

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 13 décembre 2013

LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE
au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation



Université Panthéon-Assas

Claire-Marie PEGLION-ZIKA

Directeur de thèse : **Monsieur Laurent LEVENEUR**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Monsieur Yves LEQUETTE**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Gilles PAISANT
Professeur émérite de l'Université de Savoie
Doyen honoraire de la Faculté de droit et d'économie de Chambéry

Monsieur Laurent LEVENEUR
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD
Professeur à l'Université de Versailles St-Quentin-en-Yvelines

Monsieur Thomas GENICON
Professeur à l'Université de Rennes I

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À la mémoire de mon père.

À ma mère.

À Julien et Éloïse.

Mes remerciements les plus sincères vont à tous ceux qui m'ont soutenue, dans tous les sens du terme, jusqu'à ce jour :

À Monsieur le Professeur Leveneur, pour sa disponibilité sans faille, ses conseils précieux et ses encouragements répétés. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma plus respectueuse reconnaissance.

À ma mère pour son soutien indéfectible et ses relectures attentives. Qu'elle soit assurée ici de mon attachement le plus profond.

À mes amis qui ont toujours cru en moi, quand parfois je doutais. À Thomas en particulier, pour son oreille attentive, son soutien chaleureux et ses relectures éclairées. Qu'ils trouvent ici le témoignage de mon amitié fidèle.

À Julien, surtout, sans la présence duquel rien n'eût été possible.

Résumé

La législation sur les clauses abusives, issue de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, est d'application quotidienne. La notion de clause abusive n'en demeure pas moins confuse. Il est vrai que trente-cinq années d'applications erratiques ont contribué à la rendre peu accessible et peu prévisible, ce qui nuit à la sécurité juridique.

Pour restaurer cette notion, une double démarche s'impose. Il faut, d'abord, la délimiter afin de réserver son application uniquement aux personnes qui méritent d'être protégées contre les clauses abusives et aux seules stipulations qui créent véritablement un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. La notion de clause abusive apparaît alors comme un mécanisme destiné à sanctionner les abus de la liberté contractuelle dans les contrats de consommation. Il faut, ensuite, procéder à l'identification de la notion de clause abusive en cherchant à définir et à caractériser le standard du déséquilibre significatif, notamment à l'aune des critères dégagés de la pratique.

Chemin faisant, la notion de clause abusive s'impose comme une notion incontournable du droit de la consommation et, plus largement du droit des contrats, notamment en ce qu'elle participe au renouveau de la théorie générale du contrat.

Mots-clés : Clause abusive – Professionnel – Non-professionnel – Consommateur – Contrat de consommation – Liberté contractuelle – Déséquilibre significatif – Contenu du contrat – Forme du contrat – Unilatéralisme – Droits supplétifs – Droits contractuels – Droit des contrats – Droit de la consommation – Droit européen.

Abstract

The legislation on unfair terms set out by Article L. 132-1 of the French Consumer Code is applied on a daily basis. The notion of unfair terms nevertheless remains unclear. Thirty-five years of inconsistent and erratic application have indeed contributed to making this legislation inaccessible and difficult to predict, thereby damaging legal security.

The reinforcement of this notion necessitates a two-pronged approach. First of all, the concept must be delimited in order to restrict application solely to those individuals requiring protection against unfair terms and only to those terms that genuinely do generate a material imbalance between the rights and obligations of the parties to the contract. The notion of unfair terms then becomes a mechanism aimed at sanctioning abuses of contractual freedom in consumer agreements. The concept must then be identified, by seeking to define and characterize the standard of material imbalance, in particular against the yardstick of criteria generated by practical application.

In doing so, the notion of unfair terms becomes a central notion of consumer law and, more widely, of contract law, in particular with regard to its participation in the renewal of general contract theory.

Keywords : Unfair terms – Professional – Non-professional – Consumer – Consumer contract – Contractual freedom – Material imbalance – Contract content – Contract form – Unilateralism – Suppletive rights – Contractual rights – Contract law – Consumer law – European law.

RÈGLES DE CITATION

Liste des principales abréviations

act.	actualité
AJ	Actualité jurisprudentielle (du Recueil Dalloz)
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJDI	Actualité juridique de droit international
al.	alinéa
AN	Assemblée nationale
anc.	ancien
art.	art.
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Banque et droit</i>	Revue Banque et droit
<i>BICC</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>BOCC</i>	Bulletin officiel concurrence consommation (aujourd'hui BOCCRF)
<i>BOCCRF</i>	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
<i>BOSP</i>	Bulletin officiel du service des prix (aujourd'hui BOCCRF)
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
c. assur.	code des assurances
c. civ.	code civil
c. com.	code de commerce
c. consom.	code de la consommation
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{ère} civ.	1 ^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^{ème} civ.	2 ^e chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^{ème} civ.	3 ^e chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CCA	Cour administrative d'appel
CCE	Communication Commerce électronique
CE	Conseil d'État
ch. Mixte	chambre mixte
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CJEG</i>	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (aujourd'hui <i>RJEP</i> , revue juridique de l'économie publique)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
cons.	considérant
Cons. Constit.	Conseil Constitutionnel
<i>Contrats conc. consom.</i>	Contrats Concurrence et Consommation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

<i>Dir.</i>	Directive
<i>dir.</i>	direction
<i>doctr.</i>	Doctrine
<i>DP</i>	Dalloz périodique (avant 1941)
<i>Dr. adm.</i>	Droit administratif
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. et proc.</i>	Revue Droit et procédures
<i>éd.</i>	édition
<i>ét.</i>	étude
<i>ex.</i>	exemple
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	au même endroit
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>IR</i>	Informations rapides (du Recueil Dalloz)
<i>JCl. Adm</i>	Juris-Classeur Administratif
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique, édition Notariale
<i>JDI</i>	Journal de droit international
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>JOAN</i>	Journal officiel de l'Assemblée nationale
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
<i>jur.</i>	jurisprudence
<i>L.</i>	Loi
<i>Loyers et copr.</i>	Loyers et Copropriété
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>maj.</i>	mise à jour
<i>mat.</i>	en matière
<i>n°</i>	numéro
<i>n^{os}</i>	numéros
<i>not.</i>	notamment
<i>O.</i>	ordonnance
<i>obs.</i>	observations
<i>op. cit.</i>	œuvre citée
<i>p.</i>	page ou pages
<i>pan.</i>	panorama
<i>préc.</i>	précité
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>rapp.</i>	rapport
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RD banc. fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RDP</i>	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger
<i>Recomm.</i>	Recommandation
<i>REDC</i>	Revue européenne de droit de la consommation
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire de droit commercial Dalloz
<i>Resp. civ. et assur.</i>	Responsabilité civile et assurances
<i>Rev. loyers</i>	Revue des loyers
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RGAT</i>	Revue général des assurances terrestres (de 1930 à 1995), devenue RGDA en 1996

<i>RGDA</i>	Revue générale du droit des assurances
<i>RID éco.</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	et suivants
<i>S.</i>	Recueil Sirey
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
ss dir.	sous la direction de
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
v.	voir
v°	mot ou mots

Règles de citation

Dans un ensemble identifié (Introduction, chacun des titres) :

- Les références jurisprudentielles et doctrinales sont citées une première fois dans leur intégralité, avant de faire l'objet d'un simple renvoi ;
- Les références doctrinales complètes sont citées une première fois avec le nom de l'auteur en lettres capitales ; ensuite, pour les mêmes références faisant l'objet d'un renvoi, le nom figure en lettres minuscules. Ce procédé est volontaire et permet de retrouver plus facilement la référence complète ;
- Le titre des articles de doctrine n'est pas repris dans le renvoi fait à une référence complète, sauf lorsqu'il existe un risque de confusion entre plusieurs articles du même auteur.

SOMMAIRE

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

INTRODUCTION	1
PARTIE I. LA DELIMITATION DE LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE	19
Titre I. Délimitation matérielle : la régulation des contrats de consommation	21
Chapitre I. Les parties au contrat de consommation	23
Chapitre II. Les clauses des contrats de consommation.....	85
Titre II. Délimitation fonctionnelle : la sanction de l'abus de liberté contractuelle ..	125
Chapitre I. L'encadrement de la liberté contractuelle	129
Chapitre II. Le contrôle du contenu contractuel.....	187
PARTIE II. L'IDENTIFICATION DE LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE	229
Titre I. Identification théorique : le standard du déséquilibre significatif	231
Chapitre I. La définition du déséquilibre significatif	235
Chapitre II. L'appréciation du déséquilibre significatif.....	257
Titre II. Identification empirique : les critères du déséquilibre significatif	311
Chapitre I. L'unilatéralisme	315
Chapitre II. La négation des droits	365
CONCLUSION GÉNÉRALE	415

INTRODUCTION

1. « Quand le législateur empêche l'adhésion irréfléchie, [...] arrête l'abus de droit, il défend au fond l'idée de force contractuelle et il peut se flatter de parachever l'œuvre du code Civil »¹. Ces quelques mots de Ripert pourraient avoir été écrits à propos de la notion de clause abusive. Ils rappellent que les rédacteurs du Code n'ont pas conçu la liberté contractuelle comme absolue : certaines limites y étaient déjà expressément prévues, telle l'interdiction des clauses léonines². En revanche, aucun système de protection contre les clauses abusives n'avait été envisagé, pour la bonne raison qu'elles n'existaient pas encore en 1804. Leur apparition dans les conventions est, en effet, historiquement indissociable du développement des contrats d'adhésion³ et des conditions générales contractuelles – que nous désignerons sous le terme générique de contrats standardisés.

2. Ainsi, dès la fin du XIX^{ème} siècle, la croissance économique, l'industrialisation, la fabrication à la chaîne, l'augmentation de la taille des entreprises, la sophistication des

¹ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1935.

² Sur la liberté contractuelle et ses limites dans le Code civil, v. J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in *Le Discours et Le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Éd. du Juris-classeur, 2004, p. XXI, spéc. p. XLIX. Pour un commentaire de ce passage du discours de Portalis sur la liberté contractuelle, v. L. LEVENEUR, « Consensualisme et liberté contractuelle », in *Le Discours et Le Code, op. cit.*, p. 285, spéc. p. 295 s..

³ Sur cette notion, v. les défenseurs de la thèse anticontractualiste : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 55 et 532 ; L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, 1912, p. 115 s ; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, 1901, p. 229 s. ; v. les partisans de la thèse contractualiste : G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910, p. 503 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 55 s..

V. aussi les thèses suivantes attestant de l'intérêt pour cette notion : G. FORTIER, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, th. Dijon, 1909 ; V. PICHON, *Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, th. Lyon, 1913 ; J. DOLAT, *Les contrats d'adhésion*, th. Paris, 1915 ; R. DE SAINT RÉMY, *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion*, th. Paris, 1928 ; A. MISSOL, *L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, th. Paris, 1934 ; M. DOMERGUE, *Étude d'ensemble sur les contrat d'adhésion*, th. Toulouse, 1936.

Pour des travaux plus récents, v. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 2^e éd., 1976 ; J.-Y. CHOLLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, th. Aix-en-Provence, 1974 ; A. RIEG, « Contrats types et contrats d'adhésion », in *Études de droit contemporain*, t. 33, 1970, p. 105 s. ; *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur, Travaux du Colloque organisé par Droit et Commerce*, 3-4 juin 1978, éd. ENAJ ; F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, I, 3673 ; R. MULOT, « Les contrats d'adhésion, Rapport des 7^{ème} et 14^{ème} Régions Consulaires », *Les Annonces de la Seine* 1997, suppl. au n° 32, p. 1 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens (Rapport français) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss dir. J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, I.

INTRODUCTION

produits et des services, l'essor de la publicité et du marketing, la distribution de grande surface, l'avènement de la consommation de masse et le besoin de célérité dans la conclusion des conventions ont modifié, profondément et durablement, les techniques contractuelles. À la rationalisation de la production a ainsi correspondu une nécessaire standardisation des contrats, passant par la création d'« instruments juridiques de série »⁴. Les professionnels ont pris l'habitude de proposer à leurs cocontractants des conventions « dont le contenu a été fixé totalement ou partiellement de façon abstraite et générale avant la période contractuelle »⁵. Ces derniers doivent soit les accepter sans pouvoir les modifier, soit les rejeter en bloc.

Or, le risque inhérent à l'adhésion est de porter sur des clauses qui déséquilibrent les droits et obligations des parties. En effet, usant de leur supériorité économique, les professionnels qui rédigent unilatéralement les contrats sont en mesure de dicter des conditions qui satisfont leur intérêt exclusif. Tel professionnel s'accorde, par exemple, le droit de modifier unilatéralement et comme bon lui semble le contenu du contrat, tel autre élude totalement sa responsabilité contractuelle en cas de manquement à l'une de ses obligations.

Bien que ce risque de stipulations déséquilibrées existât dans les contrats standardisés, leur validité ne pouvait pas être remise en cause car ce mode contractuel était imposé par les facteurs économiques modernes et le retour à la négociation individuelle n'était guère concevable. Si ces contrats ne pouvaient pas être condamnés en eux-mêmes, alors pouvait-on envisager d'en contrer les éventuels abus en luttant contre les clauses draconiennes y figurant⁶. Néanmoins, l'attachement à certains grands principes du droit civil a longtemps freiné l'adoption d'un système de protection contre ce type de stipulations.

3. En effet, si le Code civil n'était d'aucun secours en la matière, lui qui ne connaît aucun principe général assurant directement l'équilibre du contrat, la lutte contre les clauses abusives aurait pu résulter de l'œuvre prétorienne. Cependant, traditionnellement réservés quant à leur intrusion dans le contrat – qui doit rester la chose des parties –, nos juges n'ont jamais appréhendé, de manière globale, les problèmes juridiques posés par les clauses abusives.

⁴ L. BIHL, « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur », *JCP G* 1978, I, 2909.

⁵ Selon la définition du contrat d'adhésion par G. Berlioz, *in th. préc.*, p. 27.

⁶ Dans le même sens, v. L. Bihl, art. préc. ; M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », *in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss dir. de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, n° 21 ; D. NGUYEN THANH-BOURGEOIS, « Réflexions sur deux innovations de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », *D.* 1979, chron. p. 15, spéc. n° 17.

Il est vrai que certaines décisions judiciaires révélèrent une prise de conscience des questions soulevées par les contrats standardisés. En ce sens, on peut citer la jurisprudence bien établie selon laquelle les dispositions que l'adhérent n'a pas pu connaître lui sont inopposables⁷ ou celle selon laquelle les clauses obscures ou ambiguës doivent s'interpréter contre le stipulant⁸. Ces solutions demeuraient, toutefois, insuffisantes car elles permettaient de lutter contre les clauses abusives uniquement lorsque se posait un problème de consentement ou d'interprétation des stipulations.

Ces interventions ponctuelles sont, cependant, les seules auxquelles les juges français ont consenti, contrairement à leurs homologues allemands⁹. Ces derniers s'étaient en effet emparés, après la Première Guerre mondiale, de la question des « conditions générales d'affaires » et avaient élaboré un système de protection contre les éventuelles stipulations abusives qu'elles pouvaient recéler. Dans un premier temps, ils ont ainsi jugé qu'il était immoral que l'un des cocontractants profite de sa situation de monopole ou de sa puissance économique pour imposer à l'autre certaines conditions léonines. Dans un second temps, passant d'un contrôle du moyen d'établissement des conditions générales à celui de leur contenu, ils ont éradiqué les clauses qui apparaissaient inconciliables avec le principe de loyauté et de confiance réciproques figurant dans le Code civil (BGB), c'est-à-dire celles qui étaient injustes et contredisaient l'équité¹⁰. Les juges français auraient pu aboutir au même résultat que la jurisprudence allemande par une application audacieuse de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, relatif à la bonne foi¹¹. En l'absence d'une telle intervention judiciaire, le recours contre les clauses abusives pouvait seulement provenir du législateur. Les années soixante et soixante-dix offrirent un contexte favorable à son action.

4. Dans ces années-là, alors que la vague du consumérisme frappait les États-Unis d'Amérique et l'Europe et provoquait une prise de conscience politique, la question des clauses abusives présenta, en effet, un regain d'intérêt.

C'est ainsi qu'en 1962, l'*Uniform Commercial Code*, consacrant et clarifiant une jurisprudence de *common law*, a permis au juge américain d'annuler toute clause qui lui

⁷ Sur cette question, v. *infra* n^{os} 233 s..

⁸ Sur ce point, v. *infra* n^{os} 276 s..

⁹ Pour une comparaison du droit français et allemand, v. not. A. RIEG, « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande française) », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 221 s..

¹⁰ Pour une présentation complète de l'évolution de la jurisprudence allemande, v. A. Rieg, art. préc., spéc. p. 233-236.

¹¹ En ce sens, v. J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 8^e édition, 2010, n^o 173 ; A. Rieg, art. préc., spéc. p. 233-234.

INTRODUCTION

paraissait abusive (*unconscionable clause*¹²). De même, en Europe¹³, la protection légale contre les clauses abusives s'organisa progressivement par des lois en Suède (1971), au Danemark (1974), au Royaume-Uni (*Unfair contract terms Act* de 1977) et en Allemagne (loi sur les conditions générales des contrats du 9 décembre 1976).

Les instances européennes se saisirent aussi de cette question. À ce titre, est révélatrice la résolution du Conseil de l'Europe¹⁴ qui recommandait aux États membres de « créer des instruments efficaces, juridiques ou autres, afin de protéger les consommateurs contre les clauses abusives » dans les contrats qu'ils concluent. Les clauses abusives y étaient définies comme celles qui « entraîne[nt] dans le contrat un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur ». Une liste, non exhaustive, de trente et une clauses dénoncées comme abusives compléter par ailleurs cette résolution.

Le message a, semble-t-il, été entendu par les pouvoirs publics français¹⁵. L'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978¹⁶, dite « loi Scrivener », du nom de la secrétaire d'État chargée de la consommation qui fit adopter le texte, a, enfin, introduit la notion de clause abusive en droit français. Elle sera codifiée, par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, désormais fameux.

¹² § 2-302.

¹³ Pour une présentation générale de droit comparé en Europe, v. G. PAISANT, « La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165 s. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 578.

¹⁴ *Résolution (76) 47* concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par des consommateurs ainsi que les méthodes de contrôle appropriées, Conseil de l'Europe (Affaires juridiques), Strasbourg, 1977.

¹⁵ V. les travaux préparatoires de la loi du 10 janvier 1978 qui mentionnent la résolution, not. Projet de loi n° 306, sur la protection et l'information des consommateurs, *JO Sénat, Doc. légis.*, 1976-1977, spéc. p. 7.

De nombreux autres pays adoptèrent une législation en la matière : la Finlande (loi du 20 janvier 1978), l'Autriche (loi fédérale du 8 mars 1979 sur la protection des consommateurs), l'Irlande (*Sale of Goods and Supply of Services Act* en 1980), exemples cités par G. Paisant, art. préc., spéc. p. 166.

¹⁶ Sur cette loi, v. L. Bihl, art. préc. ; M. BORYSEWICZ, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, tome I, p. 91 ; O. CARMET, « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD com.* 1982, p. 1 ; P. GODÉ, « Commentaire de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, article 35 et s. », *RTD civ.* 1978, p. 461 s. ; J.-P. GRIDEL, « Remarques de principe sur l'application de 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 ; D. Nguyen Thanh-Bourgeois, art. préc. ; D. NGUYEN THANH-BOURGEAIS, « Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979 », *D.* 1984, chron. p. 91 ; A. Rieg, art. préc..

Sur sa mise en œuvre, v. J. CALAIS-AULOY et L. BIHL, « Les clauses abusives en 1983 », rapport présenté au colloque européen organisé les 16 et 17 décembre 1982 par l'Université Louvain-La-Neuve, ss dir. T. BOURGOIGNIE, *Gaz. Pal.* 25 octobre 1984, doct. p. 461 ; J. CALAIS-AULOY, « Les clauses abusives en droit français », *REDC* 1988, p. 287 ; R. MARTIN, « Le consommateur et les clauses abusives », *ADL* 1994, p. 680.

5. Le dispositif de lutte contre les clauses abusives tel qu'il était prévu par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 n'aboutit, cependant, qu'à une consécration en demi-teinte de la notion.

Ainsi, seuls les « non-professionnels ou consommateurs »¹⁷ sont protégés contre ce genre de stipulations figurant dans les contrats qu'ils concluent avec des professionnels. Le droit français a donc opté pour une conception purement consumériste de la notion de clause abusive¹⁸. Or, ce choix ne s'imposait pas comme une évidence. En effet, d'autres législations européennes ont choisi, au contraire, d'instaurer une protection générale contre les clauses abusives, indépendante de la qualité des cocontractants¹⁹. C'est le cas, notamment, de la loi allemande portant réglementation des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976²⁰ qui permet de lutter contre les clauses abusives introduites dans ces documents quelle que soit la qualité des parties²¹.

En outre, la loi du 10 janvier 1978 ne condamne pas toutes les clauses abusives opposées à un non-professionnel ou consommateur. En effet, seules celles « 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 » pouvaient être désignées comme telles. Pour cela, encore fallait-il qu'elles « apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et » qu'elles « confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

Surtout, pour être effectivement sanctionnées, les clauses abusives devaient être « interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'État pris après avis » de la Commission des clauses abusives, instaurée par l'article 36 de la loi²². En d'autres termes, contrairement à ce que prévoyait le projet de loi initial, le juge n'avait pas le pouvoir de les annuler, au motif qu'elles remplissaient les conditions prévues par le texte. Le rôle essentiel de détermination des clauses abusives fut donc laissé au pouvoir réglementaire, qui en a usé

¹⁷ Sur la distinction, v. *infra* A. Rieg, art. préc., 56 s..

¹⁸ Sur les raisons de ce choix, et son approbation, v. *infra* n^{os} 43 s..

¹⁹ D'autres législations européennes réservent, comme le droit français, le bénéfice de la protection contre les clauses abusives aux consommateurs : c'est, par exemple, le cas des législations italiennes et finlandaises.

²⁰ Sur ce texte, v. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 1997, n^{os} 661 s. ; M. FROMONT, *Droit allemand des affaires - Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2001, n^{os} 164 à 169 et n^{os} 183 s. ; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ, coll. Droit des affaires, 2004, n^{os} 63 s. et n^{os} 112 s. ; C. WITZ, *Droit privé allemand - I. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n^{os} 170 s. et n^{os} 427 s. ; G. LARDEUX, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, th. Paris II, 1999.

Les dispositions relatives aux clauses abusives issues de la loi du 9 décembre 1976 figurent aux § 305 s. BGB (code civil allemand) depuis la loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001.

²¹ En revanche, les listes grise et noire de clauses abusives (respectivement § 308 et 309 BGB) ne peuvent pas bénéficier au commerçant concluant un contrat ayant trait à son activité commerciale.

²² Codifié à l'art. L. 133-2 s. c. consom., devenu art. L. 534-1 s., depuis la loi n^o 2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

INTRODUCTION

avec une extrême parcimonie... Pendant longtemps, un seul décret a été adopté, celui du 24 mars 1978²³ qui ne visait que trois clauses, puis deux, l'un de ses articles ayant été annulé par le Conseil d'État²⁴. Le décret suivant²⁵ n'est intervenu que vingt-sept ans plus tard²⁶ !

Si la loi du 10 janvier 1978 ne confie aucun pouvoir au juge en matière de détermination des clauses abusives, elle l'accorde, en revanche, à la Commission des clauses abusives²⁷. La démarche, assez novatrice pour l'époque, mérite d'être relevée. Outre son rôle consultatif sur les projets de décrets qu'envisage de prendre le pouvoir réglementaire, cette commission est, en effet, dotée d'un pouvoir de recommandation. Elle connaît ainsi des modèles habituellement proposés par les professionnels aux non-professionnels ou consommateurs et recommande la suppression de leurs clauses qui présentent un caractère abusif.

6. Malgré son caractère restrictif, la loi du 10 janvier 1978 a été critiquée. On lui a notamment reproché de malmener les principes du droit civil et plus spécialement de bouleverser le droit des contrats²⁸. En effet, la théorie classique du contrat est dominée par le principe de l'autonomie de la volonté et ses deux corollaires que sont la liberté et l'égalité²⁹. Dès lors, le contrat fait la loi entre des parties jugées égales et, selon la célèbre formule, « qui dit contractuel, dit juste »³⁰. Le contenu du contrat, ses clauses, sont le fruit de la libre discussion entre les contractants, et rien ne peut remettre en cause leur force obligatoire, à l'exception des règles relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Suivant une telle approche, la notion de clause abusive est « inconcevable »³¹, l'expression « une pure logomachie, une contradiction dans les termes »³².

²³ D. n° 78-464 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, *JORF*, 1^{er} avril 1978, p. 1412. Sur ce texte, v. P. GODÉ, « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », *RTD civ.* 1978, p. 744 et s..

²⁴ CE, 3 décembre 1980, *D.* 1981, p. 228, note C. LARROUMET ; *JCP G* 1981, II, 19502, concl. M.-D. HAGELSTEEN, *RTD com.* 1981, p. 340, obs. J. HEMARD.

²⁵ D. n° 2005-1450, 25 novembre 2005, *JO* 26 novembre 2005, D. FENOUILLET, « Encore une réforme du droit de la consommation ! Enfin un nouveau texte déclarant des clauses abusives ! », *RDC* 2006/2, p. 379.

²⁶ Sur les pouvoir réglementaire et judiciaire en matière de clauses abusives, v. *infra* n° 326 s..

²⁷ Sur cette commission, v. *infra* n° 358 s..

²⁸ V. not. G. BERLIOZ, « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP* 1979, I, 2954.

²⁹ V. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912, qui explique le principe de l'autonomie de la volonté en ces termes : « La seule tâche du droit est d'assurer l'égalité des libertés en présence ; tout contrat libre est un contrat juste quel que soit le contenu ».

³⁰ A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880, p. 410.

³¹ J.-P. Gridel, art. préc.. V. aussi A. Rieg, art. préc., p. 221 : « Dans un tel contexte, l'idée même de "clause abusive" était difficilement concevable » ; G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec Professionnels, coll. Droit commercial, 2008, n° 400 : « Pour les rédacteurs du Code civil, la notion de clause abusive est impensable ».

³² J.-P. CHAZAL, v° Clauses abusives, in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2002, n° 1.

