, D., 2002 876 : Gourio (sous la dir. de). Le délai de forclusion en matière de crédit à la consommation. RD bancaire, 2000 201
340. FLORES Ph., La procédure de rétablissement personnel : un nouveau défi pour le juge de l'exécution, Contrats, conc., consom. 2005, étude n° 4
341. FONTAINE M., Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, DPCI mars 1976, p. 7
342. FOYER J., Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. JDI, 1991 601
343. FRISON-ROCHE M.A., Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences, Les Petites Affiches, 8 décembre 1993, p.18, n°26 à 30
344. GALMOT Y et BONICHOT J-C, La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national, Rev. fr. dr. adm. 1988.1
345. GAUDEMET-TALLON H., La nouveau droit international privé des contrats, RTD europ., 1981 215
346. GHESTIN J. et MARCHESSAUX I., Aperçu rapide sur la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 en ce 235 22762qu'elle concerne les clauses abusives et la présentation des contrats, JCP 22 mars 1995. Act. n° 12

347. GHESTIN J. et MARCHESSAUX I., L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire, RED consom. 1993.67
348. GHESTIN J. et MARCHESSAUX I., L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives, JCP 1995. I. 3854
349. GHESTIN J., Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, D.1991 p. 449
350. GHESTIN J., L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, chr. p. 1
351. GOUT O., La capitalisation des intérêts : éclairage sur un mécanisme réputé obscur, Rev. droit et patrimoine, n° 88, déc. 2000. p. 26
352. GOUT O., L'accès au droit des consommateurs, LPA 30 mai 2008, n° 109, p. 25
353. GOUT O., L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier, D. 2003, jur. p. 551
354. GOUT O., Une restriction contestable au pouvoir du juge de soulever d'office la nullité, La Semaine Juridique Edition Générale n° 7, 14 Février 2001, II 10477
355. GOYENS M., Le règlement des litiges de consommation : Rev. aff. eur. 1994, n° 3, p. 45
356. GRIDEL J.-P., Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives, D.1984, Chron., p.153-154
357. GUEGUEN J.M., Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D. 1999.chron.352
358. GUINCHARD S., Une class action à la française, D. 2005, p. 2180
359. HOEPFNER-LEGER I., Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion, JCP E 2006. 2710
360. HUET J., La directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, JCP 1993, Actualités du 30 juin, p. 26
361. HUET J., Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, JCP, éd. E, 1994.309 ;
362. HUGON C. et MENUT B., Les enjeux européens du recouvrement des créances, Dr. et procéd., 2005.72
363. HUGON Ch., L'approche théorique de la procédure de rétablissement personnel, Contrats, conc., consom. 2005, n° 10
364. INGBER L., I. de SAEDELEER et RENARD A., Chronique de droit belge, RTD civ. 1992, 835
365. IVAINER Th., L'ambiguïté dans les contrats, D. 1976.chron.153
366. JAMIN Ch., RTD civ. 1995, p 440

367. JEULAND E., Le titre exécutoire européen : un château en Espagne ?, Gaz. Pal., 28 mai 2005 15
368. JOURDAIN P., La doctrine de la Commission, in La protection des consommateurs contre les clauses abusives : Rev. conc. consom. sept.-oct. 1998, n° 105, p. 23
369. JOURDAIN P., L'obligation de se renseigner, D. 1983, chr. p. 139
370. KARIMI A., Les modifications des dispositions du Code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n° 95-96 du 1er février 1995, Petites Affiches 5 mai 1995, p. 9
371. KASSIS A., Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, Paris, 1993, p.334-342
372. KUHNMUNCH O., La commission des clauses abusives et ses attributions, Rev. Conc, Consum. sept. oct. 1998, spéc. p 12 et 13
373. KUHNMUNCH O., Le dispositif d'élimination des clauses abusives : les nouvelles données, Rev. conc, consom. 1992, n° 65, p 25
374. KULLMANN J., Remarques sur les clauses réputées non écrites, D.1993.crhon.59
375. LAGARDE P., Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. crit. DIP, 1991
376. LAGARDE X., Forclusion biennale et crédit à la consommation (la réforme de l'article L.311-37 du Code de la consommation), JCP, ed. E, 2002 1116
377. LAGARDE X., Observations critiques sur la renaissance du formalisme, JCP 1999,1,170
378. LAGARDE X., Office du juge et ordre public de protection, JCP G 2001,1, n° 312, p. 745
379. LAGARDE, X., Qu'est-ce qu'une clause abusive ? - Etude pratique, JCP G 2006. I. 110
380. LAITHIER Y.-M., Remarques sur les conditions de la violence économique, LPA 22 no 2004, n°233, p. 6
381. LAMBERTERIE de I. et WALLAERT C., Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt des consommateurs dans les pays de la Communauté Economique Européenne – la France, R.I.D.comp.1982, p.673-674
382. LARROUMET Ch., « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », D. 1997.chron.145
383. LAUDE A., La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap, D. AfT. 1996, p. 7
384. LAURENT Ph., La bonne foi et l'abus de droit de résilier unilatéralement les contrats de concession, Petites affiches 8 mars 2000, n°48, Doctr., p.8