La critique ainsi adressée à la loi du 10 janvier 1978 est excessive. La majorité des auteurs dénoncent, aujourd'hui, cette conception du contrat, comme Ripert l'a fait avant eux. Si le principe de l'autonomie de la volonté a, sans aucun doute, influencé les rédacteurs du Code civil, il est majoritairement admis qu'il n'a pas été pour autant consacré³³. Les partisans de la théorie normativiste du contrat ont ainsi montré que la force obligatoire des conventions ne réside pas dans le pouvoir de s'obliger par le seul effet de la volonté³⁴. Pour s'en convaincre, il suffit de relire l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil qui dispose que ce sont les conventions « légalement formées » qui tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, « ce qui montre bien que la volonté ne tire pas d'elle seule le pouvoir de se régir, mais de la loi »³⁵.

La notion de clause abusive s'intègre parfaitement à la théorie générale du contrat ainsi comprise³⁶ : « Ce qui bafoue l'autonomie de la volonté, c'est bien plutôt, la force obligatoire reconnue jusqu'à présent à des clauses que l'un des contractants ne lit et ne comprend presque jamais. La lutte contre les clauses abusives peut en ce sens être considérée comme un retour à l'autonomie de la volonté »³⁷. L'intervention du législateur en la matière se justifie car elle permet de restaurer la liberté contractuelle des parties et de libérer les contractants engagés dans un lien trop contraignant, parce qu'excessivement déséquilibré³⁸. Elle n'est qu'une illustration de cette tendance à relativiser le rôle de la volonté des contractants.

Ainsi comprise, la notion de clause abusive a connu un incroyable essor. Elle n'a même jamais cessé d'être au cœur de l'actualité juridique.

³³ En ce sens, v. Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2013, n° 19 ; Fr. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 9^e éd., 2012, n° 282.

³⁴ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *ADP* 1940, p. 33 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965.

³⁵ L. Leveneur, art. préc., spéc. p. 299.

³⁶ Sur les liens entre droit commun et droit de la consommation, v. M. Borysewicz, art. préc. ; J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239 ; D. MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.* 1998, p. 95 ; D. MAZEAUD, « Droit commun et droit de la consommation, Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 697 ; J.-P. PIZZIO, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 53 ; G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247 ; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 326, 2000 ; N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du droit*, PUAM, 2002.

³⁷ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1984, p. 61.

³⁸ Dans le même sens, v. D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur "Le nouveau monde contractuel" », *LPA* 07/05/2004, n° 92, p. 47.

INTRODUCTION

7. Le dispositif de la loi du 10 janvier 1978 a ainsi été complété par la loi du 5 janvier 1988³⁹, qui institua l'action des associations de consommateurs en suppression des clauses abusives⁴⁰. Cette action tend à la suppression matérielle des clauses dans les modèles de conventions, c'est-à-dire dans des documents qui serviront de base à des contrats futurs. La même action a été, plus récemment, accordée à la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) par l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005⁴¹ qui lui a aussi reconnu un pouvoir d'injonction en la matière. Les pouvoirs de la Commission des clauses abusives ont, par ailleurs, été renforcés. Le décret n° 93-314 du 10 mars 1993⁴² accroît ainsi son rôle consultatif. Les juges appelés à se prononcer sur le caractère abusif d'une clause au cours d'une instance peuvent, depuis lors, lui demander son avis⁴³.

Par ailleurs, contrairement à ce que prévoyait l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, la lutte contre les clauses abusives n'est pas restée l'affaire des pouvoirs législatif, réglementaire et administratifs⁴⁴. Les juges s'en sont emparés à la suite du « coup d'État »⁴⁵ jurisprudentiel du 14 mai 1991⁴⁶. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation a, en effet, autorisé les juges du fond à déclarer une clause abusive, malgré l'absence de décret l'interdisant.

³⁹ Art. 6 L. n° 88-14 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, codifié à l'art. L. 421-6 c. consom. par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993. Sur cette loi, v. J. CALAIS-AULOY, « Les actions en justice des associations de consommateurs, commentaire de la loi du 5 janvier 1988 », *D.* 1988, chron. p. 193 ; G. PAISANT, « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *D.* 1988, chron. p. 253 ; E. PUTMAN, « La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs », *RRJ* 1988, p. 341 ; G. VINEY, « 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, 335 ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. p. 201, A. PELLISSIER ; *Gaz. Pal.* 1998, 1, doct. p. 268, L. BIHL ; et sur sa mise en œuvre, v. A. MORIN, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », *REDC* 1991, 3 ; A. MORIN, « Les actions en suppression des clauses abusives en France, bilan d'application de l'article 6 de la loi du 5 janvier 1988 », *INC Hebdo* 1993, n° 820 ; R. MARTIN, « Notes sur l'action en suppression des clauses abusives », *Contrats, conc. consom.* 1994, chron. 8 ; A. MORIN, « Les actions en suppression de clauses abusives, les apports récents de la jurisprudence », *INC Hebdo* 1994, n° 860 ; G. CHABOT, « L'action des associations agréées de consommateurs en suppression des clauses abusives », *LPA* 10 octobre 2000, n° 202, p. 16.

⁴⁰ Devenu l'art. L. 421-6 c. consom. Modifié par l'ordonnance du 23 août 2001, pour tenir compte de la directive 98/27 du 19 mai 1998 sur les actions en cessation : l'action en suppression des clauses abusives entre désormais dans le cadre général des actions en cessation.

⁴¹ O. n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005 instaurant un règlement transactionnel pour les contraventions au code de commerce et au code de la consommation et portant adaptation des pouvoirs d'enquête et renforcement de la coopération administrative en matière de protection des consommateurs.

⁴² Sur ce texte, v. Y. CHARTIER, « La réforme de la Commission des clauses abusives (D. n° 93-314 du 10 mars 1993) », *JCP G* 1993, act. n° 15 ; J. HUET, « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », *D.* 1993, p. 331 ; M. KERNINON, « La réforme de la Commission des clauses abusives », *Rev. conc. consom.* 1993, n° 76, p. 7.

⁴³ Sur cette procédure, v. *infra* n° 364.

⁴⁴ DGCCRF et Commission des clauses abusives.

⁴⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 2000, n° 83.

⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, T. HASSLER, « Clause abusive et perte d'une pellicule photo : un arrêt important : Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991 », *LPA* 8 juillet 1991, n° 81, p. 18 ; H. CAPITANT, Fr. TERRE,

Le système de 1978 a, ensuite, été bouleversé par l'adoption de la directive communautaire n° 93/13 du 5 avril 1993⁴⁷ concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs qui visait, notamment, à harmoniser les législations européennes en la matière. Selon son article 3, paragraphe 1, est abusive la clause qui, « en dépit de l'exigence de bonne foi », « crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Cette définition générale de la clause abusive est complétée par une liste indicative et non exhaustive de dix-sept stipulations qui peuvent être déclarées abusives.

La question de la transposition de cette directive a été débattue en France, car certains l'estimaient nécessaire⁴⁸, tandis que d'autres, arguant que le droit français existant était conforme aux exigences posées par la directive, la jugeaient inutile⁴⁹. Elle a finalement été transposée par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995⁵⁰ qui est une œuvre de compromis. Certains éléments du passé ont été conservés et des nouveautés ont été introduites.

Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 159 ; *D.* 1991, somm. p. 320, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1991, jur. p. 449, note J. GHESTIN ; *Contrats, conc. consom.* 1991, n° 160, note L. LEVENEUR ; *JCP G* 1991, II, 21743, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. J. MESTRE.

Sur la dimension historique du rôle du juge en matière de clauses abusives, v. *infra* n°s 343 s..

⁴⁷ *JOCE*, C, 243, 28 septembre 1993, p. 29. Sur ce texte, v. M. ESPERQUETTE, « La législation communautaire des contrats conclu avec les consommateurs », *Rev. conc. consom.* nov.-déc. 1993, p. 7 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire », *RED consom.* 1993, p. 67 ; M. TENREIRO, « Les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs », *Contrats conc. consom.* 1993, chron. 7 ; M. TROCHU, « Les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs », *D.* 1993, chron. p. 315 ; Fr. SAGE, « 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.* 29 octobre 1994, doct. p. 1189 ; J. HUET, « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *JCP E* 1994, I, 309 ; G. PAISANT, « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (après la directive du 5 avril 1993) », *JCP G* 1994, I, 3772.

⁴⁸ G. Paisant, art. préc..

⁴⁹ J. Huet, art. préc..

⁵⁰ Sur ce texte, v. E. BAZIN, « La nouvelle protection contre les clauses abusives. Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *Rev. des huissiers* 1995, p. 523 ; C. DANGLEHANT, « Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », *D.* 1995, p. 127 ; H. DAVO, « Clauses abusives : bref aperçu de la loi du 1^{er} février 1995 transposant la directive 93/13/CEE », *REDC* 1995, p. 215 ; B. GELOT, « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », *Deffrénois* 1995, p. 1201 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP G* 1995, I, 3854 ; Ch. JAMIN, « Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique », *RTD civ.* 1995, p. 437 ; A. KARIMI, « Les modifications du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *LPA* 05/05/1995, p. 4 s. ; R. MARTIN, « La réforme des clauses abusives. Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *ADL* 1995, p. 879 ; D. MAZEAUD, « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », *Droit et Patrimoine* juin 1995, ét. p. 42 ; G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99 ; F.-X. TESTU, « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995) », *D. aff.* 1996, art. p. 372.

INTRODUCTION

Certains acquis ont ainsi été maintenus : le pouvoir réglementaire, notamment, conserve la possibilité de désigner les clauses abusives par voie décrétable. La loi de 1995 a aussi entériné, au moins de manière implicite, le rôle du juge dans la détermination des clauses abusives⁵¹.

La réforme a, en revanche, procédé à certaines modifications importantes. Elle a, notamment, changé les critères de qualification de la notion de clause. Sa nouvelle définition, toujours actuelle, figure à l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation :

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

Ainsi, l'abus de puissance économique a disparu⁵². L'avantage excessif a, quant à lui, été remplacé par le standard du déséquilibre significatif⁵³. Ce critère légal était, par ailleurs, explicité par une liste, annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, de dix-sept clauses « regardées comme abusives ». Cette liste « blanche », qui ne dispensait pas le non-professionnel ou consommateur de rapporter la preuve du caractère abusif de la stipulation invoquée, était la copie conforme de la celle annexée à la directive du 5 avril 1995.

Le système mis en place par la loi du 1^{er} février 1995 a été retouché, à deux reprises, par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation et par la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur. La première a ouvert la possibilité du contrôle du caractère abusif des clauses relatives à l'objet principal du contrat ou à son rapport qualité-prix, lorsqu'elles ne sont pas rédigées de manière claire et compréhensible⁵⁴. La seconde a modifié la liste blanche annexée à l'article L. 132-1 en rajoutant un nouveau cas de clause abusive⁵⁵.

Le dispositif de lutte contre les clauses abusives a, encore, connu une réforme conséquente par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie⁵⁶. Cette dernière a, en

⁵¹ Sur ce point, v. *infra* n° 330.

⁵² Sur cette question, v. *infra* n° 315.

⁵³ Sur la portée de ce remplacement, v. *infra* n° 318 s..

⁵⁴ Sur cette possibilité, v. *infra* n° 139 s. et n° 288 s..

⁵⁵ Au point q).

⁵⁶ Sur ce texte (doctrine relative à la matière des clauses abusives), v. X. DELPECH, « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008. 2220 ; M. BRUSCHI, « Renforcement de la protection des consommateurs » *RLDA* 2008, p. 37 ; J. ROCHFELD, « Du droit de la consommation au droit de la régulation du marché : des dangers des listes et de l'harmonisation maximale », *RTD civ.* 2008, p. 732 ; G. PATTETA, « Une solution réglementaire aux problèmes de suppression des clauses abusives ? », *blog.dalloz.fr*, 8 janv. 2009 ; X. LAGARDE, « Observations sur le volet consommation de la LME », *LPA* 23 février 2009 ; DURAFFOUR, « Est-il possible d'encadrer réglementairement l'appréciation judiciaire du

effet, modifié de manière considérable l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Elle a ainsi supprimé l'annexe légale et elle a chargé le pouvoir réglementaire de dresser une liste de clauses irréfragablement présumées abusives (clauses « noires ») et une liste de clauses simplement présumées abusives (clauses « grises »), respectivement aux alinéas 3 et 2 de l'article L. 132-1. Le décret est intervenu le 18 mars 2009⁵⁷ et le droit français s'est alors doté d'une liste noire à l'article R. 132-1 et d'une liste grise à l'article R. 132-2⁵⁸.

Paradoxalement, la vitalité de la notion de clause abusive se mesure aussi à toutes les réformes avortées en la matière. On peut citer, notamment, le projet de loi du 8 novembre 2006 en faveur des consommateurs⁵⁹ et celui du 1^{er} juin 2011 renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs⁶⁰ qui envisageaient certaines modifications qui n'ont finalement jamais vu le jour⁶¹. De même, la proposition de directive du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs⁶² prévoyait de réviser le droit européen relatif aux « droits des consommateurs concernant les clauses contractuelles » (Chapitre V). Son apport principal était sans doute la création de deux listes de clauses abusives, l'une noire, l'autre grise. Cependant, devant la levée de boucliers provoquée par l'harmonisation totale prévue et ses conséquences potentiellement néfastes, la directive, finalement adoptée⁶³, a été amputée de son chapitre relatif aux clauses abusives.

caractère abusif d'une clause contractuelle ? », *RLDA* 2009, p. 43, O. DESHAYES, « Les réformes récentes et attendues en 2009 », *RDC* 2009, p. 1602 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives », *RLDC* sept. 2010, p. 7.

⁵⁷ D. n° 2009-302 portant application de l'art. L. 132-1 du Code de la consommation. Sur ce texte, v. S. AMRANI-MEKKI, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009/4, p. 1617 ; A. ASTAIX, « Clauses abusives : publication des listes "noire" et "grise" », *D.* 2009, p. 797 ; O. DESHAYES, « Les réformes récentes et attendues en 2009 », *RDC* 2009, p. 1602 ; D. FENOUILLET, « La liste des clauses "noires" et "grise" enfin décrétée, mais pour combien de temps ? », *RDC* 2009/4, p. 1422 ; D. LEGEAIS, « Clauses abusives. Décret portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », *RTD com.* 2009, p. 424 ; G. NOTTE, « Liste des clauses abusives (Décret n° 2009-232, 18 mars 2009) », *Contrats, conc. consom.* 2009, alerte 23 ; G. PAISANT, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP G* 2009, 116 ; J. ROCHFELD, *RTD civ.* 2009, p. 383 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises". À propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP G* 2009, act. 168.

Pour un historique plus complet, v. *infra* n°s 328 s..

⁵⁸ V. *infra* n°s 331 s..

⁵⁹ Projet de loi n° 3430. Sur ce texte, v. D. FENOUILLET, « Premières remarques sur le projet de loi "en faveur des consommateurs" », *D.* 2006, chron. p. 2987.

⁶⁰ Projet de loi n° 3508.

⁶¹ Le premier projet de loi a été retiré par la conférence des Présidents du Sénat et de l'Assemblée Nationale le 30 janvier 2007, sans avoir été discuté ; le second a connu le même sort, après la première lecture devant chaque chambre.

⁶² COM(2008) 614 final. Sur ce texte, v. G. PAISANT, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », *JCP G* 2009, I, 118.

⁶³ *Dir.* 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, *JOUE* L 304/64 du 22/11/2011.

INTRODUCTION

Vie résolument trépidante que celle de la notion de clause abusive ! Derniers rebondissements en date : à l'heure où nous écrivons ces lignes (novembre 2013), deux textes en préparation envisagent, encore, de la modifier. Le premier, européen, est la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011⁶⁴. Elle prévoit, notamment, d'instaurer une liste noire et une liste grise de clauses abusives⁶⁵. Ces listes, si la proposition venait à être adoptée, ne s'appliqueraient qu'aux contrats de vente transfrontières⁶⁶ et seulement si le professionnel et le consommateur ont opté pour le règlement comme droit applicable à leur relation⁶⁷. Nul doute que si le texte était adopté en l'état, il risquerait de perturber notre droit, étant donné que les contenus des listes européennes et françaises ne correspondent pas... Le second, français, est le projet de loi « fleuve »⁶⁸ relatif à la consommation du 2 mai 2013⁶⁹. Ce dernier comporte, entre autres, un certain nombre de dispositions relatives aux clauses abusives et envisage d'introduire la définition du « consommateur » dans le Code de la consommation.

⁶⁴ COM (2011) 635 final. Sur ce texte, v. A. ASTAIX, « Proposition de droit commun européen de la vente », *D.* 2011, n° 36, act. p. 2473 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *JCP G* 2011, n° 50, p. 2456 s. ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Naissance d'un droit commun européen de la vente et des contrats », *RDC* 2012/2, p. 457 s. ; Y. BALENSI et F. BAUMGARTNER, « Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », in Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? (Paris, 10 mai 2012) », *RDC* 2012/4, p. 1400 s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS, B. FAUVARQUE-COSSON et Z. JACQUEMIN, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC* 2012/1, chron. p. 191 s. ; A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *Contrats conc. Consom.* 2012, n° 4, p. 5 s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *Dr. et patr.* 2011, n° 208, p. 22 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, chron. p. 34 s. ; Th. GENICON et D. MAZEAUD, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ! », in Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? (Paris, 10 mai 2012) », *RDC* 2012/4, p. 1469 ; V. HEUZÉ, « Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012, n° 25, p. 1225 s. ; C. NOURISSAT, « Un droit commun européen de la vente », *JCP E* 2012, n° 12, p. 39 s. ; G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'esperanto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012, n°18, p. 912 s. ; Y. LEQUETTE, « Avant-propos », in Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? (Paris, 10 mai 2012) », *RDC* 2012/4, p. 1393 ; Th. PIAZZON, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? (suite) », in Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? (Paris, 10 mai 2012) », *RDC* 2012/4, p. 1459 ; D. PORCHERON, « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente : un pas décisif vers l'élaboration d'un droit européen des contrats ? », *RLDA* 2011, n°65, p. 54 s..

⁶⁵ Respectivement art. 84 et 85.

⁶⁶ Art. 1 § 1.

⁶⁷ Sur le caractère optionnel de cet instrument, v. art. 3 et 8 ; W. DORALT, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RDC* 2011/4, p. 1313 s. ; P. PUIG, « L'avènement des sources optionnelles de droit (sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit de la vente du 11 octobre 2001) », *RTD civ.* 2012, p. 493.

⁶⁸ L. LEVENEUR, « Consommation : un projet de loi fleuve », *Contrats conc. consom.* 2013, repère 7.

⁶⁹ N° 1015. Sur ce texte, v. L. Leveur, repère préc. ; J. JULIEN, « Présentation du projet de loi sur la consommation », *Contrats conc. consom.* 2013, focus 40.

Après une première lecture devant chaque chambre, il est revenu devant l'Assemblée Nationale pour la deuxième lecture et a été renvoyé à la commission des affaires économiques (23/10/2013).

8. Par ces multiples consécutions législatives, la clause abusive a ainsi été érigée en véritable notion juridique. L'existence de la notion de clause abusive ou – dans le sens équivalent que nous lui donnons – de la catégorie juridique de clause abusive⁷⁰ devrait permettre de mettre à jour certains de ses éléments constitutifs, d'en dresser un portrait-robot⁷¹. La tâche n'est pourtant pas si aisée.

En effet, comme le souligne un auteur, « certaines notions juridiques voient leur définition et leur sort liés à ceux qui les utilisent et... les manipulent. On en vient à se demander si éclatées qu'elles sont, souvent vidées de leur substance, en perpétuelle crise pour nombre d'entre elles, souvent réduites à leur utilité purement fonctionnelle, elles existent encore en tant que telles »⁷². Ce constat est particulièrement vrai en ce qui concerne la clause abusive. Le seul élément de son régime qui ne suscite pas de difficultés à l'heure actuelle est sa sanction, le réputé non écrit. Pour cette raison, et parce qu'elle a déjà été brillamment étudiée⁷³, elle ne fera l'objet d'aucun développement de notre part. Lorsqu'on réfléchit à ses autres traits caractéristiques, la notion renvoie, en revanche, une image chaotique. Celui qui essaie de l'appréhender ne peut s'empêcher de constater le malaise qui entoure cette notion. Elle est, en effet, fragilisée par ces incertitudes originelles : qu'est-ce qu'un professionnel, un consommateur et surtout un non-professionnel ?⁷⁴ Que désigne le déséquilibre significatif ?⁷⁵

⁷⁰ Sur la proximité entre les termes « notion » et « catégorie », v. Fr. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, t. III, 1921, p. 123 et p. 167 ; M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges Dabin*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, t. 1, 1963, p. 367 ; Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 138.

En revanche, la « notion » se distingue du « concept » : « Concept et notion renvoient à l'idée que l'on se fait de quelque chose mais sur bien des questions, le concept de concept semble désigner le niveau d'abstraction le plus élevé » (X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in *Les notions juridiques*, ss dir. de G. TUSSEAU, Economica, coll. Études Juridiques, t. 31, 2009) ; « On peut retenir que le concept juridique est à l'état de pensée tandis que la notion est une abstraction d'une situation de fait produisant des effets de droit, présentant ainsi un contenu plus concret » (C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004, note 584, p. 567) ; « Le terme de "notion" renvoie, de façon générale, à une catégorie juridique – ensemble caractérisé par des éléments constitutifs auquel un régime juridique commun est associé –, quand le terme de "concept" renvoie davantage à la réflexion doctrinale relative à la catégorie en question » (D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011/2, p. 644, note de bas de page n° 2).

⁷¹ G. QUINTANE, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in *Les notions juridiques*, *op. cit.* : une notion juridique est « un dispositif de connaissance proposant une description de l'objet étudié qui ne vise qu'à mettre à jour certains de ses éléments constitutifs, éléments qui peu à peu en dessineront le contour selon une démarche qui n'est pas sans faire penser à l'élaboration de l'un de ces portraits robot dont les traits deviennent de plus en plus ressemblants à ceux de l'objet que l'on veut représenter »

⁷² J. DU BOIS DU GAUDUSSON, « Avant-propos », in *Les notions juridiques*, *op. cit.*

⁷³ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, coll. Recherches Juridiques, t. 13, 2006. V. aussi V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, I, 3691, n° 28 ; J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chr. 59. V. aussi N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2012, n°s 635 s..

⁷⁴ V. *infra* n°s 15 s..

⁷⁵ V. *infra* n°s 296 s..

INTRODUCTION

Elle est ébranlée par des solutions inopportunes, et notamment la confusion entretenue entre clause abusive, clause illicite, clause mal présentée ou clause mal rédigée⁷⁶. Elle est sapée par l'adoption de textes – parfois (trop souvent ?) – malencontreux, au premier rang duquel on compte le décret du 18 mars 2009 instaurant les listes noire et grise de clauses abusives⁷⁷. Elle croule sous toutes sortes de défauts qui cachent ses éléments constitutifs et qui expliquent l'opprobre parfois jeté sur elle⁷⁸.

9. En dépit de ces errements, la notion de clause abusive apparaît comme une notion essentielle du droit de la consommation et, plus généralement, du droit privé des contrats.

Elle revêt d'abord une dimension pratique considérable au vu du nombre de personnes et de contrats susceptibles d'y être soumis.

Une telle portée pratique fait de la notion de clause abusive une notion théorique qui intéresse la théorie générale du contrat⁷⁹ et ses nombreuses problématiques contemporaines. Nous avons eu l'occasion de montrer les liens étroits qu'elle entretient avec le principe de l'autonomie de la volonté⁸⁰ et plus généralement avec la liberté contractuelle⁸¹. Nous verrons que d'autres aspects de la théorie générale sont aussi sollicités, comme les questions relatives à la place et de la valeur du droit supplétif⁸² ou à l'unilatéralisme dans le contrat⁸³.

La notion de clause abusive participe, aussi, par plusieurs aspects, au mouvement de renouvellement et de vivification des sources du droit commun des obligations⁸⁴. Elle donne ainsi l'occasion de voir cohabiter *hard law* et *soft law*. Comme le souligne un auteur, la création de la Commission des clauses abusives illustre, à ce titre, « l'entrée en force des autorités administratives indépendantes »⁸⁵ dans les sources du droit. La notion de clause abusive a aussi donné lieu à une redéfinition du rôle du juge « qui, en droit de la

⁷⁶ V. *infra* n^{os} 146 s..

⁷⁷ V. *infra* n^{os} 336 s..

On pourrait aussi citer l'ordonnance du 23 août 2001, v. *infra* n^{os} 139 s. et n^{os} 288 s..

⁷⁸ V. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, n^{os} 349 s. qui critique tant l'idée de clause abusive que sa qualification.

⁷⁹ En ce sens, v. J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, ss la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 1991, p. 1.

⁸⁰ V. *supra* n^o 6.

⁸¹ Sur le rapport entre clause abusive et liberté contractuelle, v. aussi *infra* n^{os} 146 s..

⁸² V. *infra* n^{os} 302 s..

⁸³ V. *infra* n^{os} 396 s..

⁸⁴ Sur ce mouvement, v. *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées nationales Ass. Henri Capitant, LGDJ, 1996.

Sur l'effet de la notion de clause abusive en la matière, v. *infra* n^{os} 375 s..

⁸⁵ D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », art. préc..

consommation, se caractérise par son impatience face à l'immobilisme de la loi »⁸⁶. Ainsi peut être compris l'arrêt précité du 14 mai 1991 par lequel la Cour de cassation consent, *contra legem*, à déclarer une clause abusive en l'absence de décret d'interdiction. La notion de clause abusive intéresse aussi l'articulation du droit français avec le droit européen. Il suffit pour s'en convaincre de relever tous les passages de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui sont directement inspirés de la directive du 5 avril 1993. De même, l'adoption de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011⁸⁷ risque d'affecter en profondeur la théorie des sources. Cet instrument optionnel pourrait ajouter, en effet, aux droits des contrats nationaux, un autre régime de droit contractuel qui instaurerait une concurrence normative inédite⁸⁸.

La notion de clause abusive remet en question, enfin, les divisions entre les branches du droit. En effet, conçue comme une notion consumériste, elle s'étend aujourd'hui en droit de la concurrence, et peut-être demain en droit commun.

Ainsi, la loi du 4 août 2008 ne s'est pas contentée de réformer l'article L. 132-1 du Code de la consommation, elle s'est aussi inspirée de cet article pour créer une nouvelle pratique restrictive de concurrence à l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce. Constitue une telle pratique, en vertu de ce texte, le fait pour un producteur, commerçant, industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »⁸⁹. La parenté avec la notion de clause abusive et son critère, le déséquilibre significatif, saute aux yeux ; elle est d'ailleurs clairement assumée par les travaux

⁸⁶ D. Mazeaud, art. préc..

⁸⁷ COM (2011) 635 final.

⁸⁸ En ce sens, v. P. Puig, art. préc. : l'auteur constate que « cette concurrence n'a d'ailleurs pas vocation à perdurer. L'ambition européenne est très clairement la substitution à plus ou moins long terme du droit d'origine européenne aux droits nationaux ».

⁸⁹ Sur ce texte, v. M. BÉHAR-TOUCHAIS, *RLC oct.-déc.* 2008, 45 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009, p. 202 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le code de commerce ? », *RDC* 2009, p. 1258 ; F. BUY, « Entre droit spécial et droit commun : l'art. L. 442-6, I, 2° c. com. », *LPA* 17 déc. 2008, n° 152, p. 3 ; M. CHAGNY, « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence », *RDC* 2009, p. 1642 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats conc. consom.* 2008, comm. 238 ; M. PICHON DE BURY et C. MINET, « Incidences de la suppression de l'art. L. 442-6, I, 1° et de l'introduction de la notion de "déséquilibre significatif" par la LME », *Contrats conc. consom.* 2008, ét. 13 ; A. BERG-MOUSSA, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E* 2012, n° 1139.

INTRODUCTION

législatifs préparatoires⁹⁰. La même tendance consistant à faire profiter les professionnels de la protection contre les clauses abusives existe aussi en droit européen : la proposition de règlement précitée du 11 octobre 2011⁹¹ projette en effet de sanctionner « les clauses contractuelles abusives dans les contrats conclus entre professionnels »⁹², si l'un d'eux est une petite ou moyenne entreprise⁹³. L'extension de la notion de clause abusive entre professionnels⁹⁴ est désormais acquise *de lege lata* ; elle pourrait être *de lege ferenda* consacrée en droit commun.

Une telle consécration est, en effet, envisagée par les différents projets de réforme de notre droit des obligations⁹⁵. La même tentation s'observe au niveau européen : la plupart des projets d'harmonisation du droit européen des contrats envisagent de protéger le contractant, quel qu'il soit, contre les clauses abusives non négociées⁹⁶. Ainsi, comme le relève un auteur, « si la grande réforme du droit des obligations aboutit un jour, il sera difficile de faire l'économie d'un débat sur l'introduction d'un dispositif de lutte contre les clauses abusives au sein d'un droit commun renouvelé »⁹⁷.

Ces extensions tentaculaires de la notion de clause abusive soulèvent plusieurs questions. Les notions sont-elles équivalentes en droit de la consommation et en droit de la concurrence⁹⁸ ? En cas d'introduction en droit commun, devront-elles s'apprécier de manière

⁹⁰ V. not. J.-P. CHARITÉ, *Rapport* n° 908, au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de modernisation de l'économie.

⁹¹ Art. 86, annexe I, COM (2011) 635 final.

⁹² Titre de la section 3 du chapitre 8 consacré aux « clauses contractuelles abusives » de l'annexe I à la proposition de règlement. Notons cependant que les clauses abusives dans les contrats entre professionnels répondent à une définition qui leur est propre. Ne peut être considérée comme telle qu'une stipulation qui « est de nature telle que son application s'écarte manifestement des bonnes pratiques commerciales, contrairement au principe de bonne foi et de loyauté » (art. 86, § 1, b).

⁹³ Art. 7, COM (2011) 635 final.

⁹⁴ *Les clauses abusives entre professionnels* (Actes du colloque organisé par le centre de Droit des contrats de l'Université de Lille II et le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université de Paris-Val-de-Marne), ss dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, coll. Études Juridiques, t. 3, 1998 ; Th. GENICON et D. MAZEAUD, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012, p. 276.

⁹⁵ Art. 1122-2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dit avant-projet Catala ; art. 67 *Pour une réforme du droit des contrats*, ss dir. Fr. TERRÉ, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009 ; Projet de la Chancellerie (cité in *JCP G* 2009, I, 138, chron. n° 3, J. GHESTIN).

En faveur d'une telle réforme, v. LPA 12 février 2009, n° 31, p. 54, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

Déjà en ce sens, v. J. MESTRE, « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, p. 241.

⁹⁶ Art. 4 :110 des Principes du droit européen du contrat, Commission pour le droit européen du contrat présidée par O. LANDO, version française préparée par G. ROUHETTE avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, Société de légis. comp., p. 617 ; art. 4 :209 du Projet de cadre commun de référence, in *Principes contractuels communs*, Assoc. Henri Capitant et Société de légis. comp., ss dir. G. WICKER et J.-B. RACINE, Société de légis. comp., p. 370 ; art. 6 :301 des Principes de l'acquis communautaire, *RDC* 2008, p. 189.

⁹⁷ N. MATHEY, « Du déséquilibre significatif », *Contrats conc. consom.* 2011, repère 10.

⁹⁸ Les solutions de droit de la consommation ne semblent pas transposables *mutatis mutandis* aux relations entre professionnels. En ce sens, v. not. M. Chagny, art. préc. ; J.-L. FOURGOUX, « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en

identique ? Ont-elles dans chaque domaine une identité propre ou peut-on les unifier ? Ces interrogations, aussi pertinentes soient-elles, resteront, cependant, en dehors du champ de notre étude.

En effet, si le rayonnement de la notion de clause abusive en dehors du domaine du droit de la consommation est révélateur de l'intérêt pratique et théorique qu'elle suscite, il ajoute, aussi, à sa confusion. La notion originelle risque d'être déformée par ces applications multiples. Il nous est donc apparu préférable de nous concentrer sur la notion de clause abusive, telle qu'elle est prévue en droit de la consommation, étape préalable indispensable à une éventuelle comparaison transdisciplinaire. Cette étude, qui n'a jamais encore été menée en ces termes⁹⁹, consiste à éclaircir et restaurer la notion de clause abusive en dégageant ses éléments caractéristiques. Elle cherche, en d'autres termes, à définir cette notion.

10. Cet objectif peut être atteint en suivant une démarche double à laquelle d'autres auteurs ont déjà eu recours : « Au sens premier, définir signifie délimiter, fixer les limites. [...] Mais, il ne faut pas se contenter d'une démarche négative, définir signifie également déterminer le contenu d'une notion. Il s'agit d'en extraire la quintessence »¹⁰⁰.

matière de clauses abusives », *Contrats conc. consom.* 2011, ét. 5 ; N. Mathey, repère préc. ; M. PONSARD, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *Contrats conc. consom.* 2013, dossier n° 4.

Les premières décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° c. com. vont en ce sens (v. not. M. Ponsard, art. préc., spéc. n° 19 s.).

Contra Cons. constit., déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *Rev. Lamy de la concurrence*, avril-juin 2011, n° 27, p. 41 ; A. DADOU, « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? », *LPA* 13 avril 2011, n° 73, p. 17 ; J.-L. FOURGOUX, « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », *Contrats conc. consom.* 2011, ét. 5 ; D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP G* 2011, n° 10, p. 477 ; Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil Constitutionnel », *D.* 2011, chron. p. 414 ; D. TRICOT, « Vers un équilibre significatif dans les pratiques commerciales », *concurrences : revue des droits de la concurrence* mars 2011, n° 1, p. 26 ; J. ZOUGHI, « Le déséquilibre significatif conforme à la Constitution ! », *Décideurs. Stratégie Finance Droit*, n° 2010-2011, p. 149 ; *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 62, note N. MATHEY ; *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 63, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES. Le Conseil constitutionnel a effectivement décidé que l'infraction à l'article L. 442-6, I, 2° est définie en référence à la notion de déséquilibre significatif de l'article L. 132-1 c. consom., dont le contenu est défini par la jurisprudence, de telle sorte que le juge peut se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire.

⁹⁹ En effet, peu d'études sont entièrement consacrées aux clauses abusives. Lorsqu'elles le sont, la notion est entendue plus largement et les auteurs cherchent différents moyens de lutter contre les clauses abusives venant s'ajouter aux lois protectrices en la matière, v. not. H. BRICKS, *Les clauses abusives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 175, 1982 ; Ch. GIAUME, *La protection du consommateur contre les clauses abusives*, th. Nice, 1989 ; A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 306, 2001. La notion de clause abusive fait parfois l'objet de développements substantiels dans des études qui la rattachent à un concept plus général, v. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 432, 2005 ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002 ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, th. préc..

¹⁰⁰ J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble II, 1996, n° 563.

INTRODUCTION

C'est donc selon une première approche, négative, que nous tâcherons de délimiter le champ d'application de la notion de la clause abusive, telle qu'elle résulte de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Il importe en effet de déterminer les personnes qui méritent d'être protégées contre les clauses abusives et de distinguer les stipulations qui encourent le grief d'abus de celles qui, quoique voisines, ne doivent pas recevoir une telle qualification. Tentant de dépasser les applications erratiques dont la notion de clause abusive a pu faire l'objet, les dénonçant le cas échéant, il est possible de lui rendre tout son intérêt qui est de lutter contre les abus de la liberté contractuelle dans les contrats de consommation.

Selon une seconde approche, positive, nous chercherons à identifier la notion de clause abusive. Sous cet angle, il s'agit de préciser les circonstances dans lesquelles une clause crée « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » au contrat de consommation. Pour cela, nous tenterons de percer à jour le standard du déséquilibre significatif en vue d'établir des critères qui permettent de le qualifier efficacement.

Ainsi après avoir procédé à la délimitation de la notion de clause abusive (Partie I), nous pourrions envisager son identification (Partie II).

PARTIE I.

LA DELIMITATION DE LA

NOTION DE CLAUSE ABUSIVE

11. Délimitation : « action de délimiter »¹⁰¹. Délimiter la notion de clause abusive impose d'en fixer les limites, d'en tracer les frontières. Cette démarche ainsi que ses enjeux sont bien connus du juriste. Plus une notion est strictement délimitée, plus elle en sortira consolidée ; au contraire, plus ses frontières sont floues et mal connues, moins elle aura de force¹⁰².

Délimiter la notion de clause abusive nécessite d'abord de circonscrire son domaine, son champ d'application, afin d'identifier la ou les matière(s) du droit dans lequel a lieu – ou devrait avoir lieu – la lutte contre les clauses abusives. Il s'agit d'une délimitation matérielle.

Délimiter la notion de clause abusive, c'est aussi déterminer sa fonction, son objet. En d'autres termes, cela revient à se demander si toutes les clauses d'un contrat sont susceptibles d'être qualifiées d'abusives et si non, lesquelles le sont. Il s'agit alors d'une délimitation fonctionnelle.

12. Délimitation : résultat de l'action de délimiter¹⁰³. Les délimitations matérielle et fonctionnelle de la notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation enseignent respectivement que cette notion est un outil de régulation des contrats de consommation (Titre I), qui permet de lutter contre l'abus de liberté contractuelle pouvant se manifester dans ce type de relations contractuelles (Titre II).

¹⁰¹ V° Délimitation, in *Dictionnaire de la Langue Française* par É. LITTRÉ, éd. 1863-1877, sens 1.

¹⁰² Dans le même sens, v. G. PAISANT, « A la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », *JCP G* 2003, I, 121.

¹⁰³ V° Délimitation, in *Dictionnaire de la Langue Française*, *op. cit.*.

TITRE I. DELIMITATION MATERIELLE : **LA REGULATION DES CONTRATS DE CONSOMMATION**

13. Domaine à clarifier : « Qui trop embrasse mal étreint »¹⁰⁴. L'adage ne s'applique que trop bien à la notion de clause abusive. Son champ d'application a, en effet, connu bien des vicissitudes... Pourtant, sa route semblait toute tracée : issue d'un texte de droit de la consommation, cette notion était destinée à prospérer dans cette matière uniquement et à protéger les consommateurs, au sein des rapports de consommation. Or, en prévoyant que la protection s'adressait et aux consommateurs et aux non-professionnels, et ce sans définir aucun de ces deux protagonistes, la rédaction de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, reprise par celle du 1^{er} février 1995, contenait, malencontreusement, en son sein, le germe des errances concernant son domaine d'application. C'est ce qui explique les tentations et les tentatives de faire profiter de la notion de clause abusive toutes sortes de contractants, même professionnels, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹⁰⁵ !

Ses pérégrinations sont toutes condamnables car il est à craindre qu'une telle expansion de la notion de clause abusive n'aboutisse à sa dilution. En effet, comme le souligne Monsieur Leveneur, « une bonne protection des vrais consommateurs ou non-professionnels ne peut être mise en place que si le domaine du droit de la consommation ne s'étend pas démesurément et n'est pas susceptible de recouvrir la quasi-totalité des agents économiques dont les besoins de protection ne sont pas tous identiques »¹⁰⁶.

14. Domaine à réaffirmer : la régulation des contrats de consommation. Face à ces extensions tentaculaires, il nous est apparu nécessaire de repenser le domaine de la notion de clause abusive. À cette fin, il suffit de rappeler qu'elle a été conçue, à l'origine, comme un outil de régulation des contrats de consommation¹⁰⁷, et de lire l'article L. 132-1 du Code de la consommation par le prisme de cet objectif. Ce texte réserve son application aux « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ». Il apparaît donc que

¹⁰⁴ V. aussi *infra* n° 146 intitulé « Objet à clarifier : « Qui trop embrasse mal étreint » (bis) ».

¹⁰⁵ La notion de clause abusive connaît aussi d'autres extensions, en droit positif (art. L. 442-6, I, 2° c. com.) et en droit prospectif (divers projets de réformes du droit des obligations), sur lesquelles, v. *supra* n° 7.

¹⁰⁶ L. LEVENEUR, note *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 92.

Dans le même sens, v. G. PAISANT, « A la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », *JCP G* 2003, I, 121.

¹⁰⁷ V. *supra* n° 5.

le critère principal des contrats de consommation est la qualité des parties contractantes¹⁰⁸ (Chapitre I), tandis que le contrat lui-même et ses clauses ne sont que secondaires (Chapitre II).

¹⁰⁸ Sur cette dénomination, v. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2010, n° 8 : « Le contrat entre consommateur et professionnel est appelé contrat de consommation ».

CHAPITRE I. LES PARTIES AU CONTRAT DE CONSOMMATION

15. Qualité des contractants : critère d'application des clauses abusives. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 du Code de la consommation définit le champ d'application de la notion de clause abusive en fonction des personnes qui concluent le contrat susceptible d'en contenir :

« Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs¹⁰⁹, sont abusives ... ».

En d'autres termes, la notion de clause abusive a vocation à jouer dans les rapports contractuels de consommation, entre un professionnel, d'une part, et un non-professionnel ou consommateur, d'autre part. L'application de la législation sur les clauses abusives dépend ainsi de la qualité des parties contractantes, qualité désignant qui est protégé – les non-professionnels et consommateurs – et contre qui – les professionnels. Tout serait dit si l'on connaissait la définition juridique de ces termes empruntés au langage économique. Mais paradoxalement, aucune de ces trois notions n'est définie ni à l'article L. 132-1, ni d'ailleurs dans le reste du Code de la consommation, alors qu'elles innervent tout ce code. De telles lacunes ont causé bien des hésitations et des incertitudes avant que l'on ne parvienne aux définitions de professionnel (Section I) et de non-professionnel ou de consommateur (Section II)¹¹⁰.

SECTION I. LE PROFESSIONNEL

16. Absence de définition légale. Avant tout économique, la notion de professionnel est devenue un concept juridique, utilisé notamment dans le Code de la consommation, sans que l'on connaisse précisément la personne visée par ce terme. Pour identifier le professionnel, il faut alors s'en remettre aux définitions doctrinales et communautaires qui, peu ou prou, se rejoignent, comme le démontrent les deux exemples qui suivent. Ainsi les propositions de la commission de refonte du droit de la consommation le définissent comme :

¹⁰⁹ Nous soulignons.

¹¹⁰ Pour une étude approfondie des notions de professionnel, consommateur et non-professionnel dans le droit de la consommation en général, v. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2012, n^{os} 100 s..

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

« [La] personne physique ou morale, publique ou privée, qui offre des biens et des services dans l'exercice d'une activité habituelle »¹¹¹.

L'article 2 de la directive du 5 avril 1993¹¹² retient une définition similaire :

« c) "professionnel" : 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 ».

Notons que est la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011¹¹³ retient une définition proche, quoique plus précise quant à la nature de l'activité professionnelle en visant :

« Toute personne physique ou morale qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »¹¹⁴.

De ces définitions, il découle que le professionnel est une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public (§ 1) qui exerce une activité professionnelle (§ 2).

§ 1. Une personne physique ou morale, privée ou publique

17. Personnes physiques ou personnes morales. Il est unanimement admis – et cela n'a même jamais été vraiment discuté – que le professionnel est aussi bien une personne morale qu'une personne physique. Il n'existe, en effet, aucune raison de les distinguer, étant donné que les professionnels, qu'ils soient l'un ou l'autre, assument, vis-à-vis du consommateur, les mêmes obligations¹¹⁵. On pourrait rétorquer que la personne morale professionnelle est souvent plus puissante que la personne physique professionnelle, et donc plus encline à stipuler des clauses abusives. Mais d'une part, ce constat est approximatif et d'autre part, « distinguer selon la taille de l'entreprise entraînerait des effets de seuil qui seraient gênants pour la protection des consommateurs et pour l'égalité de la concurrence »¹¹⁶. Ainsi sont des professionnels tant l'entrepreneur individuel, l'artisan, le commerçant de quartier qu'une société commerciale ou même une association¹¹⁷.

¹¹¹ *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1985, art. 2 ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport de la commission de codification du droit de la consommation au Premier ministre, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1990, art. L. 2.

¹¹² *Dir.* n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* n° L 95, 21 avril 1993.

¹¹³ COM (2011) 635 final.

¹¹⁴ Art. 2, e).

¹¹⁵ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, n° 4.

¹¹⁶ J. Calais-Auloy, H. Temple, n° 4.

¹¹⁷ Dès lors que cette association exerce une activité professionnelle. En ce sens, v. *Recomm.* CCA n° 94-03, *BOCCRF* 27/09/1994, relative aux contrats de séjours linguistiques, dans laquelle les organismes organisant des

18. Personnes privées ou personnes publiques. Il ne fait aucun doute que tous les professionnels, personnes physiques ou morales de droit privé, sont concernés par l'interdiction des clauses abusives. Il semble en être de même pour les personnes de droit public. En effet, la directive communautaire du 5 avril 1993 énonce que l'activité du professionnel peut être aussi bien privée que publique¹¹⁸. Or en droit français, les activités de nature publique sont assumées soit par des personnes privées qui se les sont vues confier, soit directement par les personnes publiques elles-mêmes. La directive implique donc qu'une personne morale de droit public – État, collectivité territoriale ou établissement public – est un professionnel soumis à la législation sur les clauses abusives. Une telle solution n'est pourtant pas évidente puisque les personnes publiques sont, en principe, soumises aux règles du droit public dont la logique diffère de celles du droit privé en général et du droit de la consommation en particulier. Néanmoins, à ce stade de l'étude, rien ne permet d'écarter l'idée qu'une personne morale de droit public soit effectivement qualifiée de professionnel, si tant est que son activité puisse l'être également¹¹⁹.

§ 2. Une personne exerçant une activité professionnelle

19. Exercice d'une activité professionnelle. Le professionnel est la personne physique ou morale, privée ou publique qui « agit dans le cadre de son activité professionnelle », selon l'article 2 point c), précité, de la directive communautaire du 5 avril 1993. En d'autres termes, c'est l'exercice d'une activité professionnelle qui fait de la personne un professionnel. Cette idée est aussi prégnante en doctrine française, dans des formulations similaires :

« Le professionnel est, par définition, celui qui exerce une profession »¹²⁰ ;

séjours linguistiques à l'étranger et qui « revêtent la forme juridique d'une association » sont reconnus comme des professionnels ; Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011 (*BICC* 1^{er} juin 2011, n° 724, et les obs. ; *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 102, note G. RAYMOND ; *D.* 2011, act. p. 510, obs. X. DELPECH et jur. p. 1659, note G. CHANTEPIE ; *Dr. et proc.* 2011, p. 145, note V. VALETTE-ERCOLE ; *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 2864, note S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G* 2011, n° 414, note G. PAISANT et n° 566, n° 7, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP E* 2011, n° 1285, note N. DUPONT ; *LPA* 13 mai 2011, n° 95, p. 3, note M. FALAISE ; *Loyers et copr.* 2011, repère 3, J. MONÉGER et comm. 107, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; *RLDA* 2011/58, n° 3340, p. 40, obs. A. LECOURT ; *RLDC* 2011/81, n° 4192, p. 11, obs. Ch. PAULIN ; *RLDC* 2011/83, n° 4256, p. 7, note D. HOUTCIEFF ; *Rev. loyers* 2011, n° 1273, p. 109, note Ph. RÉMY ; *RTD civ.* 2011, p. 350, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2011, p. 404, obs. B. BOULOC ; *RJDA* 2011, n° 468 et les obs.) qui, après avoir retenu la qualité de professionnel à la Fédération nationale des locations de France Clévacances, association de la loi de 1901, lui applique l'art. L. 132-1 c. consom.

Sur cette question, v. *infra* n° 22.

¹¹⁸ Art. 2 *Dir.* n° 93/13/CEE du 5 avril 1993, préc..

¹¹⁹ V. *infra* n°s 26 s..

¹²⁰ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Lexisnexus Litec, coll. Litec Professionnels droit commercial, 2011, n° 34.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

« Le professionnel est celui qui conclut un contrat dans l'exercice de sa profession »¹²¹ ;

« Le professionnel est celui qui contracte dans l'exercice de sa profession »¹²².

Néanmoins, ces définitions ne sont guère satisfaisantes tant elles sont tautologiques. C'est pourquoi il faut préciser en quoi consiste une activité professionnelle, tant par ses caractères (A) que par sa nature (B).

A. Les caractères de l'activité professionnelle

20. Caractères de la profession. Le professionnel est celui qui exerce une profession, mais qu'est-ce qu'une profession ? Pour la définir, le *Vocabulaire juridique* révèle ce qui la caractérise : « activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence »¹²³. Cependant si le caractère régulier de la profession n'est point contesté, il n'en est pas de même pour son caractère lucratif.

21. Activité régulière. Pour qu'une activité soit qualifiée de professionnelle, il faut qu'elle soit exercée de manière régulière ou habituelle¹²⁴, en d'autres termes, qu'elle s'inscrive dans la durée¹²⁵. Ainsi ne sera pas considéré comme un professionnel celui qui exerce une activité de nature professionnelle¹²⁶, mais à titre simplement occasionnel ; au contraire, il est même envisageable que cette personne soit traitée comme un consommateur au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹²⁷. Cette exigence de régularité de l'activité est cohérente au vu de l'objectif de protection du consommateur, car c'est « le caractère habituel et organisé de l'activité qui fait la force du professionnel : il est dans sa spécialité plus compétent que le consommateur »¹²⁸. Ainsi l'exercice régulier, professionnel de l'activité crée un risque de déséquilibre justifiant l'application du droit de la consommation et de la législation en matière de clauses abusives notamment.

¹²¹ A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 306, 2001, n° 626.

¹²² D. NGUYEN THANH-BOURGEAIS, « Réflexions sur deux innovations de la loi n° 78-93 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », *D.* 1979, chron. III, p. 15, n° 16.

¹²³ V° Profession, in *Vocabulaire juridique*, ss dir. G. CORNU, 9^e éd., PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2011, sens 1.

¹²⁴ Dans ce sens, v° Profession, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 1 ; J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.* n° 3 ; H. DAVO et Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 39 ; J. SAVATIER, « Contribution à une étude juridique de la profession », in *Mélanges Hamel*, Dalloz, 1961, p. 9.

¹²⁵ F.-X. VINCENSINI, *La commercialité*, PUAM, 1998, n° 66.

¹²⁶ V. *infra* n° 23 s..

¹²⁷ V. *infra* n° 71.

¹²⁸ J. Calais-Auloy, H. Temple, n° 3.

22. Activité lucrative ou non. La définition de la « profession » selon le *Vocabulaire juridique* laisse entendre que l'activité professionnelle est nécessairement lucrative, puisqu'elle permet à une personne de « se procurer les ressources nécessaires à son existence »¹²⁹. Or ce point de la définition est plus douteux. En effet, même si le but lucratif existe la plupart du temps, il ne semble toutefois pas être une caractéristique de la profession. Ainsi la définition communautaire du « professionnel » n'y fait nullement référence. De même, si le « but lucratif » était un élément de définition du « professionnel » dans la première proposition de la commission de refonte du droit de la consommation¹³⁰, cette condition a été abandonnée par la suite¹³¹. Une évolution similaire est perceptible dans les travaux de la Commission des clauses abusives¹³². Dans un premier temps, elle avait établi un lien entre caractère lucratif et application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. En effet, dans la recommandation n° 87-03 relative aux contrats proposés par les clubs de sport à caractère lucratif¹³³, elle avait exclu que des particuliers puissent invoquer la réglementation des clauses abusives dans le cadre d'un contrat passé avec un club de sport à caractère non lucratif. Cependant, dans un second temps, elle a renoncé à cette exigence. Ainsi dans sa recommandation n° 94-03 relative aux contrats de séjours linguistiques¹³⁴, elle conditionne l'application de l'article L. 132-1 à l'existence d'un prix payé par le consommateur, en insistant sur le caractère « habituel et rémunéré » de l'activité et non sur son caractère intéressé. Ainsi un consensus semble se former sur la nécessité d'élargir la notion de professionnel à ceux qui exercent certaines activités régulières de nature professionnelle mais non lucratives, comme les coopératives, les mutuelles et certaines associations¹³⁵. La solution nous convainc autant en droit qu'en opportunité car « ces organismes sont, dans leurs relations avec leurs clients consommateurs, dans une position qui justifie [...] l'application du droit de la consommation »¹³⁶. D'ailleurs, la jurisprudence a

¹²⁹ Dans le même sens, v. H. Davo et Y. Picod, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 39 qui évoquent le caractère « intéressé de l'activité exercée ».