385. LE TOURNEAU Ph., Bonne foi, Rep. civ., Dalloz, 1995, n°53
386. LEAUTE J., Les contrats types, R.T.D.C. 1953, p. 429 s. Sur les contrats types dans la vente internationale
387. LEBLOND N., Moyens d'action des consommateurs et riposte des professionnels, J.-Cl. Conc. Consom., fasc. 1210, n° 77
388. LEBRETON G., La justice de proximité : un premier bilan pessimiste, D., 2004 2808
389. LECLERCQ P., Evolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve, Rapport de la Cour de cassation pour 1991, Documentation Française, p. 153
390. LEVENEUR L., Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives, Cont. conc. cons. avr. 1996, p. 1
391. LEVENEUR L., Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité, Contrats, conc., consom. 1994, Chron. 3
392. LIEBAERT J., A propos du règlement général des opérations de banque, les usages et le contrat d'adhésion, Revue de la Banque, 1968, p. 345
393. LOKIEC P., Clauses abusives et crédit à la consommation, Rev. dr. banc, et fin., mai-juin 2004, p. 221
394. MAGNIER V., Les sanctions du formalisme informatif, JCP 2004,1. 106
395. MAINGUY D., À propos de l'introduction de la class action en droit français », D. 2005, p. 1282
396. MAINGUY D., Bref retour sur l'indétermination du prix, Cah. dr. ent. 1998/2, p. 24, n°4
397. MALINVAUD Ph., La protection des consommateurs, D. 1981, chron., p 49
398. MALLOL F., Divorce à l'européenne ? ou l'épineuse question des services publics ...JCP 1996, éd. G, I, 3963
399. MARTIN R., Le consommateur abusif, D. 1987, Chron. 150
400. MARTY J.P. La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, Marty (J.P.), RTD Com. 1981 p. 681
401. MAZEAUD D. Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009 p. 1364
402. MAZEAUD D., La cour de cassation poursuit son œuvre de dissuasion contractuelle en matière de droit de la consommation, Defrénois 1995, n° 22, p. 1416
403. MAZEAUD D., L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998, p. 111
404. MEL J., La notion du consommateur européen, Petite affiches, 31 janvier 2006, n°22, p.5
405. MESTRE, Jacques. Rapport de synthèse (hétérodoxe) sur la question de l'intangibilité du contrat, Re dr. et pair., mars 1998, n° 58, p. 78

406. MICKLITZ H.W., La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976 : bilan de onze années d'application, *Revue internationale de droit compare*, 1-1989 (janvier-mars 1989), p.104
407. MOLFESSIS N., Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 21
408. MONNIER M., Service public et droit de la consommation en droits français et communautaires, *Revue internationale de droit économique* 1996, n° 3 , p 393 et s.
409. MORIN A., L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988, *RED consom.* 1991. 31
410. MORIN A., L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 : *REDC* 1991, p. 3
411. MOULOUH H., La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire, *D.*, 2002 3218
412. NIBOYET M.-L., La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000, *Gaz. Pal.*, 1er-2 juin 2001, 10
413. NIBOYET M.-L., Les nouvelles figures de la coopération judiciaire civile européenne, *Dr. et patrimoine*, novembre 2004 59
414. NOURISSAT C., La coopération dans les procédures d'exécution, *Dr. et patrimoine*, novembre 2004 68 ; Le règlement 805-2004 du Parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *Procédures*, 2005 n° 10
415. NOURISSAT C., Livre vert sur les actions en dommages-intérêts : questions de droit judiciaire privé européen, *RLC avr./juin* 2006. 45
416. OPPETIT B., La résurgence du rescrit, *D.* 1991, chron., p 105 et s.
417. OPPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de « hardship », *JDI* 1974, p. 797, n°3
418. OPPETIT B., Le rôle du juge civil en présence des problèmes économiques, *Rapport aux « Journées » de 1970 de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*
419. PAISANT G., La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et téléachat, *JCP* 1988.1. n° 3350
420. PAISANT G., A la recherche d'un consommateur, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 13, 26 Mars 2003, I 121