¹³⁰ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé de la consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, 1984, p. 11.

¹³¹ *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., art. 2 ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., art. L. 2.

¹³² Dans le même sens, J. AMAR, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », *Contrats conc. consom.* 2002, chron. 2.

¹³³ *Recomm.* n° 87-03, 26/06/1987, *BOCCRF* 16/12/1987.

¹³⁴ *Recomm.* n° 94-03, 18/03/1994, *BOCCRF* 27/09/1994.

¹³⁵ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op.cit.*, n° 4 ; Ch. GIAUME, « 1^{er} janvier 1993 : le nouvel an ou l'an I des clauses abusives », *LPA* 26 décembre 1990, n° 155, p. 15.

¹³⁶ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op.cit.*, n° 4.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

aussi franchi le pas en ce sens. En effet, dans un arrêt en date du 3 février 2011¹³⁷, la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'action en suppression de clauses abusives d'une association de consommateurs, action intentée contre les contrats proposés par la Fédération nationale des locations de France Clévacances – qui est une association de la loi de 1901 – et diffusés aux associations départementales qui lui sont affiliées, ces dernières les mettant à disposition de leurs membres bailleurs. Elle admet donc implicitement qu'une association puisse être considérée comme un « professionnel ».

Une fois identifiés les caractères de l'activité professionnelle, reste alors à déterminer ce que sont ces professions ou activités professionnelles.

B. La nature de l'activité professionnelle

23. Plan. Comme le prévoit expressément l'article 2 point c) de la directive communautaire du 5 avril 1993, l'activité professionnelle peut être aussi bien de nature privée (1) que de nature publique (2).

1. L'activité professionnelle privée : la fourniture de biens ou de services

24. Fourniture de biens et de services. L'activité professionnelle, au sens du droit de la consommation, se définit comme la fourniture de biens et de services¹³⁸.

Plus précisément, la fourniture de biens peut être exercée sous deux formes différentes. En effet, le professionnel peut être soit le producteur du bien, soit son distributeur. Dans le premier cas, son travail consiste « dans la création, la fabrication, la culture de produits ou de biens, artistiques, industriels, agricoles, etc. »¹³⁹ ; dans le second, il revient « à assurer l'écoulement des produits du stade de la production à celui de la consommation »¹⁴⁰.

Lorsqu'il a une activité de prestation de services, le professionnel, appelé « prestataire de services », fournit alors « tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, conseil, etc.), en vertu de contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage, etc.) »¹⁴¹. D'un point de vue économique, la fourniture de services

¹³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, préc..

¹³⁸ En ce sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op.cit.*, n° 178 qui parlent d'activités « de production, de distribution ou de prestation de service ».

¹³⁹ V° Production, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 1.

¹⁴⁰ V° Distribution, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 2.

¹⁴¹ V° Prestation de services, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens a).

correspond au moins partiellement à la notion de « tertiaire »¹⁴². D'un point de vue plus juridique, cela revient à dire qu'« un professionnel fournit un service à chaque fois qu'il exécute une obligation de faire »¹⁴³.

25. Fourniture de biens et services de toute nature : agricole, artisanale, commerciale, industrielle ou libérale. À première vue, l'activité professionnelle privée par excellence est commerciale¹⁴⁴, au sens économique – et non juridique¹⁴⁵ – du terme. Les professions commerciales recouvrent ainsi toutes les « activités qui consistent à vendre des produits achetés sans leur faire subir de transformation importante »¹⁴⁶. Ainsi un épicier, un libraire, un marchand de biens¹⁴⁷, un transporteur ou un « fournisseur de services financiers »¹⁴⁸ en tant que commerçants, exercent une activité professionnelle.

Ce serait, néanmoins, une erreur de réduire la catégorie des professionnels à celle des commerçants et des sociétés commerciales¹⁴⁹. En effet, l'intérêt du droit de la consommation est de transcender la distinction classique entre droit civil et droit commercial, au profit d'une protection accrue des consommateurs contre les clauses abusives, et ce quel que soit le secteur de la vie économique où ils sont amenés à contracter¹⁵⁰.

Sont donc aussi des professionnels les personnes qui exercent une activité agricole¹⁵¹ – « ensemble des opérations de culture et de mise en valeur du sol ayant pour but d'obtenir les productions végétales ou animales utilisées par l'homme »¹⁵² –, artisanale¹⁵³ – l'artisan étant

¹⁴² Dans le même sens, v. G. Raymond, *op. cit.*, n° 43.

¹⁴³ G. Raymond, *op. cit.*, n° 43.

¹⁴⁴ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 4 ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 36 ; Ch. Giaume, art. préc..

¹⁴⁵ V° Commerce, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 1 (en Droit) : « Ensemble des activités énumérées par les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce qui permettent aux richesses de passer des producteurs aux consommateurs ». Hormis les actes de commerce maritime de l'art. L. 110-2 c. com., la lecture de l'art. L. 110-1 c. com. suggère l'existence de trois catégories d'activités commerciales : la distribution, l'industrie et les services.

¹⁴⁶ V° Commerce, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 2 (d'un point de vue économique).

¹⁴⁷ Sur la question de savoir si leurs cocontractants peuvent être qualifiés de consommateurs alors qu'ils acquièrent des biens immobiliers, v. *infra* n° 74.

¹⁴⁸ Cette catégorie de prestataires de services, visée aux art. L. 121-20-8 s. c. consom., désigne ceux qui exercent une activité ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements. Sur la question de savoir si leurs cocontractants peuvent être qualifiés de consommateurs, v. *infra* n° 79.

¹⁴⁹ Dans le même sens, v. A. Karimi, th. préc., n° 626 ; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 326, 2000, n° 83 : « La catégorie des professionnels est assurément plus vaste que celle des commerçants » ; J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *Mélanges Paul Didier*, Economica, 2008, p. 81 s..

¹⁵⁰ En ce sens, v. N. Sauphanor, th. préc., n° 84.

¹⁵¹ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 4 ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 36 ; Ch. Giaume, art. préc..

¹⁵² V° Agriculture, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

le « travailleur indépendant qui exerce un métier manuel, seul ou assisté de sa famille et d'un nombre limité d'ouvriers ou d'apprentis »¹⁵⁴ –, industrielle¹⁵⁵ – « ensemble des activités économiques consacrées à l'extraction, à la production ou à la transformation des richesses (non agricoles) »¹⁵⁶ – ou encore libérale¹⁵⁷ – sont ainsi caractérisées « bien qu'elles soient de plus en plus réglementées, certaines professions d'ordre intellectuel, en raison de l'indépendance qu'exige leur exercice »¹⁵⁸. Ainsi, aussi bien l'agriculteur, le plombier, le constructeur automobile que l'avocat exercent une activité professionnelle.

2. L'activité professionnelle publique : les services publics

26. Services publics : une activité professionnelle ? Un service public est défini comme une « activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général »¹⁵⁹. Dès lors, la gestion d'un service public peut-elle être considérée comme une « activité professionnelle », emportant pour celui qui l'exerce le statut de professionnel au sens du droit de la consommation ?

La directive communautaire répond de manière affirmative à cette question puisque son article 2 point c), précité, énonce que l'activité du professionnel peut être aussi bien privée que publique, ce qui vise nécessairement les services publics¹⁶⁰.

L'article L. 132-1 du Code de la consommation ne reprend pas expressément cette précision, mais les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} février 1995 révèlent que les contrats conclus avec une personne gérant un service public étaient appelés à être soumis à la législation sur les clauses abusives :

« La rédaction de la loi française permet notamment d'inclure les dispositions réglementaires contenues dans les contrats administratifs (comme les contrats

¹⁵³ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 4 ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 36 ; D. FERRIER, « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 373 ; Ch. Giaume, art. préc..

¹⁵⁴ V° Artisan, in *Vocabulaire juridique, op. cit.*.

¹⁵⁵ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 4 ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 36.

¹⁵⁶ V° Prestation de services, in *Vocabulaire juridique, op. cit.*, sens a).

¹⁵⁷ En ce sens, J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 4 ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 36 : « Les obligations de ces "libéraux" en direction de leurs clients apparaissent comme des obligations de professionnel, notamment en ce qui concerne l'information » ; D. Ferrier, art. préc. ; Ch. Giaume, art. préc..

¹⁵⁸ V° Libéral, ale, in *Vocabulaire juridique, op. cit.*, sens 5.

Sur la question de savoir si leurs cocontractants peuvent être qualifiés de consommateurs, v. *infra* n° 78.

¹⁵⁹ V° Service public, in *Vocabulaire juridique, op. cit.*, sens 1.

¹⁶⁰ Cette conclusion est unanime, v. not. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 178 ; « Atelier 2 : L'application de la directive aux prestations des services publics », ss dir. H. HALL, in *La directive « Clauses abusives » cinq ans après, Évaluation et perspectives pour l'avenir*, Conférence de Bruxelles, 1-3 juillet 1999, p. 117 s., spéc. p. 120 ; *Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, 2000, COM(2000) 248 final.

d'abonnement au gaz ou à l'électricité, les titres de transport public, [...] ou les concessions de service public ou d'ouvrage public) »¹⁶¹.

Cette possibilité nous semble tout à fait opportune car les usagers des services publics se trouvent bien souvent dans une situation comparable à celle des consommateurs contractant avec une entreprise qui exerce une activité professionnelle privée¹⁶². Néanmoins, il existe, en droit administratif français, deux catégories de services publics : administratifs, d'une part, et industriels et commerciaux, d'autre part. Ces deux catégories sont-elles indistinctement soumises au droit de la consommation, plus précisément à la législation sur les clauses abusives¹⁶³ ? Une réponse affirmative s'impose si l'on s'en tient à un argument purement textuel, fondé sur la directive communautaire du 5 avril 1993 qui ne distingue pas selon la nature administrative ou industrielle et commerciale des activités publiques¹⁶⁴. C'est ce que nous allons vérifier plus avant.

27. Service public industriel et commercial. Un service public est industriel et commercial s'il ressemble à une entreprise privée à la fois par l'objet de ses activités, par l'origine de ses ressources – principalement tirées des redevances payées par les usagers – et par les modalités de son organisation¹⁶⁵. Il ne fait aucun doute que les personnes qui assurent des services publics industriels et commerciaux sont des professionnels au sens du droit de la consommation. En effet, ces services relèvent, dans leurs rapports avec les usagers, du droit privé et de la compétence juridictionnelle judiciaire¹⁶⁶ ; le droit de la consommation et

¹⁶¹ J.-P. CHARIÉ, *Rapport* n° 1775 sur le projet de loi, adopté par le Sénat, concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, au nom de la commission de la production et des échanges, AN, 7 décembre 1994, spéc. p. 11-12. Nous soulignons.

V. aussi, A. FOSSET, *Rapport* n° 64 sur le projet de loi concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, au nom de la commission des affaires économiques, Sénat, 9 novembre 1994, spéc. p. 26, évoquant aussi des « contrats administratifs », et déclaration FOSSET, *JO Sénat (CR)* 16/11/1994, p. 5567.

¹⁶² Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 5 ; J.-P. CHAZAL, v° Clauses abusives, *in Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2002, maj. 2012, n° 45.

¹⁶³ Sur cette question, v. M. LECERF, *Droits des consommateurs et obligations des services publics*, Ed. d'organisation, Paris, 1999 ; D. MAILLARD-DESGREES DU LOU, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000 ; G. CLAMOUR, V° Personnes publiques et droit de la consommation, *in JCl. Adm.*, fasc. 150-10 ; J. Amar, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », *chron. préc.* ; J. CHEVALLIER, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », *D.* 2000, *chron. p.* 575 ; P. DELVOLVE, « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », *Dr. adm.* 1993, 3 ; S. MONNIER, « Services publics et droit de la consommation en droit français et communautaire », *RID éco.* 1996, 393.

¹⁶⁴ Dans le même sens, v. J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, art. préc., n° 45.

¹⁶⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, n°s 765 s..

¹⁶⁶ TC, 22 janvier 1921, *Bac d'Eloka*, *D.* 1921, 3, 1.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

l'article L. 132-1¹⁶⁷ en particulier, leur sont par conséquent applicables. Cela vaut pour les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), comme la SNCF ou la RATP, mais aussi pour les sociétés anonymes à capital totalement ou partiellement public qui gèrent un service public industriel et commercial comme EDF, GDF SUEZ, la Poste ou France Télécom¹⁶⁸. Ainsi, dans un arrêt en date du 13 novembre 1996, la Cour de cassation avait accepté de contrôler si le contrat « Carte Pastel » proposé à ses abonnés par France Télécom, alors EPIC, contenait des clauses abusives¹⁶⁹. La même solution est valable pour les personnes entièrement privées assumant un service public industriel et commercial, comme nous l'apprend la décision *Société des eaux du Nord* du 11 juillet 2001¹⁷⁰. En effet, le Conseil d'État y accepte expressément de faire application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation à un service public industriel et commercial¹⁷¹, à savoir le service des eaux assuré, en l'espèce, par la Société des Eaux du Nord qui en avait été chargée par la ville de Lille.

28. Service public administratif. Un service public est dit administratif dès lors que l'une des trois conditions pour qu'il soit industriel et commercial fait défaut¹⁷². Le régime des services publics administratifs est constitué de règles de droit public et échappe donc, en principe, au droit privé, de telle sorte que, de prime abord, la législation consumériste leur

¹⁶⁷ V. déjà en ce sens, J.-P. GRIDEL, « Remarques de principe sur l'application de 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, dont le III – A s'intitulait « Applicabilité de l'art. 35 aux contrats proposés à la clientèle par les personnes du secteur public soumises au droit privé ».

¹⁶⁸ Ce sont tous des anciens EPIC.

¹⁶⁹ Ainsi la Cour de cassation avait accepté de contrôler si le contrat « Carte Pastel » proposé par France Télécom, alors EPIC, à ses abonnés contenait des clauses abusives, v. Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, *JCP G* 1997, I, 4015, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 32, obs. G. RAYMOND ; *D.* 1997, somm. p.174, obs. Ph. DELEBECQUE ; *LPA* 22 déc. 1997, note J. HUET ; *RTD civ.* 1997, p. 791, obs. R. LIBCHABER.

¹⁷⁰ CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, J. AMAR, « De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics : à propos de l'arrêt Société du Nord rendu par le Conseil d'Etat le 11 juillet 2001 », *D.* 2001, p. 2810 ; J. Amar, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », chron. préc. ; J. MESTRE et B. FAGES, « Deux renforts dans la lutte contre les clauses abusives », *RTD civ.* 2001, p. 878 ; R. MOULIN, « Clauses abusives : l'administration est-elle un professionnel comme les autres ? Conseil d'Etat, section, 11 juillet 2001 : Société des eaux du Nord », *LPA* 24 avril 2002, n° 82, p. 9 ; *AJDA* 2001, p. 853, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *AJDA* 2001, p. 893, note G. J. GUGLIELMI ; *Gaz. Pal.* 23 février 2002, n° 54, p. 3, note J. SYLVESTRE ; *JCP G* 2001, I, 370, n° 1 à 9, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP E* 2002, n° 124, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDP* 2001, p. 1510, note G. ECKERT ; *Resp. civ. et assur.* 2002, comm. 2, note Ch. GUETTIER ; *RTD com.* 2002, p. 51, obs. G. ORSONI.

Sur les autres apports de cette décision, v. *infra* n° 90, et v. *infra* n° 214 s..

¹⁷¹ Dans le même sens, v. J. Mestre et B. Fages, art. préc. : « Le message est ainsi des plus clairs : les services publics n'échappent pas au droit des clauses abusives ».

¹⁷² R. Chapus, *op. cit.*, n° 765 s..

semble inapplicable et qu'il est difficile de voir des professionnels dans les personnes qui assurent de tels services.

En réalité, la frontière entre droit public et droit privé n'est pas aussi étanche qu'il y paraît. En effet, les services publics administratifs, tout comme les services publics industriels et commerciaux, sont soumis au droit de la concurrence, dès lors qu'ils exercent une activité de production, de distribution ou de services. Or, s'ils ont des finalités différentes, droit de la concurrence et droit de la consommation ont le même objet, à savoir le marché, et « on ne comprendrait pas qu'ils aient des champs d'application différents sans qu'il existe de solides justifications »¹⁷³. C'est pourquoi il serait incohérent que les services publics administratifs ne soient pas soumis au droit de la consommation, au seul détriment de leurs usagers¹⁷⁴. Cela serait d'autant plus choquant que les usagers d'un service public administratif sont souvent désarmés face à la puissance dudit service, tout autant – voire plus – que les usagers d'un service public industriel et commercial peuvent l'être ; toute différence de traitement entre eux paraît alors injustifiée.

Il est vrai qu'au sein même des services publics administratifs, il est possible de distinguer ceux qui fournissent des prestations individualisées de ceux qui rendent un service collectif, ceux qui exercent « une activité économique » – c'est-à-dire une activité de production, de distribution ou de prestation de service – de ceux qui exercent « une activité non économique »¹⁷⁵. La première catégorie recouvre les hôpitaux publics¹⁷⁶, l'éducation nationale ou l'enseignement supérieur, tandis que la seconde vise les services de sécurité sociale, de police ou de justice¹⁷⁷. Certains auteurs estiment que seuls les premiers sont des professionnels susceptibles d'être soumis au droit de la consommation¹⁷⁸. Néanmoins cela va à l'encontre de ce qui est expressément prévu par la directive communautaire du 5 avril 1993, dont le quatorzième considérant énonce :

« Considérant que l'appréciation, selon les critères généraux fixés, du caractère abusif des clauses notamment dans les activités professionnelles à caractère public

¹⁷³ J.-P. Chazal, v° *Clauses abusives*, art. préc., n° 45.

¹⁷⁴ En ce sens, v. J. Amar, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », *chron. préc.*.

¹⁷⁵ V. J. AMAR, *De l'usager au consommateur de service public*, PUAM, 2001, spéc. n°s 318 à 416 ; J. Amar, *chron. préc.*.

¹⁷⁶ Sur cette question, v. A. LAMBOLLEY, B. PITCHO, F. VIALLA, « Le consumérisme dans le champ sanitaire. Un concept dépassé ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 581.

¹⁷⁷ L'usager du service public de la justice est de plus en plus assimilé à un consommateur, v. not. Ch. HUGON, « Le consommateur de justice », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 517.

¹⁷⁸ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 5, qui distinguent les services qui fournissent des prestations individualisées à titre onéreux de ceux qui rendent un « service collectif et gratuit ». V. aussi J.-P. Chazal, v° *Clauses abusives*, art. préc., n° 45.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

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 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 »¹⁷⁹.

En d'autres termes, la directive communautaire n'exclut pas les services publics administratifs collectifs de la soumission aux clauses abusives; elle semble seulement admettre que les modes d'appréciation de l'abus peuvent diverger compte tenu de la nature particulière du service rendu¹⁸⁰.

29. Limites. S'il apparaît que les personnes qui gèrent les services publics peuvent valablement être considérées comme des professionnels, il faut cependant rappeler deux limites à l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. D'abord, services publics et usagers doivent entretenir une relation de nature contractuelle¹⁸¹. Ensuite, si la relation est à la fois contractuelle et réglementaire, cela supposera l'attribution de compétence au profit du juge administratif pour connaître des clauses de nature réglementaire¹⁸².

30. Conclusion de la section. L'article L. 132-1 du Code de la consommation a donc vocation à s'appliquer à toutes sortes d'activités professionnelles, qu'elles soient publiques ou privées. Producteurs, distributeurs, vendeurs de biens en tous genres, prestataires de services: tous sont professionnels et tous sont susceptibles d'introduire des clauses abusives dans les contrats qu'ils rédigent. Ces clauses tomberont sous le coup de l'article L. 132-1, à condition qu'elles figurent dans un contrat conclu avec un non-professionnel ou un consommateur.

SECTION II. LE NON-PROFESSIONNEL OU LE CONSOMMATEUR

31. Absence de définitions légales. À l'article L. 132-1 du Code de la consommation, seuls sont protégés contre les clauses abusives les non-professionnels ou consommateurs et non tous les contractants, ni même tous les contractants en situation de faiblesse. Néanmoins, ces notions, comme celle de professionnel, ne sont pas définies par le Code de la consommation. Par conséquent, leur délimitation ne s'est pas faite sans heurt et pendant une trentaine d'années, elles ont connu bien des vicissitudes tant doctrinales que

¹⁷⁹ Nous soulignons.

¹⁸⁰ En ce sens, v. J. Amar, chron. préc..

¹⁸¹ Sur cette question, v. *infra* n^{os} 104 s..

¹⁸² V. *infra* n^{os} 222 s..

jurisprudentielles. Il nous semble qu'aujourd'hui le débat est en partie apaisé et qu'il est possible de saisir leur contenu en les définissant de manière à la fois négative (Sous-section 1) et positive (Sous-section 2).

SOUS-SECTION I. DEFINITION NEGATIVE DES NON-PROFESSIONNELS OU CONSOMMATEURS

32. Le non-professionnel ou consommateur n'est pas un professionnel. Telle est la définition négative des non-professionnels ou consommateurs. Formulée ainsi l'affirmation semble n'être qu'une lapalissade. Et l'on aurait évité bien des controverses si l'on s'en était tenu à cette affirmation de bon sens. Il a été malencontreusement prétendu que les professionnels pourraient bénéficier de la protection contre les clauses abusives dès lors qu'ils agissaient en dehors de leur sphère de compétence.

33. Position du problème : le professionnel agissant en dehors de sa spécialité est-il un non-professionnel ou consommateur ? Prenons un commerçant qui acquiert du matériel pour informatiser son magasin ; un avocat qui fait installer un système d'alarme pour protéger son cabinet ; un agriculteur qui souscrit une assurance pour son exploitation. Tous sont des professionnels qui contractent avec d'autres professionnels, pour les besoins de leur profession, mais en dehors de leur domaine de compétence professionnelle. Cette incompétence justifierait qu'ils puissent se prévaloir du statut de non-professionnel ou consommateur. Un tel raisonnement a été rendu possible par l'absence de définitions de ces notions et a créé une brèche dans laquelle la pratique s'est engouffrée. Durant une quinzaine d'années, les notions de non-professionnel et de consommateur ont été dévoyées afin de protéger ces professionnels agissant en dehors de leur sphère d'activité : il s'agissait donc de professionnels non-professionnels assimilés à des consommateurs ! (§ 1). Néanmoins, la jurisprudence est revenue à une conception plus restrictive du non-professionnel ou consommateur qui aboutit à exclure tout professionnel de la protection contre les clauses abusives (§ 2).

§ 1. Adoption d'une conception extensive du non-professionnel ou consommateur : le critère subjectif de la compétence

34. Plan. La conception extensive du non-professionnel ou consommateur, autorisant les professionnels contractant en dehors de leur domaine de compétence à se plaindre de clauses

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

abusives, a trouvé un écho en pratique et il faudra en rappeler la genèse (A). Mais cette position était éminemment critiquable (B).

A. Genèse de la conception extensive

35. Plan. L'idée de protéger des professionnels agissant en dehors de leur sphère d'activité trouve sa source dans la loi du 10 janvier 1978 qui a jeté le trouble en introduisant le non-professionnel à côté du consommateur en tant que bénéficiaire de la législation sur les clauses abusives (1). La jurisprudence a rapidement exploité cette possibilité et consacré la conception extensive du non-professionnel ou consommateur, fondée sur le critère de la compétence (2).

1. L'adjonction du « non-professionnel » dans la loi du 10 janvier 1978

36. Genèse de la notion de « non-professionnel ». La protection des non-professionnels contre les clauses abusives remonte à la loi du 10 janvier 1978. L'introduction de cette notion ne s'est pas faite sans mal et résulte d'un compromis entre les deux chambres parlementaires, comme en atteste la lecture des travaux préparatoires.

Le projet de loi initial se contentait, en effet, de prévoir que la législation sur les clauses abusives s'appliquerait aux contrats conclus « entre un consommateur et un professionnel »¹⁸³, et cette distinction avait été maintenue après la discussion devant le Sénat¹⁸⁴. Le vocable de « non-professionnel » est apparu à la suite de la discussion du projet de loi devant l'Assemblée nationale qui l'a introduit en remplacement du terme de consommateur¹⁸⁵. Cette modification n'a pas pour autant été expliquée. En deuxième lecture, le Sénat a rejeté la notion de non-professionnel qu'il jugeait trop « extensive » craignant que ce soit « tout le champ du code civil relatif aux contrats qui [soit] en cause alors que le droit de la consommation doit être un droit spécifique »¹⁸⁶. Le Sénat a donc, à nouveau, rectifié le projet de loi en définissant le domaine d'application des clauses abusives par référence aux

¹⁸³ Art. 28 du projet de loi n° 306 (1976-1977) sur la protection et l'information des consommateurs, *JO Sénat, Documents législatifs*, 1976-1977. Nous soulignons.

¹⁸⁴ Art. 28 du projet de loi n° 3154, adopté par le Sénat, sur la protection et l'information des consommateurs, *JOAN, Documents législatifs*, 1977-1978.

¹⁸⁵ Art. 28 du projet de loi n° 159, modifié par l'Assemblée nationale, sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, *JO Sénat, Documents législatifs*, 1977-1978.

¹⁸⁶ Intervention de J. THYRAUD lors de la discussion et l'adoption en deuxième lecture du projet de loi sur la protection et l'information des consommateurs, le 12 décembre 1977, *JO Sénat, Débats parlementaires*, 1977-1978, n° 102 du lundi 19 décembre 1977.

notions de consommateur et de professionnel¹⁸⁷. Comme l'Assemblée Nationale a, à son tour, résisté en revenant à l'expression « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels »¹⁸⁸, il a fallu réunir une commission mixte paritaire. Cette dernière s'est contentée d'associer les termes de non-professionnel et de consommateur pour les opposer à celui de professionnel, sans qu'aucune explication ne soit donnée sur l'adoption de ce compromis. Et c'est ainsi qu'on a pu lire à l'article 35, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1978 que les clauses abusives pouvaient être interdites « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs »¹⁸⁹.