421. PAISANT G., Clauses pénales et clauses abusives après la loi du 1^{er} février 1995, D. 1995.chron.223
422. PAISANT G., Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, RTD civ. 1985. p. 647
423. PAISANT G., Essai sur la notion de consommateur en droit positif, JCP 1993. I. 3655
424. PAISANT G., La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », Contrats, conc., consom., 1991, chr. 3, p. 3
425. PAISANT G., La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs (à propos du livre vert du 8 février 2007), JCP, 2007 I 152
426. PAISANT G., Le Code de la consommation et l'avant-projet de réforme du droit des obligations - Quelle influence et quelle harmonisation ? , JCP 2006, act. jur. p. 429
427. PAISANT G., Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, D. 1995. Chron. 99
428. PAISANT G., Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1988, chr. p. 257
429. PAISANT G., Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives, JCP 1994, ed. G, I, 3772, n°6
430. PATTERSON W., The interpretation and Construction of Contracts, 64 Col. L. Rev., 833, 857, 1964
431. PATTETA, G., Une solution règlementaire aux problèmes de suppression des clauses abusives ?, D. 8 janv. 2009
432. PELLINGHELLI-STEINCHEN S., Les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux au regard du contrôle des clauses abusives, Petites Affiches 14 juillet 1997, n° 84, p 11
433. PICOD Y., Le charme discret de la class action, D. 2005, p. 657.
434. PICOD Y., L'action de groupe : l'âge d'or des implants ou modèle français ?, D. 2006, p. 2865
435. PIZZIO J.-P., Droit du marché et droit commun des obligations La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, RTD Com. 1998 p. 53
436. PIZZIO J.-P., L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs, Dr. et patrimoine, oct. 2002, p. 59
437. PIZZIO J.-P., Les éditeurs de modèles de conventions et la protection contre les clauses abusives : INC Hebdo, 12 déc. 1997, n° 1015, p. 32

438. PIZZIO J.-P., L'introduction de la notion de consommateur en droit français : D. 1982. chr. 91 s.
439. POISSONNIER G., Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation, CCC 2009, n° 5
440. POISSONNIER G., Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue : D. 2008, p. 1285 s.
441. POPA I.-F., Reprimarea clauzelor abusive, în Pandectele romane, n°2/2004, p.208
442. PUTMAN E., La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs, RRJ 1988. 341
443. RAYMOND G., Commentaire de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, Cont.Conc. mars 1995, n°55 et 56, p.15
444. RAYMOND G., Le livre vert sur le droit de la consommation. Contrats, econ., consomm., 2007 cliron. 5
445. RAYNARD J., Droit européen des contrats : le juge a le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause du contrat, (CJCE 27 juin 2000), RTD Civ. 2000 p. 939
446. RIFFAULT-SILK J., Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond, Revue Lamy de la concurrence (RLC) janv./mars 2006. 84
447. ROBIN-OLIVIER S. et BERGE J.-S., La difficile question de la marge de manœuvre conférée par le droit communautaire aux droits nationaux dans la transposition des directives ..., in chron. n° III du CEJEC, LPA 19 mai 2003, p. 9, spéc. p. 11
448. ROCHE-DAHAN J., Le domaine d'application des lois Scrivener, RTD com. 1996, p. 19
449. ROCHFELD J., Clauses abusives - Listes réglementaires noire et grise, RTD Civ. 2009 p. 383
450. ROME, F. Clauses abusives : les trente glorieuses , D. 2008. Edito. 2337
451. RUEL F., Libres propos. Les débuts difficiles de la juridiction de proximité, Gaz- Pal., 16 octobre 2004 15
452. SAGE F., Le droit français au regard de la directive 93/13 du Conseil des Communautés européennes du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Gaz. Pal. 1994, II, Doct. p. 1190
453. SALVANDY J., Protection du consommateur-emprunteur immobilier : nouvelles clauses abusives « noires » et « grises », Revue de droit immobilier 2010 p. 145
454. SAUPHANOR-BROUILLAUD N., Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus, CCC juin 2008. étude 7