37. Conséquence. Si la lecture des travaux préparatoires nous apprend comment est née la notion de non-professionnel, elle ne nous apprend rien, en revanche, sur le sens à lui donner. Nous pouvons d'ailleurs le regretter, comme Pierre Godé, prophétique lorsqu'il écrit : « Avant que ne soit approximativement défini le non-professionnel, combien faudra-t-il de procès ? »¹⁹⁰ En effet, non-professionnel est-il synonyme de consommateur ? Et si oui, quel est l'intérêt d'introduire ce vocable ? Ou bien recouvre-t-il une réalité différente, et notamment l'hypothèse du professionnel agissant en dehors de sa sphère de compétence ? Certains auteurs¹⁹¹ l'avaient envisagé avant même que cela ne soit consacré, dans un premier temps, par la Cour de cassation.

2. L'adoption fugace de la conception extensive par la Cour de cassation

38. Le critère de la compétence. Dans un premier temps, la Cour de cassation s'en est tenue à une conception stricte du non-professionnel ou consommateur. Elle a ainsi décidé dans un arrêt du 15 avril 1986¹⁹² que l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services n'était pas invocable dans le contrat passé entre un professionnel de l'assurance pour la publicité de son cabinet et une société qu'il avait chargée d'éditer et d'expédier des documents publicitaires.

¹⁸⁷ Art. 28 du projet de loi n° 3377, adopté avec modifications par le Sénat en deuxième lecture, sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, *JOAN, Documents législatifs*, 1977.

¹⁸⁸ Art. 28 après discussion en deuxième lecture et adoption par l'Assemblée nationale du projet de loi adopté avec modifications du Sénat sur la protection et l'information des consommateurs, le 20 décembre 1977, *JO Sénat, Débats Parlementaires*, 1977-1978, n° 124 du mercredi 21 décembre 1977.

¹⁸⁹ Art. 35, L. n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, Chapitre IV « De la protection des consommateurs contre les clauses abusives ».

¹⁹⁰ P. GODÉ, « Commentaire de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, article 35 et s. », *RTD civ.* 1978, p. 461 s..

¹⁹¹ P. GODÉ, « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », *RTD civ.* 1978, p. 744 : « Essayons de définir le non-professionnel : celui qui agit hors de sa profession, même s'il le fait pour produire et non pour consommer ».

¹⁹² Cass. 1^{ère} civ., 15 avril 1986, *RTD civ.* 1987, p. 86, obs. J. MESTRE.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

Un arrêt a, cependant, laissé penser que la Cour de cassation était prête à consacrer la conception extensive du non-professionnel ou consommateur en étendant le bénéfice de la protection contre les clauses abusives aux personnes qui, tout en agissant dans un but professionnel, le faisaient en dehors de leur sphère de compétence professionnelle. Il s'agit de l'arrêt de la première chambre civile en date du 28 avril 1987¹⁹³. Dans cette espèce, une agence immobilière avait fait installer dans ses locaux commerciaux un système d'alarme qui ne fonctionnait pas correctement. Elle a alors cherché à faire déclarer abusives, sur le fondement de l'article 2 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978, trois clauses du contrat d'installation d'alarme : celle écartant l'obligation de résultat, celle refusant tout droit à résiliation ou à dommages-intérêts en cas de dérangement et celle attribuant à l'installateur diverses indemnités en cas de cessation du contrat quel qu'en soit le motif. Mais pour cela encore fallait-il que la loi du 10 janvier 1978 lui soit applicable. C'est ce qu'avait décidé la cour d'appel, approuvée en cela par la Cour de cassation :

« Mais attendu, sur le premier point, que les juges d'appel ont estimé que le contrat conclu entre Abonnement téléphonique et la société Pigranel échappait à la compétence professionnelle de celle-ci, dont l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et qui, relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ; qu'ils en ont déduit à bon droit que la loi du 10 janvier 1978 était applicable »¹⁹⁴.

En résumé, les compétences techniques d'une agence immobilière ne comprenant pas la science des systèmes d'alarme, l'agence devait être traitée comme un consommateur profane par hypothèse. Le critère de la compétence apparaît donc comme un critère subjectif qui nécessite de prendre en considération les connaissances de celui qui se plaint de clauses abusives.

Si l'arrêt du 28 avril 1987 est le seul à avoir retenu ce critère pour l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, d'autres décisions sont allées dans le même sens dans

¹⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, *Bull. civ.*, n° 134, *D.* 1987, somm. p. 45, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1988, jur. p. 1, Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1987, II, 20893, note G. PAISANT ; *RGAT* 1987, p. 559, obs. J. BIGOT ; *RTD civ.* 1987, p. 537, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1988, p. 112, obs. J. HÉMARD et B. BOULOC.

Un arrêt avait déjà eu recours au critère de la compétence, pour l'application de la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, v. Cass. 1^{ère} civ., 15 avril 1982 (*D.* 1984, jur. p. 439, note J.-P. PIZZIO) dans lequel la Cour de cassation estime que c'est à bon droit qu'une Cour d'appel retient que le contrat conclu à la suite d'un démarchage, par un agriculteur avec un cabinet d'expertise pour l'évaluation d'un sinistre affectant son exploitation, échappait à la compétence professionnelle de cet agriculteur, et devait, en conséquence, être soumis aux dispositions de la loi du 22 décembre 1972.

¹⁹⁴ Nous soulignons.

d'autres domaines du droit de la consommation¹⁹⁵. Néanmoins, cette solution semblait propre à la première chambre civile, les autres chambres s'en tenant à une conception stricte du consommateur¹⁹⁶.

39. Justification de la conception extensive¹⁹⁷. La justification de la conception extensive du non-professionnel ou consommateur repose sur le postulat qu'un professionnel contractant en dehors de sa sphère de compétence est un profane qui se trouve, face à son cocontractant professionnel, dans le même état d'ignorance et dans la même situation d'infériorité ou de faiblesse qu'un consommateur lambda¹⁹⁸. Ce déséquilibre entre les parties risque ainsi de le pousser à accepter des clauses abusives. Par conséquent, l'incompétence technique, à savoir le fait de conclure dans un domaine autre que celui de sa spécialité, serait donc le critère d'application du droit de la consommation, et plus particulièrement des clauses abusives.

Nous n'adhérons pas du tout à cette justification : la conception extensive du non-professionnel ou consommateur paraît, au contraire, pour plusieurs raisons, tout à fait inappropriée¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, (*Contrats conc. consom.* 1992, comm. 124, note G. RAYMOND ; *D.* 1992, somm. p. 401, obs. J. KULLMANN ; *D.* 1993, jur. p. 87, note G. NICOLAU ; *RTD com.* 1993, p. 154, obs. B. BOULOC) selon lequel lorsqu'un contrat concerne l'installation d'un système d'alarme échappant à la compétence professionnelle du commerçant contractant, celui-ci se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur ; il s'ensuit que le contrat principal est soumis à la loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage et que le contrat de crédit est soumis à la loi du 10 janvier 1978 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 1992 (*Contrats conc. consom.* 1993, comm. 21, note G. RAYMOND) qui fait application du droit en matière de démarchage à un artisan plombier chauffagiste ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1993 (*Contrats conc. consom.* 1993, comm. 62, note G. RAYMOND ; *D.* 1993, somm. p. 237, obs. G. PAISANT ; *JCP G* 1993, II, 22007, note G. PAISANT) qui applique à un groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) la loi sur le démarchage.

¹⁹⁶ Cass. com., 10 mai 198, *RTD com.* 1990, p. 89, obs. B. BOULOC ; Cass. com, 10 mai 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 155, note L. LEVENEUR ; *D.* 1995, somm. p. 89, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1995, art. 36024, p. 347, D. MAZEAUD ; Cass. crim., 27 juin 1989 ; *D.* 1989, IR, p. 252.

¹⁹⁷ Pour les auteurs favorables à la conception extensive, v. T. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia, Bruxelles, 1988, n° 19 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « L'élimination des clauses abusives en droit français, à l'épreuve du droit communautaire », *REDC* 1993, p. 67 ; R. MARTIN, « Le consommateur et les clauses abusives », *ADL* 1994, p. 680 ; J. MESTRE, obs. *RTD civ.* 1987, p. 537.

¹⁹⁸ Dans le même sens, v. not. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op.cit.*, n° 13 ; J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, chron. p. 260.

¹⁹⁹ En ce sens, v. not. J.-L. AUBERT, obs. *D.* 1988, somm. p. 407 ; A. SINAY-CYTERMANN, « Protection ou surprotection du consommateur », *JCP G* 1994, I, 3804, n° 15, pour qui la conception extensive du consommateur est excessive et confine à une surprotection critiquable ; D. Mazeaud, obs. préc. : le critère de compétence « pêche incontestablement par excès d'abstraction et de simplisme ».

B. Critique de la conception extensive

40. Plan. La conception extensive du non-professionnel ou consommateur fondée sur le critère de la compétence appelle des critiques pratiques (1) et théoriques (2).

1. Critiques pratiques

41. Insécurité juridique. La mise en œuvre du critère de la compétence n'est pas évidente : tout professionnel mérite-t-il une protection contre les clauses abusives dès lors qu'il conclut un contrat en dehors de sa spécialité, ou bien faut-il apprécier sa compétence *in concreto*, au cas par cas ? La première solution semble bien trop généraliste, et reposerait sur un postulat largement fictif. La seconde n'est guère plus convaincante car elle mène à une casuistique sans fin, l'appréciation des juges du fond étant fonction de la technicité propre du professionnel. Le résultat risque fort d'être aléatoire selon les juges qui statuent, aléa qui ruine la sécurité juridique en privant les contractants de la possibilité de savoir à l'avance le droit qui sera applicable à leur relation²⁰⁰.

42. Effet contreproductif²⁰¹. La conception extensive du non-professionnel ou consommateur fait du droit des clauses abusives un instrument de lutte contre toutes les inégalités contractuelles et l'on pourrait se féliciter *a priori* de ce que tous les contractants profanes soient traités de manière égalitaire. Néanmoins cela risque à terme de nuire aux « véritables » non-professionnels ou consommateurs. En effet, il apparaît souvent que plus le domaine d'application d'une notion s'étend, plus elle est appréciée strictement. Ainsi élargir le cercle des bénéficiaires de la protection contre les clauses abusives risque de priver ceux qui en ont le plus besoin d'un degré de protection élevé²⁰².

2. Critiques théoriques

43. Un postulat erroné. L'incompétence technique d'un contractant commanderait qu'il soit protégé contre les clauses abusives. Mais si tel était le cas, il faudrait réciproquement écarter de cette protection les consommateurs qui concluent un contrat dans leur domaine de

²⁰⁰ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 13.

²⁰¹ V. L. LEVENEUR, note *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 92, ainsi que du même auteur, note *Contrats conc. consom.* 1996, chron. 4 ; note *JCP G* 1994, II, 22334.

²⁰² C'est tout l'enjeu de la délimitation du champ d'application des clauses abusives : sur cette question, v. *supra* n° 11.

compétence²⁰³. Or, ce n'est pas du tout ce qui se passe en pratique : tout consommateur contractant dans sa sphère de compétence ou en dehors est protégé par l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Dès lors, il paraît douteux que l'incompétence technique soit le critère qui justifie le droit de la consommation en général, et la protection contre les clauses abusives en particulier.

En effet, la législation sur les clauses abusives, comme le droit de la consommation, semble plutôt reposer sur une présomption de faiblesse du non-professionnel ou consommateur vis-à-vis des professionnels²⁰⁴. Or, une telle présomption ne peut bénéficier au professionnel contractant en dehors de son activité. On devrait même présumer le contraire, puisqu'agissant dans un but professionnel, il devrait « porter à ses actes une attention plus grande que celui qui agit dans un but privé »²⁰⁵ et ne devrait pas être « aussi désarmé que le simple consommateur »²⁰⁶.

44. Brouillage des droits. Il est indéniable que la conception extensive du non-professionnel ou consommateur contribue à accroître, de manière significative, mais inappropriée, le champ d'application du droit des clauses abusives. En effet, elle crée une incertitude sur les frontières de ce droit²⁰⁷ vu qu'elle conduit à traiter un professionnel comme un consommateur, et à appliquer le droit de la consommation entre deux professionnels ! L'esprit consumériste de la législation sur les clauses abusives est alors mis à mal et la cohérence du droit de la consommation minée. Comme le souligne Monsieur Leveneur, il est « tout de même un peu fort que des professionnels, ayant agi à des fins professionnelles, arrivent à se faire passer pour des non-professionnels ! »²⁰⁸

Pire, la conception extensive permet *in fine* de lutter contre les clauses abusives dans tous les contrats, et notamment en droit commun. Certains s'en sont félicités, comme Monsieur Mestre, commentant en ces termes l'arrêt du 28 avril 1987 :

« C'est [...] à ce prix que la lutte contre les clauses abusives prendra sa véritable dimension et cessera enfin d'être une stérile bataille de tranchées opposant, de manière trop simpliste, le camp des consommateurs naïfs à celui des professionnels roués ! »²⁰⁹.

²⁰³ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 13 ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 34.

²⁰⁴ En ce même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 21.

²⁰⁵ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 13.

²⁰⁶ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 13.

²⁰⁷ D. MAZEAUD, « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », *Droit et Patrimoine* juin 1995, ét. p. 42.

²⁰⁸ L. LEVENEUR, note *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 84.

²⁰⁹ J. Mestre, obs. *RTD civ.* 1987, p. 537.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

C'est oublier qu'en droit français, il n'existe pas de principe général assurant l'équilibre du contrat²¹⁰, et que si le législateur intervient pour lutter contre tel ou tel déséquilibre, ce n'est que par exception. Dès lors, étendre la sanction des clauses abusives aux professionnels agissant en dehors de leur spécialité sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, c'est saper les principes du droit commun des contrats de manière sournoise, ce qui est inadmissible. Seule une réforme législative pourrait revenir sur un tel principe fondateur et poser une nouvelle dérogation à l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil²¹¹. C'est d'ailleurs ce qu'a fait, dans une certaine mesure, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui a modifié l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce en permettant au professionnel d'engager la responsabilité de son partenaire commercial lorsque ce dernier le soumet ou tente de le soumettre à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

C'est pourquoi nous ne pouvons que nous féliciter de l'abandon de la conception extensive, pour l'adoption d'une solution plus orthodoxe, appliquant l'article L. 132-1 du Code de la consommation uniquement dans les rapports de consommation.

§ 2. La consécration de la conception restrictive du non-professionnel ou consommateur : le critère objectif du rapport direct

45. Plan. Face aux vives critiques suscitées par la conception extensive, la jurisprudence a finalement décidé de l'abandonner au profit d'une conception restrictive du non-professionnel ou consommateur, consécration dont il faut retracer la genèse (A), avant d'explicitier le critère du rapport direct sur lequel elle se fonde (B).

A. Genèse de la conception restrictive

46. Un contexte favorable. La conception jurisprudentielle extensive du non-professionnel ou consommateur s'est trouvée de plus en plus isolée par la multiplication de positions contraires, ce qui a créé un contexte favorable à son abandon.

²¹⁰ V. *supra* n° 3.

²¹¹ Dans le même sens, v. L. Leveneur, note *Contrats, conc. consom.* 1994, comm. 84.

D'abord, les membres de la commission de refonte du droit de la consommation ont choisi de supprimer le vocable « non-professionnel » du champ d'application de ce droit²¹² en le justifiant de la sorte :

« La commission n'a pas voulu assimiler aux consommateurs les personnes qui agissant dans l'exercice de leur profession, contractent avec des professionnels de spécialité différente car si ces personnes sont parfois dans une situation qui ressemble à celle des consommateurs, une personne qui agit en professionnel, même en dehors de sa spécialité, se défend mieux qu'un simple consommateur »²¹³.

La commission rejette ainsi explicitement le critère de la compétence.

De même, la directive communautaire du 5 avril 1993 n'a pas repris à son compte la notion française de non-professionnel. Cela signifie que ceux qui contractent à titre professionnel, dans leur spécialité ou en dehors de celle-ci, sont « purement et simplement boutés hors du champ de la protection »²¹⁴. Néanmoins, il est vrai que, comme la directive se borne à un seuil minimum de protection, rien n'interdisait à la France de conserver une conception extensive.

Enfin, la Commission des clauses abusives a estimé, à son tour, que le droit des clauses abusives n'était pas invocable entre professionnels de spécialités différentes. En effet, le tribunal de commerce de Saint-Nazaire lui avait adressé une demande d'avis à propos d'une instance opposant deux sociétés ayant conclu un contrat d'entretien téléphonique. La société propriétaire de l'installation à entretenir avait soulevé le caractère abusif de la clause fixant à cinq ans la durée initiale de la convention, durée qu'elle jugeait excessive. Dans sa réponse du 14 septembre 1993²¹⁵, la Commission des clauses abusives estime qu'il n'y a pas lieu à avis :

« Considérant que la clause litigieuse est contenue dans un contrat conclu entre deux professionnels en vue de répondre à des besoins professionnels²¹⁶ ;
Considérant qu'il s'ensuit que les conditions requises pour que la Commission des clauses abusives ait à donner un avis ne sont pas remplies ».

Il semble que la Cour de cassation a entendu toutes ces voix concordantes en consentant enfin à un revirement de jurisprudence.

47. La consécration judiciaire de la conception restrictive. Un arrêt est traditionnellement cité comme étant la première étape de l'abandon de la conception

²¹² *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., p. 12 ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., p. 17, art. 3 (consommateur) ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., art. L. 3 (consommateur).

²¹³ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., p. 12. Nous soulignons.

²¹⁴ D. Mazeaud, art. préc., spéc. n° 30.

²¹⁵ Avis n° 94-02 relatif à un contrat d'entretien téléphonique, 14 septembre 1993, *BOCCRF* 30/05/1995, *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 92, L. Leveneur ; *Defrénois* 1994, art. 35891, p. 1132, D. MAZEAUD.

²¹⁶ Nous soulignons.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

extensive du non-professionnel ou consommateur dans l'application des clauses abusives. Il s'agit de l'arrêt de la première chambre civile en date du 24 novembre 1993²¹⁷ dans lequel la Cour de cassation refuse l'application de la loi du 10 janvier 1978 au contrat de vente de plants souscrit par un arboriculteur auprès d'un pépiniériste aux motifs qu'il s'agit en l'espèce, d'un contrat conclu entre des professionnels. Mais il est douteux que cet arrêt remette en cause la jurisprudence de 1987²¹⁸, car en l'espèce, le professionnel avait conclu une convention dans son domaine de spécialité, il ne pouvait donc pas, à ce titre, se prévaloir de la conception extensive²¹⁹.

C'est dans l'arrêt du 24 janvier 1995²²⁰ que la Cour de cassation abandonne définitivement le critère subjectif de l'incompétence pour consacrer le critère objectif du rapport direct. En l'espèce, il s'agissait d'un professionnel, une société d'imprimerie, qui agissait bien en dehors de sa spécialité, en concluant un contrat d'approvisionnement en électricité. Il est intéressant de noter qu'ici, la cour d'appel avait refusé l'application des clauses abusives en se fondant sur le critère de la compétence : elle estimait, en effet, au terme d'une appréciation *in concreto*, que la société d'imprimerie disposait d'un personnel d'encadrement compétent dans le domaine juridique. Le pourvoi lui plaidait en faveur d'une appréciation *in abstracto* de la compétence soutenant que mérite protection tout professionnel qui contracte hors de sa sphère habituelle d'activité. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre la décision de la cour d'appel, mais en opérant une substitution de motifs :

« Mais 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 cocontractant ; que, par ces motifs substitués, la décision se trouve légalement justifiée »²²¹.

En résumé, le professionnel qui conclut un contrat ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle qu'il exerce ne peut pas bénéficier de la protection contre les clauses

²¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 1993, L. LEVENEUR, « Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité », *Contrats conc. consom.* 1994, chron. 3 ; *Deffrénois* 1994, art. 35845, p. 818, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 1994, II, 22334, note L. LEVENEUR.

²¹⁸ Dans le même sens, v. L. Leveueur, chron. préc. ; G. PAISANT, obs. *D.* 1994, somm. p. 236.

²¹⁹ Un autre arrêt est souvent cité, à tort lui aussi, comme abandonnant la conception extensive en matière de démarchage à domicile, v. Cass. 1^{ère} civ., 2 février 1994 (*Contrats conc. consom.* 1994, comm. 90, note G. RAYMOND ; *D.* 1994, somm. p. 236, obs. G. Paisant) dans lequel un boulanger qui s'est porté acquéreur d'un distributeur automatique de glace « pour étendre le champ de son activité professionnelle » n'a pas été admis à exercer le droit de repentir offert au consommateur par la loi du 22 décembre 1972.

²²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1995, *Bull. civ.* I, n° 54 ; *Contrats conc. consom.* 1995, comm. 84, note L. LEVENEUR ; *D.* 1995, somm. p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 1995, somm. p. 310, obs. J.-P. PIZZIO ; *D.* 1995, p. 327, note G. PAISANT ; *JCP G* 1995, I, 3893, n° 28, obs. G. VINEY ; *LPA* 5 juillet 1995, p. 22, obs. J. HUET ; *RTD civ.* 1995, p. 362, obs. J. MESTRE.

²²¹ Nous soulignons.

abusives ; *a contrario*, un professionnel qui conclurait un contrat sans rapport direct avec son activité professionnelle pourrait s'en prévaloir.

Encore fallait-il savoir quand un contrat a ou n'a pas de rapport direct avec l'activité professionnelle. Mais cette question risquait de ne pas être fondamentale, étant donné que la loi du 1^{er} février 1995 a fait craindre un retour à une conception extensive du non-professionnel.

48. La crainte d'un retour à une conception extensive : la loi du 1^{er} février 1995. À la suite de la directive du 5 avril 1993, les autorités françaises ont eu la volonté de réformer la matière des clauses abusives en vue de la mettre en totale conformité avec le droit communautaire. Les attentes étaient alors particulièrement fortes quant au sort des notions de non-professionnel ou consommateur, étant donné que leur appréhension était, depuis 1978, incertaine, et que la jurisprudence venait de modifier sa position en adoptant une conception restrictive²²².

Bien que la directive communautaire ne retienne pas la notion française de non-professionnel, le projet de loi²²³ proposait de conserver l'expression « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ». Lors de sa discussion, quelques parlementaires ont émis des réserves sur le maintien de la notion de non-professionnel²²⁴, mais la majorité y semblait plutôt favorable²²⁵. C'est pourquoi la loi du 1^{er} février 1995²²⁶ réorganise la lutte contre les clauses abusives « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs » (article L. 132-1, al. 1^{er}).

Beaucoup d'auteurs ont alors vertement critiqué cette solution, jugeant que la controverse sur le sens des expressions « non-professionnel » et « consommateur » n'était pas réglée et

²²² D. Mazeaud, art. préc., spéc. n° 30 : « Il résulte de cette jurisprudence une irritante incertitude et une grave insécurité juridique pour les contractants professionnels quant à l'efficacité des clauses qu'ils insèrent dans leurs contrats. Ainsi pouvait-on espérer qu'une fois pour toutes le législateur prenne clairement et nettement parti sur cette lancinante question ».

²²³ Projet de loi n° 28 concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, *JO Sénat* 1994-1995.

²²⁴ « Il serait plus simple de s'en tenir aux deux catégories de la directive », Intervention de M. A. LAMBERT, lors de la discussion et de l'adoption du projet de loi, *Compte rendu intégral*, séance du 15 novembre 1994, *JO Sénat* 1994, p. 5557.

²²⁵ J.-P. CHARIÉ, *Rapport* n° 1775 préc. ; A. FOSSET, *Rapport* n° 64 préc. ; Intervention de E. ALPHANDÉRY, Ministre de l'Économie, lors de la discussion et de l'adoption du projet de loi, *Compte rendu intégral*, séance du 15 novembre 1994, *JO Sénat* 1994, p. 5557 ; Intervention de Ph. MARINI, membre du groupe RPR, lors de la discussion et de l'adoption du projet de loi, *Compte rendu intégral*, séance du 15 novembre 1994, *JO Sénat* 1994, p. 5557.

²²⁶ L. 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.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

que l'hésitation entre conception extensive ou restrictive allait continuer à prospérer²²⁷. Cependant, s'il est vrai que la controverse n'a pas été tranchée de manière explicite dans la loi du 1^{er} février 1995 elle-même – et c'est regrettable –, la lecture de ses travaux préparatoires indique clairement que le législateur est favorable à une conception extensive²²⁸ :

« L'al. 1 de l'art. L. 132-1 Code de la consommation vise "tous les contrats conclus entre un professionnel, d'une part, et un non-professionnel ou un consommateur, d'autre part". Cette rédaction permet de viser non seulement les consommateurs qui ont besoin d'une réelle protection, mais également les professionnels qui contractent dans un domaine qui leur est parfaitement étranger. La frontière entre un non-professionnel et un commerçant est parfois difficile à établir, notamment lorsqu'il s'agit d'un commerçant qui contracte pour les besoins de son commerce, mais en dehors de sa technicité propre. Cette appréciation appartient aux juges du fond »²²⁹ ;

« Il est évident que les contrats peuvent être conclus par des professionnels avec des consommateurs, mais aussi par un artisan ou une personne dont l'activité professionnelle n'est pas spécifiquement concernée par ledit contrat²³⁰. Si nous ne visions pas les "non-professionnels", ces contrats pourraient apparaître comme exclus du champ d'application de la loi »²³¹ ;

²²⁷ En ce sens, v. R. MARTIN, « La réforme des clauses abusives. Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *ADL* 1995, p. 879, spéc. n° 8 : « Dans la nouvelle loi demeure la controverse sur l'extension de la protection au professionnel qui contracte hors de la technique de sa profession et la jurisprudence favorable à cette protection qui s'est développée » ; D. Mazeaud, art. préc., spéc. n° 31 : « La loi nouvelle est restée muette sur la question des bénéficiaires de la protection contre les clauses abusives. Reste, alors, à s'interroger sur le sens et les conséquences d'un tel silence. [...] Par les conséquences qu'il emporte, ce silence de la loi a l'allure d'une dérobade. Ce faisant, il délègue finalement à la jurisprudence le soin de déterminer le domaine de la protection contre les clauses abusives et de décider si et à quelles conditions, les professionnels peuvent en bénéficier. Autant dire que le silence de la loi fait perdurer les incertitudes jurisprudentielles en la matière » ; G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99, spéc. n° 16 : « Au lieu de se clore, la controverse est donc relancée. La suppression de la référence aux non-professionnels aurait permis tout à la fois de faire l'économie des incertitudes dans lesquelles on se retrouve plongé et de renforcer l'aspect consumériste de la lutte contre les clauses abusives en réservant le bénéfice de la loi à ceux ne contractant que pour la satisfaction de besoins personnels, domestiques ou familiaux » ; G. RAYMOND, note *Contrats, conc. consom.* 1995, comm. 56 : « Faut-il entendre cette notion dans son sens extensif ou faut-il restreindre la notion de consommateur à celui qui n'agit pas à titre professionnel ? la loi nouvelle ne permet en rien de trancher le débat et il est vraisemblable que la notion extensive continuera à prévaloir ».