455. SINAY-CYTERMANN A., La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations, RTD civ. 1985.471
456. SINAY-CYTERMANN A., Protection ou surprotection du consommateur ?, JCP 1994, I, n° 3804
457. SYRE-MARIN E., L'inquiétude de professionnels du monde judiciaire devant la création de « juges de proximité ». D., 2002 3275
458. TEMPLE H., « Class action » et économie de marché, JCP 2005, act. n° 284, p. 992.
459. TENENBAUM A., La liberté contractuelle, instrument du succès de la future société privée européenne ?, RDC 2010. 986
460. TENREIRO M., Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Contrats, conc., consom. 1993, chron. 7
461. TESTU F.-X. , La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives, Dalloz Affaires 1996.372
462. TESTU F.-X. , Le juge et le contrat d'adhésion, J.C.P., 1993, I, 3673, n° 32, p.203
463. THOUVENIN J.M, Personnes publiques, personnes privées investies d'une mission de service public et droit de la concurrence, Dalloz Affaires 1997, p 331
464. TRASSOUDAIN S.et JEULAND E., La place de l'écrit dans la procédure orale, Bull. inf. C. cass., n° 3 p. 39
465. TRAVIER B., Le principe de sécurité juridique et les procédures orales. Procédures, mai 2006 chron. 6
466. TROCHU M., Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, D. 1993, chron. 315
467. TROCHU M., TREMORIN Y. et BERCHON P., La protection des consommateurs contre les clauses abusives : Etude de la législation française du 10 janvier 1978, DPCI mars 1981, p. 44 et 45
468. TUNE A. « L'élaboration de conditions générales de vente sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe», 1960 12, Revue internationale de Droit comparé 108
469. TUNE A., English and Continental Commercial Law, 1961, J.D.I. p. 234, 241
470. VAREILLES-SOMMIERES P., Le sort des clauses spéciales des lois de police en droits des contrats internationaux de la consommation (nature de l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980), D., 2006 2464
471. VEDEL G., La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, J.C.P. 1950, I, n° 851

472. VERPEAUX M., L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ?, D. 2007, p. 258
473. VINEY G., Responsabilité civile, JCP Générale n° 25, 22 Juin 1994, I 3773
474. VINEY G., Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs : JCP G 1988, I, 3385
475. VOICU M., Accesul liber la justiție, in « Dreptul » nr.4/1997, p.10
476. VON BAR C., Le groupe d'études sur un code civil européen, Rev. int. dr. comp. 2001, 53, n° 1, p. 127
477. VOULET J., L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation, J.C.P., 1970, I, 2305, n 113 et 14
478. WHITTAKER S., Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' « harmonisation complète », Dalloz, 2009
479. WILDERSPIN M., Arrêts récents sur l'interprétation de la convention de Bruxelles ayant une incidence sur le droit de la consommation, RED consom., 2004 57.
480. WITZ C., Plaidoyer pour un Code européen des obligations, Dalloz 2000.chron.79

V. ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES

481. AMIEL-DONAT J., Contrat de consommation. Jurisclasseur conc. consom., fasc. n° 800, 1989
482. CHAZAL J-P., Clauses abusives, Dalloz, 2002
483. CHRISTIANOS V., PICOD F., Consommateurs, in Répertoire communautaire Dalloz, avril 1996, p.34 (nr.287)
484. MAZEAUD D., La lésion, Répertoire civil, Dalloz, 1994
485. PETEL-TEYSSIÉ I., Prêt à intérêt, Juris-Classeur civil, 2000
486. PIMONT S., Clause pénale. Rép. civ. Dalloz, 2010, n°28
487. RAYMOND G., Crédit à la consommation, Jurisclasseur Conc, consom., fasc. n° 940, 15 mars 2003