²²⁸ Pour une analyse similaire des travaux préparatoires, v. C. DANGLEHANT, « Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », *D.* 1995, p. 127 : « Le législateur a fait le choix implicite de la notion extensive de consommateur. Au lieu de maintenir la même définition qu'en 1978, le législateur aurait pu adopter la définition stricte de la directive. Ce choix montre que le législateur n'a pas voulu limiter la protection contre les clauses abusives au seul consommateur entendu comme celui qui n'agit pas dans le cadre de sa profession. Cette protection peut être également étendue aux professionnels qui agissent pour les besoins de leur profession mais en dehors de leurs compétences professionnelles ; le terme « non-professionnel » employé par la loi pouvant dès lors être appliqué à ces derniers » ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *JCP G* 1995, I, 3854 : « Les travaux préparatoires semblent montrer que la volonté du législateur a été de protéger les professionnels dans le cadre de leur activité mais hors des compétences générales nécessaires à la conduite de leur commerce ».

²²⁹ A. Fosset, *Rapport* n° 64 préc..

²³⁰ Nous soulignons.

²³¹ Intervention de E. Alphandéry, préc..

« [La notion de non-professionnel] permet de prendre en compte la situation d'un professionnel concluant un contrat pour ses besoins personnels²³² ou dans le cadre de son activité personnelle mais hors de sa spécialité²³³ »²³⁴.

Le législateur ayant tranché en faveur d'une conception extensive du non-professionnel, nous ne pouvions que craindre que celle-ci retrouve toute sa vigueur en jurisprudence²³⁵. Ce n'est heureusement pas ce qui est advenu.

49. La confirmation jurisprudentielle de la conception restrictive. La jurisprudence a, malgré tout, maintenu une conception restrictive du non-professionnel ou consommateur. Le premier arrêt en ce sens est celui de la première chambre civile du 21 février 1995²³⁶. Néanmoins, ce n'est pas le critère du rapport direct qui y est appliqué, mais celui des besoins professionnels. En l'espèce, un commerçant se fait voler un véhicule qu'il a loué. Il cherche alors à contester, sur le fondement des clauses abusives, une clause du contrat de location mettant le vol à la charge du locataire. En vain, puisque la Cour de cassation estime que « la cour d'appel en a justement déduit que le contrat signé par un commerçant pour les besoins de son commerce échappait à l'application de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 qui ne concerne que les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs ».

La première chambre civile est ensuite revenue au critère du rapport direct et n'a pas cessé de le marteler dans le domaine des clauses abusives²³⁷, comme d'ailleurs dans d'autres

²³² Cette formulation est étonnante car le « professionnel concluant un contrat pour ses besoins personnels » n'est pas un non-professionnel mais un consommateur.

²³³ Nous soulignons.

²³⁴ J.-P. Charié, *Rapport* n° 1775 préc.. Nous soulignons.

²³⁵ *Contra*, v. des auteurs qui se sont réjouis de l'application des clauses abusives au professionnel agissant en dehors de leur spécialité, J. BEAUCHARD, « Remarques sur le Code de la consommation », *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, 1995, p. 9 s. ; C. Danglehant, art. préc. ; J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, art. préc. ; D. MAZEAUD, « Droit commun du contrat et droit de la consommation », *Mélanges Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 707 s. ; J. MESTRE, obs. *RTD civ.* 1996, p. 609.

Allant plus loin, un auteur propose même d'étendre les règles protectrices à tous les contractants « économiquement faibles » (J.-P. Chazal, art. préc.).

²³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 21 février 1995, *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 84, note L. LEVENEUR ; *JCP E* 1995, II, 728, note G. PAISANT.

²³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, *Bull. civ.* I, n° 9 et 30 janvier 1996, *Bull. civ.* I, n° 55, *Contrats conc. consom.* 1996, chron. 4, note L. LEVENEUR ; *D.* 1996, p. 228, note G. PAISANT ; *D.* 1996, somm. p. 325, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1996, p. 766, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 1996, I, 3929, n° 1 s., obs. Fr. LABARTHE ; *JCP G* 1996, II, 22654, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1996, p. 609, obs. J. MESTRE ; Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, *Bull. civ.* I, n° 318 ; *Contrats conc. consom.* 1996, comm. 157, note G. RAYMOND ; *D.* 1997, somm. p. 173, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, p. 609, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1997, p. 308, obs. B. BOULOC ; *RJDA* 12/96 n° 1549 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, *Bull. civ.* I, n° 377, *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 12, note G. RAYMOND ; *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 23, note L. LEVENEUR ; *D.* 1997, IR p. 4 ; *RJDA* 3/97 n° 433 ; Cass. 1^{ère} civ., 18 février 1997, *RD bancaire et Bourse* 1997, p. 115, obs. F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, *Bull. civ.* I, n° 322, *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 21, note L. LEVENEUR ; Cass. 1^{ère} civ., 23 février 1999, *D.* 1999, inf. rap.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

matières du droit de la consommation²³⁸. Elle a été suivie en cela par la deuxième chambre civile²³⁹ et la chambre commerciale²⁴⁰ qui ont aussi adopté le critère du rapport direct.

On ne peut que se réjouir du maintien de la conception restrictive du non-professionnel²⁴¹ car elle est porteuse de sécurité juridique en respectant non seulement la cohérence du droit de la consommation, qui n'a pas vocation à s'appliquer aux professionnels, mais aussi son objectif, à savoir un niveau de protection élevé des « véritables » non-professionnels ou consommateurs²⁴².

B. Contenu du critère du rapport direct

50. Plan. Pour saisir le contenu du critère du rapport direct, il faut confronter son sens théorique (1) à ses applications jurisprudentielles (2).

1. Le sens théorique du critère du rapport direct

51. Origine du critère du rapport direct. Vraisemblablement, la Cour de cassation a emprunté le critère du rapport direct à un autre domaine du droit de la consommation, puisqu'elle reprend une formule légale employée à l'article L. 121-22, 4°, du Code de la

p. 82 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 78, *JCP* 2002, II, 10123, note G. PAISANT ; *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. 118, note L. LEVENEUR ; *D.* 2002, p. 2052 ; *Gaz. Pal.* 2003, somm. p. 1188, obs. D. GUEVEL ; *RTD civ.* 2002, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 2002, *Bull. civ. I*, n° 143 ; *Gaz. Pal.* 2003, somm. 1189, obs. D. GUEVEL ; *LPA* 25 mars 2003, obs. D. ROBINE ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. J. MESTRE ; Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, J. CALAIS-AULOY, « Une personne morale peut-elle bénéficier de la protection contre les clauses abusives ? », *RLDC* 2005/17, p. 5 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 100, note G. RAYMOND ; *D. aff.* 2005, AJ, 887, obs. C. RONDEY ; *D.* 2005, jur. p. 1948, obs. A. BOUJEKA ; *JCP E* 2005 p. 769, note D. BAKOUCHE ; *RTD civ.* 2005, p. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, *Contrats conc. consom.* 2005, comm. 215, note G. RAYMOND ; *RDC* 2006/2, p. 359, obs. M. BRUSHI.

²³⁸ V. not. en mat. de démarchage, Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 1996, *JCP G* 1996, II, 22747, note G. PAISANT ; *RTD com.* 1997, p. 306, obs. B. BOULOC ; Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2001, *Bull. civ. I*, n° 209 ; *D.* 2001, p. 2828, obs. C. RONDEY ; *D.* 2002, somm. p. 932, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP G* 2002, I, 148, n° 1, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD civ.* 2001, p. 873, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2002, p. 146, obs. B. BOULOC.

²³⁹ Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004, *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 76, note L. LEVENEUR ; *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 100, note G. RAYMOND ; *D. aff.* 2004, AJ p. 1018, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2004, II, 10106, note D. BAKOUCHE ; Cass. 2^{ème} civ., 19 février 2009, n° 08-15.727.

²⁴⁰ Cass. com., 23 novembre 1999, *JCP G* 2000, II, 10326, note J.-P. CHAZAL ; *JCP E* 2000, 463, note Ph NEAU-LEDUC ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 25, note L. LEVENEUR : la formulation retenue par la chambre commerciale semble s'écarter quelque peu du critère du rapport direct car elle exclut l'application des clauses abusives « entre deux commerçants dans le cadre de relations professionnelles habituelles ». Cependant, des arrêts non publiés adoptent explicitement le critère du rapport direct, v. Cass. com. 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 96-20.962 ; 14 mars 2000, *RJDA* 2000/5, n° 608 ; 13 mars 2001, pourvoi n° 98-21.912 ; 1^{er} octobre 2002, pourvoi n° 00-16.005.

²⁴¹ Dans le même sens, v. not. L. LEVENEUR, « Contrats entre professionnels et législation sur les clauses abusives », *Contrats, conc. consom.* 1996, chron. 4 ; G. Paisant, note préc..

²⁴² En ce sens, v. *supra* n° 13.

consommation. Ce texte prévoit que ne sont pas soumises aux dispositions protectrices contre le démarchage²⁴³ « 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 ».

Néanmoins, l'idée de faire une distinction en fonction de la nature du lien unissant l'acte conclu à la profession exercée avait déjà été émise en doctrine, et il semble qu'on puisse en attribuer la paternité à Olivier Carmet²⁴⁴ :

« Ne conviendrait-il pas de distinguer l'acquisition pour les besoins directs de cette activité, des opérations conclues dans le cadre de la profession mais qui n'entretiennent avec l'objet de celle-ci qu'une relation indirecte ? une entreprise achetant un produit pour le revendre avec ou sans transformation, un dentiste acquéreur d'un bloc dentaire, contractent dans des conditions particulières. Le maintien souhaitable de bonnes relations entre fournisseurs et clients, les obligations accessoires, le service après-vente que le vendeur prend en charge, rendent moins probable l'imposition de clauses abusives »²⁴⁵.

Mais connaître l'origine du critère du rapport ne renseigne guère sur son sens, vu qu'aucune définition légale n'en est donnée à l'article L. 121-22, 4°.

52. Sens du critère du rapport direct. *A priori*, il est possible de concevoir deux acceptions du critère du rapport direct. La première, subjective, consisterait à apprécier le rapport direct en fonction de la compétence et de l'expérience du professionnel tandis que la seconde, objective, supposerait de s'intéresser au lien existant entre le contrat conclu et l'activité professionnelle du contractant qui se plaint de clauses abusives. Certains auteurs ont craint que la conception subjective ne prévale :

« Le contrat qui échappe à la compétence professionnelle de l'intéressé et qui fait que ce dernier est placé dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur n'est-il pas tout simplement celui qui n'a pas de rapport direct avec l'activité exercée ? »²⁴⁶

Il paraît néanmoins peu vraisemblable que la Cour de cassation ait eu en tête l'interprétation subjective qui revient, en pratique, à faire application du critère de la compétence que, précisément, elle cherchait à remplacer en instaurant celui du rapport direct.

²⁴³ Art. L. 121-23 à L. 121-28 c. consom..

²⁴⁴ Dans le même sens, v. J.-P. Chazal, chron. préc..

²⁴⁵ O. CARMET, « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD com.* 1982, p. 1, spéc. p. 10. Nous soulignons.

V. aussi J.-L. AUBERT, obs. *D.* 1988, somm. p. 407; G. Raymond, note *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 90, proposant d'utiliser le concept de cause impulsive et déterminante pour remplacer ou illustrer le critère du lien direct.

²⁴⁶ G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., n° 16.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

Le critère du rapport direct doit donc plutôt être pensé de manière objective²⁴⁷, comme la jurisprudence l'a ensuite confirmé²⁴⁸. En cela, il consiste à étudier le lien entre l'objet de la convention et la profession exercée, à scruter la finalité du contrat²⁴⁹. Ainsi, toute finalité professionnelle rend inapplicable la législation sur les clauses abusives. Dans ce sens, le critère du rapport direct nous paraît très proche de celui des « besoins professionnels »²⁵⁰, que la Cour de cassation a utilisé une seule fois²⁵¹, en matière de clauses abusives. Ainsi, comme s'interroge Monsieur Leveneur, « comment un contrat conclu par un professionnel, en vue de satisfaire ses besoins professionnels, n'aurait-il pas de rapport direct avec sa profession ? et inversement, comment pourrait-il en avoir s'il n'a pas été passé pour répondre à de tels besoins ? »²⁵²

Reste alors à déterminer quand le contrat a ou n'a pas de rapport direct avec l'activité professionnelle exercée. En théorie, il semble qu'il y ait finalité professionnelle dès que la convention sert à l'acquisition d'un bien ou d'un service destiné à la réalisation de son activité professionnelle ; qu'elle permet, facilite ou étend l'activité professionnelle²⁵³ ; qu'elle attire ou accroît la clientèle ou améliore la gestion de l'activité²⁵⁴. En revanche, seraient dépourvus de finalité professionnelle les contrats portant « sur des opérations se situant en marge de l'activité professionnelle exercée, en ce sens qu'elles ne sont pas du type de celles qu'un professionnel de la même spécialité est normalement amené à conclure dans la conduite de son activité »²⁵⁵, des actes qui ne seraient donc pas indispensables à la réalisation de l'activité professionnelle²⁵⁶. Mais la jurisprudence semble s'écarter de ces distinctions, pour retenir qu'une convention, dès lors qu'elle est conclue par un professionnel, a nécessairement un rapport direct avec son activité de telle sorte que l'application des clauses abusives est inenvisageable.

²⁴⁷ En ce sens, v. L. Leveneur, « Contrats entre professionnels et législation sur les clauses abusives », chron. préc..

²⁴⁸ V. les décisions citées *infra* n° 53 s..

²⁴⁹ Dans le même sens, v. M. BRUSHI, obs. *RDC* 2006/2, p. 359 ; *Concurrence Consommation*, 2013-2014, Éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2013, n° 3560.

²⁵⁰ *Contra* G. Paisant, « A la recherche du consommateur », art. préc. n° 17, qui distingue rapport direct et besoins professionnels pour préférer le second.

²⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 21 février 1995, préc..

²⁵² L. Leveneur, note *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 84.

²⁵³ Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc., n° 17 ; *Concurrence Consommation*, *op. cit.*, n° 3560.

²⁵⁴ G. Paisant, art. préc., n° 17.

²⁵⁵ G. Paisant, art. préc., n° 17.

²⁵⁶ V. not. N. Sauphanor, th. préc., n° 141 s..

2. Les applications jurisprudentielles du critère du rapport direct

53. L'application du critère du rapport direct en matière de clauses abusives. Du fait de son caractère peu explicite, on a pu craindre que le critère du rapport engendre discussions, divergences jurisprudentielles et même insécurité juridique²⁵⁷. D'ailleurs des études sur son application²⁵⁸, recensant des arrêts rendus aussi bien en matière de clauses abusives qu'en matière de démarchage ou de crédit à la consommation, montrent combien il a donné lieu à des décisions contradictoires dans ces divers domaines. Il peut sembler incohérent qu'un même critère suscite des interprétations différentes selon le domaine du droit de la consommation concerné, mais ce serait oublier que la Code de la consommation n'est qu'une œuvre de codification à droit constant, qui rassemble des textes préexistants n'ayant pas vocation à avoir les mêmes critères d'application ou à être interprétés de manière similaire. Par ailleurs, l'analyse de la seule jurisprudence relative aux clauses abusives permet de dresser un tableau beaucoup plus apaisé de sa mise en œuvre en la matière.

54. Le critère du « rapport direct » et les juges du fond. Dans le cadre de cette étude, nous nous en tiendrons à la jurisprudence des cours d'appels, et notamment aux arrêts consultables sur le site Internet de la Commission des clauses abusives²⁵⁹. Sur une petite quarantaine de décisions qui mettent en œuvre le critère du rapport direct²⁶⁰, trente-deux retiennent que le lien direct est caractérisé, ce qui interdit l'application de la législation relative aux clauses abusives²⁶¹, et seulement cinq jugent le rapport indirect de telle sorte que

²⁵⁷ Dans le même sens, v. L. Leveueur, note préc..

²⁵⁸ V. not. ces deux synthèses, X. HENRY, « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », *D.* 2003, chron. p. 2557 ; G. Paisant, art. préc..

²⁵⁹ http://www.finances.gouv.fr/cloauses_abusives/.

²⁶⁰ Il arrive que les juridictions du fond usent parfois d'un autre critère que celui du rapport direct. Nous relevons seize décisions en ce sens parmi les arrêts consultables sur le site Internet de la Commission des clauses abusives. Certaines appliquent encore le critère de la compétence : CA Paris, 29 mars 1995 ; CA Dijon, 23 mars 2000 ; CA Pau, 19 juin 2002 ; CA Reims, 19 mai 2005 ; CA Paris, 9 septembre 2004 ; CA Lyon, 23 juin 2005. D'autres vérifient si les contrats ont été conclus « dans le cadre de l'activité professionnelle » (CA Riom, 2 octobre 1996 ; CA Aix-en-Provence, 19 mars 2004) ou à « des fins professionnelles » (CA Grenoble, 18 janvier 1996 ; CA Aix-en-Provence, 21 septembre 1995), pour des « besoins professionnels » (CA Paris, 6 décembre 2002 ; CA Paris, 2 mai 2003 ; CA Colmar, 15 février 2006).

²⁶¹ CA Aix-en-Provence, 23 mars 2003 ; 10 décembre 2008 ; CA Grenoble, 16 décembre 1996 ; 27 septembre 2001 ; 11 octobre 2001 ; 26 février 2004 ; CA Lyon, 18 septembre 1998 ; 26 juin 2002 ; 5 novembre 2003 ; CA Montpellier, 11 décembre 2002 ; CA Nîmes, 24 octobre 2002 ; 20 février 2003 ; CA Orléans, 4 mai 2000 ; 24 décembre 2003 ; CA Paris, 14 juin 1996 ; 19 décembre 1996 ; 14 octobre 1997 ; 2 juillet 1998 ; 2 septembre 1999 ; 17 septembre 1999 ; 16 juin 2000 ; 1^{er} février 2002 ; 29 mai 2002 ; 26 novembre 2002 ; 4 février 2003 ; 19 février 2003 ; CA Rennes, 10 avril 1996 ; 11 septembre 1998 ; 18 janvier 2002 ; CA Rouen, 1^{er} février 1996 ; CA Versailles, 16 septembre 1999 ; 9 novembre 2001.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

la protection contre les clauses abusives peut valablement jouer²⁶². Un premier enseignement découle de ce constat : il existe, chez les juges du fond, un mouvement majoritaire de sévérité dans l'appréciation du rapport direct qui conduit fréquemment à exclure la protection contre les clauses abusives.

En outre, l'étude du panel de décisions révèle qu'elles sont plus concordantes que discordantes. Certes, quelques arrêts sont contradictoires. Ainsi concernant des contrats relatifs à l'acquisition, la location ou l'entretien de photocopieurs, un avocat²⁶³ et un collègue²⁶⁴ ont pu bénéficier de la protection contre les clauses abusives tandis qu'un cabinet de conseil²⁶⁵ et un centre d'information pour la jeunesse²⁶⁶ se sont vus refuser ce droit. De même, concernant des contrats conclus pour la surveillance des locaux professionnels, un conseiller en économie de la construction²⁶⁷ et un avocat²⁶⁸ ont pu se prévaloir des clauses abusives, alors qu'un restaurateur²⁶⁹, un négociant en vin²⁷⁰, un commerçant²⁷¹, une société exploitant plusieurs bijouteries²⁷², un commerce de papeterie-presse²⁷³ ou de tabac-presse²⁷⁴, un pharmacien²⁷⁵ et un médecin²⁷⁶ ont été privés de cette possibilité. Cependant, dans bien d'autres domaines, toutes les décisions recensées retiennent invariablement l'existence d'un rapport direct empêchant la mise en œuvre des clauses abusives²⁷⁷. Ainsi pour les contrats d'installation et de maintenance de matériel informatique, la législation sur les clauses abusives a été jugée inapplicable à un syndicat de professionnels de l'immobilier²⁷⁸, à un

²⁶² CA Aix-en-Provence, 26 mai 2005, *Contrats conc. consom.* 2006, comm. 54, note G. RAYMOND : notons néanmoins que dans cette espèce, il s'agissait d'un usage mixte, le contrat de télésurveillance ayant été conclu pour la protection d'une villa abritant à la fois la résidence principale et le cabinet d'avocat de la contractante ; CA Grenoble, 18 août 1999 ; CA Nancy, 10 mai 2000 ; CA Nîmes, 20 juin 2002 ; CA Versailles, 21 janvier 2005.

²⁶³ CA Grenoble, 18 août 1999.

²⁶⁴ CA Nîmes, 20 juin 2002.

²⁶⁵ CA Paris, 14 octobre 1997.

²⁶⁶ CA Montpellier, 11 décembre 2002.

²⁶⁷ CA Versailles, 21 janvier 2005.

²⁶⁸ CA Aix-en-Provence, 26 mai 2005.

²⁶⁹ CA Paris, 19 décembre 1996.

²⁷⁰ CA Lyon, 26 juin 2002.

²⁷¹ CA Lyon, 18 septembre 1998.

²⁷² CA Grenoble, 26 février 2004.

²⁷³ CA Grenoble, 27 septembre 2001.

²⁷⁴ CA Orléans, 24 décembre 2003. V. dans le même sens pour un buraliste, CA Paris, 26 novembre 2002.

²⁷⁵ CA Paris, 17 septembre 1999 ; CA Nîmes, 24 octobre 2002.

²⁷⁶ CA Rennes, 18 janvier 2002.

²⁷⁷ En plus des exemples cités en texte, le rapport a été jugé direct et la protection contre les clauses abusives n'a pas été accordée à un restaurateur pour un contrat de location de friteuse (CA Rouen, 1^{er} février 1996) ; à un commerçant pour son bail commercial (CA Grenoble, 16 décembre 1996) ; à un lotisseur (entreprise de construction) pour une promesse de vente destinée à la réalisation d'une opération immobilière (CA Paris, 2 juillet 1998) ; à une pharmacie pour un contrat de location d'afficheur cyclique diffusant des publicités (CA Paris, 4 février 2003) et au gérant d'une société pour un contrat de prêt de véhicule (CA Lyon, 5 novembre 2003).

²⁷⁸ CA Paris, 2 septembre 1999.

établissement bancaire²⁷⁹, à une entreprise vendant des machines destinées à l'industrie de la boulangerie²⁸⁰, à un chirurgien-dentiste²⁸¹ et à une orthophoniste²⁸². De même, un contractant transmettant des ordres floraux²⁸³, un agent immobilier²⁸⁴, une entreprise de photocomposition numérique²⁸⁵ ou un restaurateur²⁸⁶ n'ont pu voir reconnaître le caractère abusif des clauses contenues dans les contrats de location, d'installation ou d'entretien d'appareils téléphoniques qu'ils avaient souscrits en vue de leur activité professionnelle. Pareillement, un éleveur de volaille²⁸⁷ ou une entreprise piscicole²⁸⁸ n'ont pas pu contester les clauses de leurs contrats de fourniture de gaz ou d'électricité sur le terrain des clauses abusives. Enfin, des commerçants ne peuvent prétendre à la protection contre les clauses abusives pour nier des clauses de leur contrat de location de lecteur de chèques²⁸⁹.

Enfin, les cinq décisions étudiées qui retiennent l'absence de rapport direct ne nous paraissent pas pertinentes au regard du sens théorique du critère du rapport direct²⁹⁰. En effet, dans ces arrêts, le lien indirect « tient seulement au fait que la prestation contractuelle est étrangère à la nature de l'activité exercée »²⁹¹. Ainsi, par exemple, l'installation d'un photocopieur est sans rapport avec l'activité de conseil juridique d'un avocat²⁹². Par ce biais, les juridictions réinstaurent, de manière implicite, le critère de la compétence, ce qui n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Au contraire, les arrêts qui caractérisent l'existence d'un rapport direct le justifient par les « motivations commerciales qui ont conduit le professionnel à contracter »²⁹³. Ces arrêts scrutent donc bien la finalité professionnelle de l'acte, qui est l'essence même du critère objectif du rapport direct.

Ce courant majoritaire au sein des juridictions du fond est d'ailleurs conforme à la position soutenue par la Cour de cassation.

55. Le critère du « rapport direct » et la Cour de cassation. La Cour de cassation estime, en principe, que les juges du fond apprécient le critère du rapport direct sous son

²⁷⁹ CA Paris, 19 février 2003.

²⁸⁰ CA Aix-en-Provence, 23 mars 2003.

²⁸¹ CA Versailles, 9 novembre 2001.

²⁸² CA Aix-en-Provence, 10 décembre 2008.

²⁸³ CA Versailles, 16 septembre 1999.

²⁸⁴ CA Paris, 16 juin 2000.

²⁸⁵ CA Paris, 29 mai 2002.

²⁸⁶ CA Nîmes, 20 février 2003.

²⁸⁷ CA Rennes, 10 avril 1996 (électricité) ; CA Rennes, 11 septembre 1998 (gaz).

²⁸⁸ CA Paris, 14 juin 1996 (électricité).

²⁸⁹ CA Orléans, 4 mai 2000 ; CA Grenoble, 11 octobre 2001.

²⁹⁰ V. *supra* n^{os} 51 s..

²⁹¹ G. Paisant, art. préc., n^o 11.

²⁹² CA Grenoble, 18 août 1999.

²⁹³ G. Paisant, art. préc., n^o 11.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

contrôle. Cela est visible à la lecture des arrêts de rejet, lorsqu'elle retient qu'une cour d'appel qualifiant l'existence du rapport direct pour écarter l'application des clauses abusives « a légalement justifié sa décision »²⁹⁴ ou l'a fait « à bon droit »²⁹⁵, ces expressions étant bien connues pour révéler la réalité du contrôle et l'approbation de la Cour²⁹⁶. Cela ressort aussi des arrêts de cassation, dans lesquels elle substitue son appréciation, à savoir la qualification d'un rapport direct, à celle des juges du fond, qui ne l'avaient pas retenu²⁹⁷, ce qui révèle, une nouvelle fois, la consistance de son contrôle²⁹⁸.

Il semble, néanmoins, que la Cour de cassation ait modifié sa position et qu'elle soit en train d'abandonner progressivement le contrôle du rapport direct, pour le laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans ce cas, elle effectue néanmoins un contrôle strict de leur motivation. Plusieurs arrêts peuvent être cités en ce sens²⁹⁹.

²⁹⁴ V. par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, préc. : « La cour a caractérisé ce rapport direct et a ainsi légalement justifié sa décision » ; Cass. 1^{ère} civ., 23 février 1999, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 18 février 1997, préc. : « La cour d'appel, qui a constaté, par motifs propres et adoptés, que l'emprunt avait été souscrit par la société pour les besoins de sa trésorerie, a, par ces motifs, légalement justifié sa décision d'écarter l'application à la cause de la législation relative aux clauses abusives ».

²⁹⁵ V. par exemple, Cass. com., 14 mars 2000, préc. : « L'arrêt énonce, à bon droit, que l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le contractant » ; Cass. com., 13 mars 2001, préc. : « C'est à bon droit que la cour d'appel a statué comme elle l'a fait ».

²⁹⁶ M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, spéc. p. 88.

²⁹⁷ Par exemple, v. Cass. 1^{ère} civ., 30 janvier 1996, préc. : « Alors que les contrats litigieux, portant notamment sur l'acquisition d'un logiciel "gestion du marketing clients", avaient pour objet la gestion du fichier de la clientèle de la société A. B. et avaient donc un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par cette société, la cour d'appel a violé par fausse application le texte susvisé » ; Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, préc. : « En se déterminant ainsi, alors que l'objet du contrat avait un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par la société E. B., de sorte que le contrat ne relevait pas de la législation sur les clauses abusives, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

²⁹⁸ M.-N. Jobard-Bachellier et X. Bachellier, *op. cit.*, spéc. p. 91.

²⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2002, préc. : « La cour d'appel qui n'avait pas à vérifier les compétences professionnelles que M. B... avait lui-même déclarées a souverainement apprécié l'existence de ce rapport direct en relevant que l'intéressé avait conclu l'opération litigieuse en qualité de loueur professionnel de bateaux selon le document établi à l'intention de l'administration fiscale auprès de laquelle il avait par la suite déclaré les déficits, enregistrés par lui, au titre des bénéficiaires industriels et commerciaux et que dès lors il ne pouvait prétendre au bénéfice de l'article L. 132-1 du Code de la consommation » ; Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, préc. : « L'arrêt retient, par des motifs propres et adoptés qui relèvent de son appréciation souveraine, que l'emprunt litigieux avait été contracté par X en vue de financer l'acquisition et l'aménagement d'un nouveau siège social, lieu de son activité, et que X, dont l'objet est de promouvoir l'athlétisme en France par la signature d'importants contrats de partenariat et de vente de licences, avait souscrit cet emprunt dans le cadre de son activité, afin d'améliorer les conditions d'exercice de celle-ci, faisant ainsi ressortir l'existence d'un rapport direct entre l'activité professionnelle de cette association et le contrat de prêt litigieux, pour en déduire à bon droit que les dispositions des articles L. 132-1 et suivants du Code de la consommation n'étaient pas applicables dans le présent litige » ; Cass. 2^{ème} civ., 19 février 2009, préc. : « La cour d'appel, après avoir constaté qu'il n'était pas discuté par les parties que les contrats d'assurance étaient accessoires à des prêts professionnels, a souverainement estimé qu'ils avaient un rapport direct avec l'activité professionnelle de M. X... et comme tels ne relevaient pas de la législation sur les clauses abusives ».

Cette dernière évolution jurisprudentielle n'empêche pas de soutenir que le contrôle, longtemps exercé par la Cour de cassation, a permis une unification certaine³⁰⁰ de la jurisprudence relative à l'appréciation du critère du rapport direct. En effet, dans toutes les affaires soumises à la Cour, le rapport a toujours été jugé direct, ce qui exclut systématiquement les professionnels de la protection contre les clauses abusives. Ainsi le bénéfice de la législation sur les clauses abusives a été refusé à :

- une entreprise d'imprimerie pour un contrat de fourniture d'énergie électrique³⁰¹ ;
- une société de verrerie pour un contrat d'alimentation en eau³⁰² ;
- un commerçant pour l'achat de logiciel de « gestion de marketing clients »³⁰³ ;
- un groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) pour la vente d'un matériel d'arrosage³⁰⁴ ;
- une société de fabrication de bracelets en cuir louant du matériel téléphonique³⁰⁵ ;
- une société anonyme empruntant pour les besoins de sa trésorerie³⁰⁶ ;
- un crédit-locataire pour un contrat de crédit-bail de tractopelle conclu dans le cadre de son activité professionnelle³⁰⁷ ;
- une société de location de bateaux souscrivant un contrat d'assurance dite « navigation de plaisance »³⁰⁸ ;
- un radiologue pour un contrat de location d'un appareil de mammographie et d'un appareil de radiologie³⁰⁹ ;
- un expert-comptable pour le contrat d'achat et d'installation d'un logiciel souscrit pour les besoins de son activité³¹⁰ ;
- une société pour un contrat de crédit-bail de véhicules utilitaires³¹¹ ;
- un groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) pour un contrat de fourniture et d'installation de serres couvertes de bâches³¹² ;
- une société pour un contrat de fourniture d'eau³¹³ ;

³⁰⁰ Dans le même sens, v. G. Raymond, *op. cit.*, n° 35.

³⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1995, préc..

³⁰² Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, préc..

³⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 30 janvier 1996, préc..

³⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, préc..

³⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, préc..

³⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 18 février 1997, préc..

³⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, préc..

³⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 23 février 1999, *D.* 1999, IR p. 82.

³⁰⁹ Cass. com. 1^{er} juin 1999, préc..

³¹⁰ Cass. com., 14 mars 2000, préc.. Même solution pour un chirurgien-dentiste : CA Versailles, 9 novembre 2001, n° 00-778, *RJDA* 6/02 n° 697.

³¹¹ Cass. com., 13 mars 2001, préc..

³¹² Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 2001, consultable sur le site Internet de la Commission des clauses abusives, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>.

³¹³ Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, préc..

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

- un pharmacien pour un contrat de crédit-bail portant sur un bateau, dès lors que celui-ci a déclaré à l'administration fiscale avoir conclu le contrat en qualité de loueur professionnel de bateaux³¹⁴ ;
- une société pour un contrat de vente de système d'alarme destiné à protéger son magasin³¹⁵ ;
- un assuré dont le contrat d'assurance est accessoire à un contrat de prêt professionnel³¹⁶ ;
- un syndicat professionnel d'éleveurs pour un contrat de location de matériel informatique avec option d'achat³¹⁷ ;
- une fédération d'athlétisme pour le contrat de prêt souscrit afin d'améliorer les conditions d'exercice de son activité³¹⁸.

L'unification conduit donc à une interprétation stricte du rapport direct qui est caractérisé dès lors que le contractant est un professionnel qui conclut un contrat pour ses besoins professionnels, entendu au sens le plus large possible. Il en découle que l'application du critère du rapport direct aboutit à ce qu'aucun professionnel ne puisse se prévaloir, dans le cadre de son activité, de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. La Cour de cassation est enfin arrivée à la conclusion que **le non-professionnel ou consommateur n'est pas un professionnel**³¹⁹, ce dont nous ne pouvons que nous féliciter. Reste à découvrir ce que ces notions recouvrent effectivement.

SOUS-SECTION II. DEFINITION POSITIVE DES NON-PROFESSIONNELS OU CONSOMMATEURS

56. Non-professionnel « ou » consommateur. Qui sont-ils réellement ? De deux choses l'une : soit ils sont une seule et même personne ; soit ils sont deux personnes différentes³²⁰. L'article L. 132-1 du Code de la consommation n'apporte aucune réponse claire à cette question. En effet, dans l'expression « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs », l'emploi de la conjonction de coordination « ou » peut prendre deux sens. Elle peut marquer, d'une part, une équivalence, une synonymie entre les deux dénominations, et signifier les « non-professionnels autrement dit les consommateurs ». Elle peut indiquer, d'autre part, une alternative entre les deux notions et révéler que non-professionnels et consommateurs sont deux catégories de personnes distinctes. À l'appui de

³¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2002, préc..

³¹⁵ Cass. com., 1^{er} octobre 2002, préc..

³¹⁶ Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004, préc. ; Cass. 2^{ème} civ., 19 février 2009, préc..

³¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, préc..

³¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, préc..

³¹⁹ V. *supra* n° 32.

³²⁰ Ch. GIAUME, « Le non-professionnel est-il un consommateur ? ou les problèmes de la redondance en droit de la consommation », *LPA* 23 juillet 1990, p. 25.

cette seconde acception, on peut relever la formule distributive, retenue à l'alinéa 1^{er} du même article, « au détriment du non-professionnel ou du consommateur », qui semble identifier deux personnes différentes.

À l'heure actuelle, la seconde interprétation prime en jurisprudence où consommateurs et non professionnels représentent deux groupes de personnes distincts : les premiers sont des personnes physiques, tandis que les seconds sont des personnes morales. Il semble logique de définir d'abord le consommateur (§ 1), destinataire naturel du droit de la consommation, avant d'envisager le statut de non-professionnel (§2). Au préalable, nous rappellerons la limite spatiale à leur protection.

57. Non-professionnel ou consommateur domiciliés sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne. Aux termes de l'article L. 135-1 du Code de la consommation, qui règle la question du conflit de lois relatives aux clauses abusives, l'article L. 132-1 du Code de la consommation s'applique à tout non-professionnel ou tout consommateur qui a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne, dès lors que le contrat en cause y a été proposé, conclu ou exécuté, et ce même si la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant pas à l'Union Européenne. Cette disposition permet d'éviter qu'un non-professionnel ou consommateur ne soit privé de toute protection contre les clauses abusives par la simple désignation du droit d'un pays tiers à l'Union européenne comme droit applicable³²¹.

§ 1. Le consommateur

« Les consommateurs ? ... Nous tous, par définition »³²²

58. Notion économique. Le consommateur est celui qui « consomme, absorbe, utilise »³²³ ... Comme la notion de professionnel, celle de consommateur est avant tout économique puisque la consommation « forme le dernier stade du processus économique »³²⁴ : c'est l'utilisation des richesses, par opposition à leur production ou leur distribution. Il fallait donc adapter ce concept à la discipline juridique car il dépasse la

³²¹ Dans le même sens, v. G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc..

³²² Message du Président J.-F. Kennedy au Congrès de l'Union des États-Unis le 15 mars 1962.

³²³ G. CORNU, « La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 135.

³²⁴ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 6.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

distinction entre droit civil et droit commercial et repose sur un autre clivage entre le professionnel et les clients du professionnel, désignés comme les consommateurs. Pourtant, le législateur n'a pas jugé utile de définir le consommateur dans le Code de la consommation.

59. Absence de définition légale. Cette carence est, à l'heure où nous écrivons ces lignes (octobre 2013), sur le point d'être comblée. En effet, un projet de loi « relatif à la consommation » du 2 mai 2013³²⁵, en cours de discussion devant le Parlement³²⁶, prévoit d'instaurer une disposition liminaire au Code de la consommation selon laquelle :

« Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³²⁷.

Cette définition, qui est la reprise au mot près de celle figurant dans la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs³²⁸, est très proche de celle que l'on peut dégager du droit positif.

L'absence – encore actuelle – de définition dans le Code de la consommation est palliée par l'existence de définitions communautaires et doctrinales³²⁹ à partir desquelles les éléments caractéristiques de la notion de consommateur se dégagent. Ainsi, à la définition retenue dans

³²⁵ Sur ce texte, v. L. LEVENEUR, « Consommation : un projet de loi fleuve », *Contrats conc. consom.* 2013, repère 7 ; J. JULIEN, « Présentation du projet de loi sur la consommation », *Contrats conc. consom.* 2013, focus 40.

³²⁶ Après une première lecture devant chaque chambre, il est revenu devant l'Assemblée Nationale pour la deuxième lecture et a été renvoyé à la commission des affaires économiques (23/10/2013).

³²⁷ Chap. II, sect. 1, art. 3, adopté par l'Assemblée Nationale et le Sénat en 1^{ère} lecture (respectivement le 3 juillet 2013 et le 13 septembre 2013). Sur ce texte, v. G. PAISANT, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G* 2013, act. 589, Libres propos ; G. RAYMOND, « Définir le consommateur », *Contrats conc. consom.* 2013, repère 9.

³²⁸ *Dir.* 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, *JOUE L* 304/64 du 22/11/2011, art. 2, 1).

C'est aussi la définition retenue par à l'art. 2, f), de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 (COM (2011) 635 final).

³²⁹ V° Consommateur, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; V° Consommateur, in *Vocabulaire juridique consommation*, Dalloz, 1993 ; M. BRUSCHI, « L'amélioration de la protection contractuelle du consommateur », *Bull. d'actualité Lamy Droit économique* 2002, n° 144, p. 2 ; H. CAUSSE, « De la notion de consommateur », in *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec, 1994, p. 21 ; M. LIGER, « La notion de non-professionnel ou consommateur », *Rev. conc. consom.* 1999, n° 107, p. 19 ; Ph. MALINVAUD, « La protection des consommateurs », *D.* 1981, chron. p. 49 ; J. MESTRE, « Des notions de consommateur », *RTD civ.* 1989, p. 62 ; A. OILLIC-LEPETIT, « La notion de consommateur en droit français », *Rev. conc. consom.* 1988, n° 44, p. 3 ; G. PAISANT, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », *JCP* 1993, I, 3655 ; Y. PICOD, « Définitions des notions de consommateurs et de professionnels », in *Réponses françaises au livre vert sur le droit européen de la consommation*, Soc. légis. comp., 2007 ; J.-P. PIZZIO, « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.* 1982, chron. p. 91 ; D. POMBIELH, « Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur », *Dr. et patrimoine* oct. 2002, p. 52.

la directive précitée du 25 octobre 2011, s'ajoute celle figurant à l'article 2 point b) de la directive du 5 avril 1993 qui dispose³³⁰ :

« "consommateur" : 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 »³³¹.

Il en ressort que le consommateur ne peut être qu'une personne physique et qu'il se définit négativement par rapport au professionnel : il est celui qui n'agit pas à des fins professionnelles³³².

D'autres définitions, plus institutionnelles, sont très proches de celle retenue par le droit communautaire. C'est le cas de celle adoptée à l'unanimité par le Conseil National de la Consommation (CNC)³³³, dans un avis en date du 14 juin 2010³³⁴ dans lequel Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), associations de consommateurs et professionnels se sont accordés pour identifier les consommateurs comme des « personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ». De même, le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) désigne le consommateur comme « toute personne physique agissant à des fins privées pour satisfaire des besoins personnels »³³⁵.

Il en découle deux critères objectifs et cumulatifs d'identification du consommateur : il est la personne physique (A) qui accomplit un acte de consommation, c'est-à-dire qui agit pour satisfaire ses besoins privés (B).

A. Une personne physique

60. Position du problème. Toutes les définitions précédemment citées cantonnent le statut de consommateur aux personnes physiques. Si aucune extension aux personnes morales n'a jamais été admise en droit communautaire, le droit français n'a pas toujours été aussi ferme.

³³⁰ *Dir.* n° 93/13/CEE, 5 avril 1993, *JOCE* n° L 95, 21 avril 1993, p. 29.

³³¹ Notons que la définition retenue par l'article 2 § 1 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (*JOUE* n° L 304, 22/11/2011, p. 64 s., spéc. p. 72) reprend la même définition, mais précise « activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » au lieu d'« activité professionnelle ».

³³² Dans le même sens, v. Ch. Giaume, « 1^{er} janvier 1993 : le nouvel an ou l'an I des clauses abusives », art. préc. : « La définition du consommateur retenue par la directive fait qu'on ne peut définir le consommateur qu'en connaissant son contraire, c'est-à-dire en définissant l'activité professionnelle » ; J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 10 : « Le consommateur se définit donc par opposition au professionnel ».

³³³ Organisme paritaire placé auprès du ministre de la consommation.

³³⁴ Avis du CNC relatif à l'information des consommateurs sur la présence de nanomatériaux dans les biens de consommation, adopté le 14 juin 2010.

³³⁵ « La définition du consommateur », MEDEF, Commission consommation, septembre 2010.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

61. Droit de l'Union européenne³³⁶. Les diverses directives européennes de droit de la consommation réservent la qualification de consommateur aux seules personnes physiques, et c'est notamment le cas dans la directive du 5 avril 1993³³⁷. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) entend d'ailleurs faire respecter cette définition stricte du consommateur. Alors que la question de l'extension aux personnes morales lui a été posée, par un juge italien, à propos de la directive sur les clauses abusives, elle a répondu, dans un arrêt en date du 22 novembre 2001³³⁸, que la notion de consommateur « doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques ». Le droit français s'est, dans un premier temps, écarté de cette position.

62. Droit français (1) : consommateur personne morale. En droit français, la notion de consommateur n'étant pas légalement définie, la question de l'intégration des personnes morales au nombre des consommateurs s'est posée avec davantage d'acuité, d'autant que certains textes du Code de la consommation réservent expressément la protection aux personnes physiques, comme celui sur le démarchage (art. L. 121-21), ceux sur le surendettement (art. L. 330-1 et L. 331-2) et celui sur l'action en représentation conjointe (art. L. 422-1).

Sans doute en raison du silence législatif, la doctrine et la jurisprudence ont pu considérer certaines personnes morales comme des consommateurs. Ce fut le cas, par exemple, de la commission de refonte du droit de la consommation qui, dans ces trois rapports, proposa de définir le consommateur comme une « personne physique ou morale »³³⁹. La Cour de

³³⁶ M. LUBY, « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance », *Contrats conc. consom.* 2000, chron. 1.

³³⁷ Art. 2 b) ; mais aussi dans d'autres directives : *Dir.* du Conseil n° 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, art. 2 ; *Dir.* n° 2008/48/CEE du 23 avril 2008 du Parlement européen et du Conseil de l'UE concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil (*JOUE* n° L 133, 22 mai 2008 et rect. *JOUE* n° L 207, 11 août 2009), art. 3 c) et *Dir.* n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs (*JOUE* n° L 304, 22/11/2011, p. 64 s., spéc. p. 72).

³³⁸ CJCE, 22 novembre 2001, *Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas*, aff. C-542/99, J. AMAR, « Une cause perdue, la protection des personnes morales par le droit de la consommation ? », *Contrats, conc. consom.* 2003, chron. 5 ; M. LUBY, « Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (A propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas, aff. C-542/99) », *Contrats conc. consom.* 2002, chron. 14 ; *Contrats conc. consom.* 2002, comm. 18, note G. RAYMOND ; *D. aff.* 2002, AJ p. 90, obs. C. RONDEY ; *D. aff.* 2002, somm. p. 2929, obs. J.-P. PIZZIO ; *JCP* 2002, II, 10047, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 2002, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.*, p. 397, obs. J. RAYNARD.

³³⁹ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. p. 12 ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., p. 17, art. 3 ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., art. L. 3. À noter cependant que le président de la commission, Monsieur Calais-Auloy a changé d'avis par la suite puisque dans les éditions les plus récentes de son ouvrage de Droit de la consommation, la notion de

cassation l'a aussi admis, notamment dans l'arrêt, déjà cité, de la première chambre civile du 28 avril 1987³⁴⁰, qui non seulement consacrait le critère de la compétence, mais autorisait aussi l'application de la législation sur les clauses abusives à un contrat conclu par une société d'agence immobilière, personne morale de droit privé, avec une société d'installation d'alarme. Elle a d'ailleurs été suivie en cela par les juges du fond. Citons, à titre d'exemple, la cour d'appel de Paris qui a accepté qu'un parti politique soit considéré comme un consommateur pour l'application des dispositions relatives au crédit à la consommation³⁴¹, de même qu'un comité d'établissement³⁴². Néanmoins, la Cour de cassation est finalement revenue sur sa jurisprudence.

63. Droit français (2) : « le consommateur ne peut être qu'une personne physique ».

Dans un arrêt en date du 15 mars 2005³⁴³, la Cour de cassation renonce à l'extension du statut de consommateur aux personnes morales et s'aligne explicitement sur la position prônée par la CJCE, en reconnaissant que le consommateur ne peut être qu'une personne physique.

Cette décision se justifie d'abord par sa mise en conformité avec le droit de l'Union européenne. Surtout cette solution paraît être la seule cohérente au vu de la définition du consommateur, car seule une personne physique peut accomplir un acte de consommation, c'est-à-dire agir dans un but personnel ou familial³⁴⁴. Notons d'ores et déjà que la Cour de Cassation admet, dans ce même arrêt, qu'à la différence du consommateur, le non-professionnel, lui aussi protégé par la législation sur les clauses abusives, peut être une personne morale³⁴⁵.

Le projet de loi « relatif à la consommation » du 2 mai 2013³⁴⁶, actuellement en discussion devant le Parlement³⁴⁷, retient aussi que seule une personne physique peut être considérée comme un consommateur.

consommateur est limitée aux personnes physiques au nom de la sécurité juridique (J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 7 et 178).

³⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, préc.. Même solution en matière de démarchage, un GAEC étant assimilé à un consommateur, v. Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1993, préc..

³⁴¹ CA Paris, 5 juillet 1991, *Contrats conc. consom.* 1991, comm. 16, note G. RAYMOND.

³⁴² CA Paris, 22 octobre 1991, *Contrats conc. consom.* 1991, comm. 63, note G. RAYMOND.

³⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, préc..

³⁴⁴ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 10 : « Du fait de cette finalité personnelle ou familiale, le consommateur est nécessairement une personne physique » ; *Concurrence Consommation, op. cit.*, n° 3560.

³⁴⁵ V. *infra* n°s 84 s..

³⁴⁶ Sur ce texte, v. L. Leveneur, repère préc. ; J. Julien, focus préc..

³⁴⁷ Après une première lecture devant chaque chambre, il est revenu devant l'Assemblée Nationale pour la deuxième lecture et a été renvoyé à la commission des affaires économiques (23/10/2013).

B. Un acte de consommation : un acte accompli dans un but personnel et/ou familial

64. Deux conceptions possibles de l'acte de consommation et du consommateur. Pour qu'une personne physique soit qualifiée de consommateur, encore faut-il qu'elle accomplisse un acte de consommation. Néanmoins, deux acceptions différentes de cet acte sont envisageables. Dans un premier sens, l'acte est dit de consommation en raison de sa nature ou de l'objet sur lequel il porte ; dans un second, l'acte est dit de consommation en raison de sa destination, à savoir son but privé. Cela revient alors à deux conceptions différentes du consommateur : l'une, stricte, dans laquelle est consommateur la personne physique qui réalise, dans un but privé, certains actes limités qualifiés d'actes de consommation ; l'autre, large, dans laquelle est consommateur la personne physique qui agit dans un but personnel et familial, quel que soit l'acte accompli. Il existe par ailleurs une voie médiane qui, en même temps qu'elle retient une conception étroite du consommateur, prône la protection des personnes qui effectuent, dans un but privé, des actes qui ne seraient pas de pure consommation (actes ayant pour objet des immeubles³⁴⁸, actes de placement³⁴⁹, par exemple) par le biais de la notion de non-professionnel.

65. Choix d'une conception large. Selon nous, l'article L. 132-1 du Code de la consommation lui-même impose de recourir à une conception large de l'acte de consommation et de consommateur. En effet, ce texte réserve son application aux « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs », et ce sans aucune autre réserve. En application de l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, nous ne pouvons distinguer là où la loi ne distingue pas. Ce qui compte, c'est l'existence d'un contrat entre un professionnel et consommateur ou non-professionnel, peu importe sa nature ou son objet. D'ailleurs, cette interprétation est conforme aux définitions communautaires et institutionnelles précédemment citées qui toutes insistent sur le but privé de l'acte et non sur l'acte en lui-même³⁵⁰. En outre, l'étude des décisions jurisprudentielles ou des travaux de la Commission des clauses abusives démontre qu'en pratique prévaut aujourd'hui une conception large du consommateur³⁵¹. C'est pourquoi l'acte de consommation sera défini en fonction de sa destination (§ 1), sans considération de sa nature ou de son objet (§2).

³⁴⁸ À ce propos, v. L. Leveneur, note *Contrats, conc. consom.* 1994, comm. 84 : « L'expression "non-professionnel", utilisée par la loi, permet de protéger tout autant ces personnes, agissant à des fins non professionnelles (et qui sont donc des consommateurs au sens large) que les consommateurs au sens strict ».

³⁴⁹ En ce sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 14.

³⁵⁰ V. *supra* n° 59.

³⁵¹ V. *infra* n°s 72 s..

1. Prévalence de la destination de l'acte

66. Usage personnel et/ou familial. L'usage privé d'un bien ou d'un service constitue l'essence même de la consommation. Il est, par conséquent, logique qu'il soit l'élément primordial de la définition du consommateur, élément qui fait d'ailleurs l'unanimité en doctrine³⁵². C'est, en effet, le caractère non professionnel de l'acte de consommation qui justifie la présomption de faiblesse du consommateur et qui explique qu'il soit protégé par le droit de la consommation, contre les clauses abusives notamment³⁵³. Ce critère permet de distinguer le consommateur à protéger d'autres personnes physiques qui accomplissent des actes de consommation, mais qui ne peuvent prétendre au statut de consommateur, notamment le professionnel qui « consomme », mais pour les besoins de son entreprise.