TABLE DE MATIERES

Table des abréviations.....	5
Sommaire.....	6
Introduction.....	8
PREMIERE PARTIE - LES FONDEMENTS ET LA NECESSITE DE LA LEGISLATION SUR LES CLAUSES ABUSIVES.....	24
Titre I - Le fondement du concept sur les clauses abusives.....	25
Chapitre I - Le développement de la pratique des contrats d'adhésion.....	26
Section 1 – La notion de contrat d'adhésion.....	27
§ 1er – La genèse du contrat d'adhésion.....	28
A) - Les facteurs économiques.....	28
B) - Les facteurs juridiques.....	33
C) - Les facteurs matériels.....	35
§ 2nd – La définition et les variétés du contrat d'adhésion.....	36
A) - La définition du contrat d'adhésion.....	36
1 - La stipulation.....	40
2 - L'adhésion.....	41
B) - Les variétés du contrat d'adhésion.....	41
1 - Les conditions générales.....	42
2 - Les contrats types.....	42
3 - Les termes normalisés.....	44
Section 2 - Les conséquences juridiques : le risque d'un déséquilibre contractuel.....	47
§ 1er – Le concept d'équilibre ou de déséquilibre contractuel.....	47
§ 2nd – Les caractéristiques du déséquilibre contractuel dans les rapports de consommation.....	50
Chapitre II – Les limites du droit commun pour assurer l'équilibre contractuel.....	55
Section 1 – Les techniques relatives à la formation du contrat.....	56
§ 1er – Eventuelle application des vices du consentement.....	56
A) - L'erreur.....	57
B) - Le dol.....	62
C) - La violence	65
§ 2nd – L'inadaptation des théories de la lésion et de la cause	72

A) - La lésion.....	72
B) - La cause.....	75
Section 2 - Les autres techniques contractuelles.....	84
§ 1er – L’abus de droit.....	84
§ 2nd - L’enrichissement sans cause.....	94
Titre II - La nécessité d’une législation particulière sur les clauses abusives.....	98
Chapitre I – L’intervention du pouvoir législatif au niveau national.....	100
Section 1 – L’existence de deux législations spécifiques en France.....	101
§ 1er – Les prévisions du Code de la consommation	101
A) - La loi du 10 janvier 1978	102
B) – La loi du 5 janvier 1988.....	105
C) - La réforme de la loi nr.95-96 du 1er février 1995.....	106
D) - La loi du 4 août 2008 de modernisation de l’économie (LME) et le décret du 18 mars 2009.....	108
§ 2nd – Les prévisions du Code de commerce.....	109
§ 3nd – L’opportunité de cette double réglementation.....	112
Section 2 – La réglementation minimale de la République de Moldova.....	116
§ 1er – La base de la législation sur les clauses abusives.....	116
§ 2nd – L’opportunité d’une législation spéciale pour le système Moldave.....	118
Chapitre II – L’intervention du pouvoir législatif au niveau communautaire.....	121
Section 1 – La genèse et le contexte de la Directive nr.93/13/CEE du 5 avril 1993.....	122
§ 1er - Les étapes de la directive européenne sur les clauses abusives.....	122
§ 2nd - La transposition de la Directive nr.93/13/CEE du 5 avril 1993.....	127
Section 2 – Les perspectives pour une évolution communautaire.....	133
§ 1er - Le Livre vert du 8 février 2007 sur la révision de l’acquis communautaire en matière de protection des consommateurs.....	133
§ 2nd - La Proposition du 8 octobre 2008 et la Directive Européenne du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.....	139

§ 3e- La Proposition de Règlement relatif à un droit commun de la vente du 11 octobre 2011.....	145
A) – Les avantages pour les entreprises.....	149
B) – Les avantages pour les consommateurs.....	149
C) – Les positions critiques des entreprises et des consommateurs.....	150
1. – Le Mouvement des Entreprises de France.....	150
2. – L’Union Fédérale des Consommateurs.....	152
3. – Le Bureau Européen des Unions de Consommateurs.....	153

DEUXIEME PARTIE - LA DETERMINATION DES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS.....	161
Titre I - Le concept de clause abusive.....	162
Chapitre I– La définition de la clause abusive.....	163
Section 1 – Le critère du déséquilibre significatif.....	165
§ 1er – La nature du déséquilibre contractuel dans le droit communautaire.....	165
§ 2nd – La nature du déséquilibre contractuel en France et en République de Moldova.....	168
A) – En France.	169
1 – Avant la réforme de la loi n° 95-96 du 1 ^{er} février 1995.....	169
2 - Après la réforme de la loi n° 95-96 du 1 ^{er} février 1995.....	172
B) – En République de Moldova	174
Section 2 – Le critère de la contrariété à l’exigence de bonne foi.....	176
§ 1er - La loyauté au-delà de la bonne foi.....	179
§ 2nd - La mauvaise foi au-delà de l’absence de bonne foi.....	180
Chapitre 2 – L’appréciation du caractère abusif des clauses.....	184
Section 1 – Le moment de l’appréciation – la conclusion du contrat.....	185
Section 2 – Les modalités de l’appréciation.....	187
§ 1er – La combinaison des clauses	187
§ 2nd – Le caractère <i>in concreto</i> ou <i>in abstracto</i> de l’appréciation d’une clause abusive.....	190
Titre II - Le domaine d’application de la législation légale relative aux clauses abusives.....	195
Chapitre I - Quant aux contractants.....	196

Section 1 - Le consommateur	198
§ 1er - Une définition commune du consommateur.....	198
A) – Une définition précise au niveau communautaire	199
1 – Les textes communautaires définissant le consommateur.....	199
2 – Une jurisprudence clairement établie pour une définition du consommateur.....	200
B) – Une définition dans le droit moldave.....	201
§ 2nd – Une définition incertaine en France.....	202
A) – La diversité des approches et des enjeux.....	203
1 – Les approches	203
a. – Le consommateur – interprétation par rapport à la Directive.....	205
b. – Le non-professionnel – une liberté d’interprétation.....	207
2.– Les enjeux.....	211
a. - De lege lata.....	211
b. - De lege ferenda.....	213
B) – Les questions pratiques.....	214
1 – L’application de la protection aux personnes morales.....	214
a. – L’arrêt de la Cour de Cassation du 15 mars 2005.....	215
b. – L’arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2011.....	217
c. – L’arrêt de la Cour de cassation du 6 septembre 2011.....	219
2 – L’application éventuelle à des professionnels contractant avec d’autres professionnels.....	220
a. – Le caractère paradoxal de la question.....	221
b. – L’évolution de la jurisprudence.....	222
1) – L’arrêt du 15 avril 1986.....	222
2) – L’arrêt du 28 avril 1987.....	223
3) – L’arrêt du 24 novembre 1993.....	226
4) – L’arrêt du 24 janvier 1995.....	227
5) – Les arrêts du 3 et 31 janvier 1996.....	230
3. – L’application aux épargnants	232
Section 2 - Le professionnel.....	239
§ 1er - L’identification du professionnel.....	240
A) La définition retenue de la notion de professionnel.....	241

B) L'élément général d'identification du professionnel - l'activité professionnelle.....	246
§ 2nd - Les cas particuliers de la définition du professionnel.....	249
A) La qualification de professionnel des services publics.....	250
1 – La nécessité de qualifier certains services publics de professionnels.....	250
2 – L'application du droit des clauses abusives aux services publics.....	253
B) – L'association.....	254
C) – L'intermédiaire.....	256
Chapitre II - Quant aux contrats.....	259
Section 1 – La nécessité d'un document contractuel.....	260
§ 1er - La définition du document contractuel.....	260
§ 2nd - Le rôle du document contractuel.....	262
Section 2 – La typologie des contrats concernés.....	265
§ 1er – La protection légale conçue en termes généraux.....	266
§ 2nd - Le cas particulier du contrat négocié.....	269
Chapitre III - Quant aux clauses.....	274
Section 1 – Les clauses discutées.....	275
§ 1er – Les clauses réglementaires ou légales.....	275
§ 2nd – Les clauses ambiguës.....	279
§ 3e - Les clauses pénales.....	283
§ 4e - Les clauses illisibles ou mal présentées	285
Section 2 – Les clauses expressément déclarées abusives.....	289
§ 1er – Les clauses noires.....	291
§ 2nd – Les clauses grises.....	293
TROISIEME PARTIE - L'ELIMINATION DES CLAUSES ABUSIVES.....	300
Titre I - Les autorités concourant à l'élimination des clauses abusives.....	301
Chapitre I - Le juge.....	302
Section 1 – La reconnaissance du pouvoir autonome du juge.....	303
§ 1er - Jusqu'à l'arrêt du 14 mai 1991.....	303
A) – Avant l'arrêt du 16 juillet 1987.....	303
B) – L'arrêt du 16 juillet 1987.....	305

C) – L’arrêt du 25 janvier 1989.....	307
§ 2nd - Depuis l’arrêt du 14 mai 1991.....	308
A) – La solution retenue (<i>contra legem</i>).....	308
B) – La confirmation par la loi du 1 ^{er} février 1995.....	311
C) – Les rôles respectifs des juges du fond et de la Cour de cassation.....	314
Section 2 – La reconnaissance du pouvoir d’office du juge.....	318
§ 1er - De la négation du pouvoir de relever d’office à la faculté de le faire.....	319
A) – La position de la jurisprudence française en matière de crédit à la consommation.....	319
1.- Le débat doctrinal.....	320
2 – Les hésitations jurisprudentielles.....	321
B) – La jurisprudence Océano du 27 juin 2000.....	322
C) – Les conséquences en droit français.....	327
§ 2nd - Du pouvoir de relever d’office à l’obligation de le faire.....	329
A) – La jurisprudence communautaire.....	329
B) – Le projet de loi de juin 2011.....	334
Chapitre II - Les organismes administratifs	336
Section 1 – Les organismes dépendant du pouvoir exécutif.....	337
§ 1er – L’activité de la DGCCRF en France.....	337
A) – Les pouvoirs d’enquête.....	339
B) – Les pouvoirs de sanction.....	340
§ 2 nd – L’activité de l’Agence de Protection des Consommateurs en République de Moldova.....	340
Section 2 – Les Commissions administratives.....	343
§ 1 ^{er} – La Commission des clauses abusives en France.....	343
A) – Ses caractéristiques.....	343
1 – La composition.....	344
2 – La saisine.....	345
3 – Le fonctionnement.....	345
B) – Ses missions.....	346
1 – Les recommandations.....	346
a - Les caractéristiques	346

b - Les variétés des recommandations.....	350
2 – Les avis.....	352
a - Les projets de décret d’interdiction.....	352
b - La demande d’un juge.....	354
3 – Les rapports annuels.....	357
§ 2 nd – La Commission d’examen des contrats types en République de Moldova.....	359
A) – Ses caractéristiques.....	359
B) – Son rôle en matière de clauses abusives.....	361
Titre II - Les actions judiciaires en suppression de clauses abusives.....	364
Chapitre I - Les actions individuelles	366
Section 1 – Les litiges nationaux.....	367
§ 1 ^{er} - Les caractéristiques de l’action en suppression.....	367
A) – L’action en nullité	367
B) – Le délai pour agir.....	373
C) – La compétence juridictionnelle.....	376
1 – En France.....	376
2 - En République de Moldova.....	380
§ 2 nd - La portée de l’action.....	386
A) – Le problème de l’autorité relative de la chose jugée.....	386
B) – La question de l’éventuelle sanction pécuniaire.....	389
Section 2 – Les litiges transfrontières.....	392
§ 1 ^{er} - Les conflits de juridictions.....	392
A) - Le professionnel domicilié dans un Etat hors de l'Union européenne.....	393
B) - Le professionnel domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne.....	394
1 - Le règlement du 22 décembre 2000.....	395
2 - Le règlement du 11 juillet 2007.....	397
§ 2 nd - Les conflits de lois.....	402
A) - Pour un Etat de l'Union européenne.....	402
B) - Pour un Etat hors de l'Union européenne – la République de Moldova.....	407
1 – Les règles de droit communes.....	408

2 - Les normes d'application obligatoire immédiate.....	409
Chapitre II - Les actions collectives.....	413
Section 1 – Les actions nationales	414
§ 1 ^{er} - En France.....	416
A) – Les actions secondaires.....	416
1- L'article 421-2.....	416
2 – L'article 421-7.....	419
B) – Les actions principales.....	421
1 – Les conditions d'exercice de l'action.....	421
a – La condition négative.....	421
b – La condition positive.....	423
2 – Les caractères de l'action en suppression de clauses abusives.....	425
a – La nature préventive.....	425
b – L'objectif dissuasif.....	427
§ 2 nd - En Moldova	431
Section 2 Les actions transfrontières.....	435
§ 1 ^{er} - Le contexte européen.....	435
§ 2 nd – Les caractères des actions en cessation.....	437
Conclusion.....	440
Bibliographie.....	448

Résumés

Les droits français, moldave et communautaire de la consommation partagent, sinon une source, du moins, une certaine idée de la protection du consommateur contre les clauses abusives. La comparaison avec les systèmes français et de l'Union Européenne mettent, par exemple, en évidence l'opportunité de l'adoption d'un mécanisme de lutte contre les clauses abusives dans les contrats de consommation. Les critères de l'absence de négociation directe, de la contrariété à l'exigence de bonne foi et du déséquilibre significatif, piliers du système de protection, permettent au juge d'apprécier les clauses abusives avec souplesse, dans les trois systèmes, à l'effet de garantir l'efficacité de la protection du consommateur comme partie faible au contrat.

La comparaison avec le système en vigueur en France, plus particulièrement, met toutefois en lumière les limites du système moldave. En Moldova, les difficultés viennent de l'intérieur ; on voit se reproduire des erreurs du passé, lorsque, par exemple, les pouvoirs publics incitent les consommateurs -surtout les plus démunis - à la surconsommation. La notion de consommation durable doit s'appliquer aussi dans ce domaine. À défaut, des dysfonctions sociales surgissent inévitablement. En France, en revanche, les ennuis viennent de l'extérieur. Les besoins du marché européen unique ont parfois pour effet de réduire la protection organisée au sein de l'ordre juridique national. Le mécanisme d'harmonisation maximale de la législation de l'Union Européenne place le législateur national dans une position délicate par rapport aux attentes du mouvement consumériste. Il pourrait en être ainsi en matière des clauses abusives dans un futur proche.

Mots-clés : clause abusive, abus de droit, consommateur, professionnel, contrat d'adhésion, déséquilibre contractuel, juge.

Dreptul francez, moldav și comunitar cu privire la dreptul de consum împărtășesc, dacă nu o sursă, cel puțin, o anumită idee de protecție a consumatorului împotriva clauzelor abuzive. Comparația cu sistemul francez și cu cel al Uniunii Europene, pune, spre exemplu, în evidență oportunitatea adoptării unui mecanism de luptă împotriva clauzelor abuzive în contractele încheiate cu consumatorii. Criteriile de lipsa negocierii directe, contradicția cu cerința de bună credință și de dezechilibru semnificativ, piloni ai sistemului de protecție, permit judecătorului de a aprecia clauzele abuzive cu flexibilitate, în toate cele trei sisteme, cu efectul de a garanta eficiența de protecție a consumatorului ca parte defavorizată a contractului.

Comparația cu sistemul în vigoare din Franța, în mod special, evidențiază în aceleași timp limitele sistemului moldovenesc. În Moldova, dificultățile provin din interior, vom vedea aceleași greșeli din trecut când, de exemplu, puterile publice încurajau consumatorii, în special cei săraci - la supraconsum. Conceptul de consum durabil trebuie de asemenea să se aplice în acest domeniu. În caz contrar, disfuncții sociale apar inevitabil. În Franța, cu toate acestea, problemele vin din exterior. Nevoile unei pieți europene unice au uneori ca efect de a reduce protecția oferită de ordinea juridică națională. Mecanismul de maximă armonizare a legislației Uniunii Europene plasează legiuitorul național într-o poziție dificilă în raport cu așteptările mișcării consumeriste. Acest fapt ar putea fi, de altfel, și în materia clauzelor abuzive, într-un viitor apropiat.

Cuvinte-cheie: clauză abuzivă, abuz de drept, consumator, profesionist, contract de adeziune, dezechilibru contractual, judecător.