Le but personnel et/ou familial ressort souvent de l'acte de consommation lui-même : acheter sa nourriture, un appareil domestique, une voiture ou un billet d'avion, souscrire une assurance, se faire soigner ou encore emprunter les sommes nécessaires pour ces dépenses. Ce but n'est, toutefois, pas toujours apparent. Dès lors, doit-on faire de la connaissance de l'usage privé par le professionnel une condition d'application du droit de la consommation ? Cette solution serait sans aucun doute trop sévère pour les consommateurs³⁵⁴. En revanche, le professionnel pourrait se prévaloir de la théorie de l'apparence, et demander que soit écartée l'application des règles protectrices quand « la personne qui invoque la qualité de consommateur s'est comportée de manière telle qu'elle a légitimement pu faire naître l'impression qu'elle agissait à des fins professionnelles »³⁵⁵. En ce sens, on peut citer un arrêt, déjà signalé, en date du 22 mai 2002³⁵⁶, dans lequel la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir refusé le bénéfice de l'article L. 132-1 du Code de la consommation au crédit-

³⁵² V. les définitions déjà citées *supra* ainsi que : *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., p. 12 ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., p. 17, art. 3 ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., art. L. 3 (définition du consommateur) ; J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n^{os} 7, 10 et 178 ; G. Raymond, *op. cit.*, n^o 46 ; *Concurrence Consommation*, *op. cit.*, n^o 3560 ; N. Sauphanor, th. préc., n^o 87 : « Les exclus des lois de protection étant ceux qui agissent pour leur activité professionnelle, c'est la destination privée ou familiale du bien ou du service qui devrait constituer le critère fédérateur des non-commerçants et des commerçants consommateurs » et n^o 391 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et En Europe*, Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, ss dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 1991, Première partie, p. 1 ; O. CARMET, « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n^o 78-23 du 10 janvier 1978 » art. préc., spéc. p. 7.

³⁵³ Dans le même sens, v. *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., p. 12.

³⁵⁴ En ce sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n^o 10.

³⁵⁵ CJCE, 20 janvier 2005, aff. C-464/01, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 100, note G. RAYMOND ; *D.* 2005, IR p. 458.

³⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2002, préc..

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

bailleur d'un voilier de plaisance qui avait conclu l'opération en qualité de loueur professionnel de bateaux selon un document, établi par lui-même et destiné à l'administration fiscale, pour la déclaration des déficits enregistrés au titre des bénéfices industriels et commerciaux. Une autre difficulté peut se rencontrer si le contrat a un but mixte, à la fois privé et professionnel.

67. Problème du contrat mixte : usage privé et professionnel. Il peut arriver que le contrat ait un but mixte qui intéresse les besoins à la fois personnels ou familiaux et professionnels. Il s'agit, par exemple, d'une personne, agent immobilier de son état, qui fait l'acquisition d'un véhicule automobile qu'il utilisera à la fois dans le cadre de son activité professionnelle et pour transporter sa famille. Le droit de la consommation lui est-il applicable ? Dans un arrêt en date du 20 janvier 2005³⁵⁷, la CJCE a apporté une réponse à cette question :

« 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 spécifique prévues aux articles 13 à 15 de ladite convention³⁵⁸, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligent dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard »³⁵⁹.

En d'autres termes, pour bénéficier du statut de consommateur, le but professionnel de l'acte mixte doit être insignifiant, négligeable. Dans le cas contraire, dès lors que la partie professionnelle est intéressée de manière significative, le contractant n'est pas un consommateur et ne peut se prévaloir des dispositions protectrices. La Cour semble ainsi faire application de la règle en vertu de laquelle le principal l'emporte sur l'accessoire, ce qui est tout à fait satisfaisant en la matière³⁶⁰ et nous souhaitons qu'elle soit suivie par la Cour de cassation qui ne s'est pas encore prononcée sur cette question³⁶¹.

À noter que l'hypothèse du contrat mixte se distingue du cas où une personne conclut un acte nécessaire à sa profession future, le caractère professionnel étant suffisant pour écarter

³⁵⁷ CJCE, 20 janvier 2005, préc..

³⁵⁸ Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

³⁵⁹ Nous soulignons.

³⁶⁰ La règle paraît en effet plus juste que de refuser la qualité de consommateur à celui qui agit, même partiellement, pour les besoins de sa profession, comme le propose un auteur (G. Paisant, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », art. préc.).

³⁶¹ La jurisprudence des juges du fond est assez ambivalente en la matière, v. CA Aix-en-Provence, 20 mai 2005 *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 54, note G. RAYMOND ; note sous CA Paris, 17 septembre, 1999 et CA Grenoble, 27 septembre 1999, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 88, note G. RAYMOND.

l'application du droit de la consommation, même si elle n'exerce pas encore sa profession³⁶² ainsi que de la situation d'une personne qui se procure un bien ou un service pour les besoins de sa profession, mais en dehors de sa spécialité professionnelle, qui a déjà fait l'objet d'autres développements³⁶³.

2. Indifférence de l'acte en lui-même

68. Plan. L'article L. 132-1 du Code de la consommation est applicable dès lors qu'une personne physique a conclu un contrat avec un professionnel dans un but personnel et familial, quels que soient la nature (a) ou l'objet de l'acte accompli (b).

a. Indifférence de la nature de l'acte

69. Nature des actes de consommation. Peu importe la nature de l'acte de consommation, il suffit que cet acte lie un professionnel à un consommateur pour que l'article L. 132-1 du Code de la consommation s'applique. Ainsi ceux qui se procurent des biens ou des services, comme les vendeurs de biens ou les prestataires de services occasionnels, peuvent s'en prévaloir.

70. Actes de consommation ordinaires : se procurer des biens et des services. Une grande majorité des définitions doctrinales du consommateur³⁶⁴ convergent pour identifier l'acte de consommation comme le fait de se procurer un bien ou un service³⁶⁵ :

« Le consommateur est le client de celui qui vend comme producteur ou commerçant une marchandise ou effectue une prestation de services »³⁶⁶ ;

« Il [le consommateur] est d'abord celui qui acquiert un bien ou un produit, ou qui bénéficie d'un service, non pas dans un souci de capitalisation, mais de consommation »³⁶⁷ ;

« Le consommateur peut être défini comme une personne physique qui se procure ou est susceptible de se procurer un bien de consommation ou un service de même nature, pour ses besoins personnels ou ceux de sa famille, dans un but

³⁶² Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2001, préc..

³⁶³ V. *supra* n^{os} 32 s..

³⁶⁴ Pour une étude complète, v. not. G. Paisant, art. préc..

³⁶⁵ Dans le même sens, v. *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., p. 12 ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., p. 17, art. 3 ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., art. L. 3 (définition du consommateur) ; J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n^{os} 7 et 178 ; N. Sauphanor, th. préc., n^o 391 ; J. Ghestin et I. Marchessaux, art. préc. ; *Concurrence Consommation*, 2009-2010, *op. cit.*, n^o 3560.

³⁶⁶ R. Martin, art. préc.. Nous soulignons.

³⁶⁷ O. Carmet, art. préc.. Nous soulignons.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

autre que celui de satisfaire aux besoins d'une entreprise ou d'une profession libérale »³⁶⁸.

Souvent, celui qui se procure un bien ou un service est aussi celui qui l'utilise. Mais ce n'est pas toujours le cas. En effet, un bien acheté par une personne peut, par exemple, être utilisé par les membres de la famille, qui sont des tiers au contrat conclu en vue de l'acquisition du bien. Si ces tiers sont économiquement des consommateurs, ils ne le sont pas juridiquement tant ils sont maintenus « en marge d'un droit encore enchaîné à la notion de contrat »³⁶⁹, ce qui est particulièrement vrai en matière de clauses abusives contre lesquelles seul le consommateur contractant est protégé³⁷⁰.

71. Actes de consommation extraordinaires : vendeurs de biens et prestataires de service occasionnels³⁷¹. L'hypothèse visée est celle d'un vendeur ou d'un prestataire qui agit à des fins non professionnelles et qui conclut un contrat avec un professionnel. C'est, par exemple, le cas du particulier qui vend sa voiture à un garagiste ou un immeuble à un marchand de biens. *A priori*, cette personne ne peut pas être considérée comme un consommateur qui est traditionnellement celui qui se procure un bien ou un service et non celui qui le fournit. Pourtant, une nouvelle fois, la protection contre les clauses abusives semble légitime car le vendeur ou le prestataire occasionnel se trouve dans la même situation de faiblesse présumée que le consommateur, même si le risque de déséquilibre est inversé par rapport à l'hypothèse classique du droit de la consommation³⁷². Rien ne semble d'ailleurs l'empêcher aux termes de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Ainsi comment accepter qu'un particulier qui achète une voiture à un concessionnaire soit protégé contre les clauses abusives, mais pas celui qui vend sa voiture à ce même concessionnaire ?

b. Indifférence de l'objet de l'acte

72. Plan. L'article L. 132-1 du Code de la consommation sera applicable quel que soit l'objet de l'acte de consommation, un bien (i) ou un service (ii).

³⁶⁸ G. Raymond, *op. cit.*, n° 46. Nous soulignons.

³⁶⁹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 8.

³⁷⁰ V. *infra* n°s 98 ss..

³⁷¹ *Contra* v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 15, selon lesquels ils ne seraient pas des consommateurs, mais des non-professionnels. Même solution retenue par la Commission des clauses abusives dans son *Rapport d'activité pour l'année 1978*, I, A, BOSP 13/06/1979.

³⁷² J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 15.

i) N'importe quel bien

73. Tout bien, quelle que soit sa nature. L'acte accompli par le consommateur peut porter sur n'importe quel bien, qu'il soit meuble ou immeuble, corporel ou incorporel.

74. Biens meubles et immeubles. Lorsqu'on pense aux biens consommables, viennent d'abord à l'esprit des biens meubles, qu'ils soient consommables, telle de la nourriture ou plus « durables »³⁷³, comme une voiture ou des appareils domestiques.

Cependant, les biens immeubles peuvent aussi être l'objet d'un acte de consommation soumis à l'article L. 132-1 du Code de la consommation³⁷⁴. Certes, il semble difficile d'admettre, au sens strict du terme, qu'on puisse « consommer » des immeubles³⁷⁵. En outre, le mot « immeuble » est absent du Code de la consommation, et si un de ces chapitres est consacré au crédit immobilier, cela s'explique par le fait que le crédit immobilier est source d'endettement, matière qui relève du droit de la consommation³⁷⁶ et non par la volonté de faire des immeubles des biens de consommation. Les immeubles ne sont pas pour autant nécessairement exclus de l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, comme le prouvent, par exemple, les travaux de la Commission des clauses abusives qui a recommandé la suppression de clauses abusives dans des contrats de vente immobilière³⁷⁷, de location de locaux à usage d'habitation³⁷⁸ ou de construction de maisons individuelles sur plan³⁷⁹. L'objet immobilier du contrat n'arrête pas non plus la Cour de cassation qui a accepté de statuer sur le caractère abusif de clauses contenues dans un contrat de bail portant sur un mobil home³⁸⁰.

Cette solution nous semble opportune car l'acquisition d'un immeuble dans un but personnel et familial (pour y loger sa famille ou en tant qu'investissement³⁸¹) mérite d'être

³⁷³ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 9.

³⁷⁴ Dans le même sens, v. H. Davo et Y. Picod, *op. cit.*, n° 252.

Ou plus largement du droit de la consommation, v. not. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 9 ; G. Cornu, art. préc..

Contra G. Raymond, *op. cit.*, n° 44.

³⁷⁵ Dans le même sens, v. L. Leveneur, note sous *Contrats, conc. consom.* 1994, comm. 84.

³⁷⁶ En ce sens, v. G. Raymond, *op. cit.*, n° 42.

³⁷⁷ *Recomm.* n° 80/02, *BOSP* 15/05/1980.

³⁷⁸ *Recomm.* n° 80-04, *BOSP* 17/10/1980 ; *Recomm.* n° 2000-01, *BOCCRF* 22/06/2000.

³⁷⁹ *Recomm.* n° 81-02, *BOCC* 16/01/1981 ; *Recomm.* n° 91-03, *BOCCRF* 6/09/1991.

³⁸⁰ Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 258, note G. RAYMOND ; *D.* 2009, AJ p. 1685, obs. X. DELPECH ; *Defrénois* 2009, p. 2340, note E. SAVAUX ; *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 5, obs. Y. PICOD ; *JCP* 2009, n° 28, p. 22 ; *RDC* 2009/4, p. 1434, obs. D. FENOUILLET ; *RJDA* 2009, n° 784 ; *RLDC* sept. 2009, p. 14, obs. V. MAUGERI.

³⁸¹ Sur le fait de savoir si l'investissement peut être considéré comme une activité de consommateur, v. *infra* n° 79.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

protégée³⁸², d'autant que l'effet des clauses abusives risque d'être plus nocif dans de tels contrats où les sommes engagées sont bien supérieures aux dépenses effectuées pour l'achat d'un lave-vaisselle. C'est pourquoi nous pensons que l'acquéreur de biens immeubles doit bénéficier de la législation sur les clauses abusives en tant que consommateur.

75. Biens corporels et incorporels. De nombreux biens de consommation sont corporels, comme la nourriture, la voiture, les appareils ménagers ou le logement de la famille, pour ne reprendre que les exemples déjà cités. Néanmoins, des biens incorporels peuvent tout aussi bien être qualifiés de biens de consommation. D'ailleurs, à l'heure de l'Internet et de la dématérialisation de nombreux supports, « il serait judicieux que le terme "bien", utilisé dans la définition du consommateur, soit entendu comme concernant aussi bien les choses corporelles que les choses incorporelles »³⁸³.

Il en est ainsi des valeurs mobilières. La solution peut, certes, étonner car ce « sont non des biens que l'on consomme, mais des biens sur lesquels on spéculé ou dans lesquels on investit »³⁸⁴. En d'autres termes, l'acquisition de valeurs mobilières est un acte d'épargne ou de placement, soit l'exact opposé d'un acte de consommation³⁸⁵. Pourtant, le Code de la consommation lui-même prévoit l'application des clauses abusives aux contrats concernant des valeurs mobilières. En effet, l'article R. 132-2-1, I, a) du Code de la consommation dispose que ne sont pas applicables à ces conventions certaines clauses noires ou grises, respectivement prévues aux articles R. 132-1 et R. 132-2. Il admet donc implicitement, mais nécessairement, qu'en dehors de ces exceptions, les listes de clauses noires et grises sont applicables aux contrats portant sur les valeurs mobilières.

De même, les œuvres de l'esprit sont des biens consommables³⁸⁶ car leurs utilisateurs se procurent et utilisent des supports matériels sur lesquels elles sont reproduites, tel que la place de théâtre, le CD ou encore le fichier électronique audio.

ii) N'importe quel service

76. Services consommables. L'acte de consommation peut aussi avoir pour objet un service. Comme nous l'avons déjà vu³⁸⁷, la notion de service, ignorée par le Code civil,

³⁸² Dans le même sens, v. *Contrats, conc. consom.* 1994, comm. 84, L. Leveneur.

³⁸³ Ch. CARON, « Le consommateur et le droit d'auteur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 245.

³⁸⁴ G. Raymond, *op. cit.*, n° 42.

³⁸⁵ V. *infra* n° 79.

³⁸⁶ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 9 ; Ch. Caron, art. préc..

couvre tout avantage appréciable en argent, en dehors de la fourniture de biens. La nature des services fournis est variable : matérielle (réparation, nettoyage), financière (assurance, banque, crédit), intellectuelle (soins médicaux, conseils juridiques) ou encore artistique (spectacles, expositions)³⁸⁸. Il peut paraître choquant de qualifier certaines activités de service, comme l'enseignement privé par exemple. Il s'agit pourtant bien d'une prestation d'ordre intellectuel, dont le client est consommateur. C'est pourquoi la jurisprudence a admis de rechercher des clauses abusives dans un contrat d'enseignement³⁸⁹, la Commission des clauses abusives de se prononcer sur les contrats de soutien scolaire³⁹⁰. Aujourd'hui tout service est susceptible de faire l'objet d'un acte de consommation soumis à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, et ce même dans des hypothèses particulières qui ont été âprement discutées.

77. Cas particuliers (1) : consommateur et usager du service public. Nous avons déjà eu l'occasion de démontrer qu'une personne qui gère un service public peut être qualifiée de professionnel au sens du droit de la consommation³⁹¹. L'utilisateur dudit service public (industriel, commercial ou administratif) est-il, pour autant, un consommateur ? Une réponse affirmative s'impose, car il se trouve dans une situation de faiblesse comparable à celle du consommateur³⁹². D'ailleurs, en pratique, la notion d'utilisateur de service public est quasiment inconsistante tant son assimilation à celle de consommateur est totale³⁹³ : par exemple dans des textes relatifs au fonctionnement des services publics³⁹⁴ ou encore si l'on tient compte du fait que les mêmes associations prennent en charge la défense des intérêts de ces usagers et des consommateurs³⁹⁵. C'est pourquoi, à l'instar d'une grande partie de la doctrine, autant

³⁸⁷ V. *supra* n° 24.

³⁸⁸ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 9.

³⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 53 ; *Contrats, conc., consom.* 1998, comm. 70, note L. LEVENEUR ; *JCP G* 1998, 10124, note G. PAISANT ; *D.* 1998, jur. p. 539, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 1998, I, 155, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1998, p. 674, obs. J. MESTRE ; Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2011, *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 223, G. RAYMOND. Dans le même sens, *Recomm. CCA* n° 91-01 concernant les contrats proposés par les établissements d'enseignement.

³⁹⁰ *Recomm.* n° 10-01, *BOCCRF* 25/05/2010.

³⁹¹ V. *supra* n° 26 s..

³⁹² Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 5 ; J.-P. Chazal, v° *Clauses abusives*, art. préc., n° 45.

³⁹³ En ce sens, v. J. Amar, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », art. préc..

³⁹⁴ Par exemple, le décret du 11 avril 1984 relatif à la composition du conseil d'administration d'EDF et de GDF prévoit dans la composition de ce conseil « un consommateur d'électricité ou de gaz ».

³⁹⁵ En ce sens, v. J. Amar, art. préc. : « Les juridictions admettent tout aussi bien qu'une association d'usagers se prévale des dispositions du droit de la consommation (CA Paris, 4 octobre 1996, *JCP G* 1997, II, 22811, note Ph. BRUN et G. PAISANT), ou qu'une association de consommateurs attaque une décision prise par un service public (CE, 26 juin 1989, *Association Études et consommation CFDT*, *CJEG* 1990, p. 180, note J.-F. LACHAUME) ».

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

privatiste que civiliste, nous préconisons que l'usager de service public bénéficie du statut de consommateur³⁹⁶. C'est d'ailleurs ce que décide implicitement, mais nécessairement, le Conseil d'État lorsqu'il accepte de faire application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation au contrat de distribution de l'eau conclu entre la Société des Eaux du Nord, service public industriel et commercial et ses usagers³⁹⁷.

78. Cas particuliers (2) : Consommateur et clientèle de professions libérales. Il ne fait aucun doute que les personnes qui exercent une profession libérale sont des professionnels au sens du droit de la consommation³⁹⁸. En revanche, il n'est pas si évident que cela de traiter leurs clients comme des consommateurs. La question est controversée³⁹⁹, notamment pour les professions médicales : patients et malades sont-ils des consommateurs ?⁴⁰⁰

La doctrine est divisée sur le sujet. Certains sont favorables à l'assimilation entre patient et consommateur⁴⁰¹. D'autres ne le sont pas, soit qu'ils craignent une dilution de la notion de consommateur qui « ne saurait être utilisée à tous vents pour parvenir à un résultat aussi légitime soit-il »⁴⁰², soit qu'ils relèvent une incohérence à considérer le patient comme un consommateur quand la loi du 4 mars 2002 crée une « autonomie du patient » ou de « l'usager du système de santé », en lui donnant le droit de consentir ou de refuser des actes médicaux et de participer au processus décisionnel⁴⁰³.

La jurisprudence ne semble pas tenir compte de ces critiques et choisit de considérer les patients comme des consommateurs. Ainsi la Cour de cassation a eu l'occasion de le faire dans un arrêt en date du 15 mai 1984⁴⁰⁴ :

« L'article 46 de la loi du 27 décembre 1973 [qui reconnaissait aux associations de consommateurs l'exercice de l'action civile relativement aux faits pouvant porter un préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs] ne comporte

³⁹⁶ A. DE LAUBADÈRE, « La protection du consommateur en droit administratif français », in *Trav. Assoc. Capitant*, t. XXIV, p. 519 ; R. SAVY, « La protection des consommateurs en France », *RIDC* 1974, p. 592 ; J. Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, th. préc. ; J. Amar, art. préc..

Contra, v. G. Raymond, *op. cit.*, n° 38 : « L'usager du service public ne « consomme pas », car il ne se situe pas dans une relation contractuelle de droit privé. Il bénéficie d'un service qui est financé par les impôts qu'il paye. L'Administration est à son service, l'usager est le bénéficiaire de ce service. Pour protéger l'usager du service public contre les abus de l'Administration et résoudre les conflits qui peuvent naître, il existe des procédures particulières comme par exemple le Médiateur de la République ».

³⁹⁷ CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, préc..

³⁹⁸ V. *supra* n° 25.

³⁹⁹ G. Raymond, *op. cit.*, n° 43.

⁴⁰⁰ Pour un état de la question, v. N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n°s 242 s..

⁴⁰¹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 9.

⁴⁰² A. Cathelineau, « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive... », art. préc.. Dans le même sens, v. G. Raymond, *op. cit.*, n° 38 : « Étendre ainsi la notion de consommateur et le champ d'application du Code de la consommation c'est, en définitive, nier le particularisme du droit de la consommation ».

⁴⁰³ A. Lambolley, B. Pitcho, F. Violla, art. préc..

⁴⁰⁴ Cass. crim., 15 mai 1984, *D.* 1986, p. 106, note G. MÉMETEAU.

pas de restriction de nature à exclure son application aux infractions qui seraient commises à l'occasion de services fournis, comme en l'espèce, dans l'accomplissement d'un contrat médical ; les personnes avec lesquelles un médecin conclut un tel contrat doivent être considérées, au sens de l'article 46 susvisé, comme consommateurs desdits services⁴⁰⁵ ».

Cette solution a été réitérée dans un arrêt du 15 octobre 2002⁴⁰⁶. Dans cette espèce, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné un docteur en médecine pour une infraction à l'article L. 113-3 du Code de la consommation imposant au professionnel une obligation d'information sur les prix, notamment car ce médecin qui pratiquait des actes médicaux ou chirurgicaux à visée exclusivement esthétique, « s'était abstenu de remettre à l'une de ses clientes, partie civile, un devis de ses prestations ». En appliquant l'article L. 113-3 à la relation médecin-patient, la Cour admet donc implicitement qu'il s'agit d'une relation professionnel-consommateur⁴⁰⁷. Le Conseil d'État adopte d'ailleurs la même solution. En effet, dans sa décision du 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr*⁴⁰⁸, il a reconnu la légalité d'un arrêté relatif à la publicité des prix des actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique pris sur le fondement de l'article L. 113-3 du Code de la consommation, au motif que :

« L'obligation d'information du consommateur instituée au premier alinéa de l'article L. 113-3 est mise à la charge de tous les prestataires de services, sans considération du caractère commercial ou libéral de leur activité et concerne notamment les prestations à caractère médical »⁴⁰⁹.

En se prononçant de la sorte, le Conseil d'État considère donc de manière implicite l'utilisateur de soins comme un consommateur.

Si même le patient est considéré comme un consommateur, il n'y a aucune raison de refuser ce statut à tous les autres clients de professions libérales. Ainsi la jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer la législation en matière de clauses abusives au contrat liant l'avocat à son client⁴¹⁰.

79. Cas particuliers (3). Consommateur et bénéficiaire de « services financiers ».

L'expression « services financiers » est directement issue de la directive communautaire du

⁴⁰⁵ Nous soulignons.

⁴⁰⁶ Cass. crim, 15 octobre 2002, *Contrats, conc., consom.* 2003, comm. 93, note G. RAYMOND.

⁴⁰⁷ Ce que certains contestent, v. not. G. RAYMOND, note *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 15 : « Le professionnel est ici tenu d'une obligation d'information en vertu non pas du droit de la consommation, mais en application du droit commun des contrats ». Dans le même sens, v. aussi A. Cathelineau, chron. préc..

⁴⁰⁸ CE, 27 avril 1998, G. Raymond, note préc. ; A. Cathelineau, chron. préc..

⁴⁰⁹ Nous soulignons.

⁴¹⁰ CA Paris, 17 octobre 2006, *RDC* 2006, p. 382, note D. FENOUILLET. Pour un état de la question, v. N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n^{os} 240 s..

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs⁴¹¹, transposée en droit français, par l'ordonnance du 6 juin 2005⁴¹², aux articles L. 121-20-8 et suivants du Code de la consommation. Est ainsi visé « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et au paiement »⁴¹³. Il ne fait donc aucun doute que les bénéficiaires de tels services sont des consommateurs : il suffit pour s'en convaincre de relire le titre de ces textes, ce qui montre, une nouvelle fois, combien la notion est largement entendue⁴¹⁴.

En matière de crédit, cette solution n'est guère surprenante : en effet, le crédit a toujours été rattaché au droit de consommation, car il est un élément préalable indispensable à la consommation en elle-même (comment consommer sans richesse à dépenser ?).

En revanche, la solution n'est pas aussi évidente pour les autres activités mentionnées. En effet, le particulier qui a recours à des services de banque, d'assurance, de retraite individuelle ou d'investissement ne consomme pas au sens strict du terme : il ne s'agit pas de dépenses destinées à la satisfaction de besoins immédiats ; cela semble même être tout le contraire. Pourtant, les contrats portant sur les services assurantiels et sur les services bancaires classiques (convention de compte bancaire, contrat porteur de carte bancaire) ont toujours été considérés comme des contrats de consommation relevant à ce titre de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁴¹⁵.

Au contraire, on a longtemps opposé le consommateur à l'épargnant et à l'investisseur⁴¹⁶. Ces derniers ne consomment pas au sens strict du terme⁴¹⁷, mais ils économisent tout ou partie

⁴¹¹ *Dir.* n° 2002/65/CE du 23 septembre 2002 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *JOCE* n° L, 9/10/2002.

⁴¹² *Ord.* n° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

⁴¹³ Art. 2, b) *Dir.* n° 2002/65/CE.

⁴¹⁴ Dans le même sens, v. Livre vert, *Services financiers : répondre aux attentes des consommateurs*, 30 avril 2007, COM (2007) 226 final.

⁴¹⁵ Par exemple, dans les travaux de la Commission des clauses abusives en matière d'assurance, v. *Recomm.* n° 85-04 concernant les contrats d'assurance destinés à couvrir divers risques de la vie privée et couramment dénommés « multirisques habitation » et, en matière bancaire, *Recomm.* n° 94-02 relative aux contrats porteurs de cartes de paiement assorties ou non d'un crédit.

⁴¹⁶ Il faut distinguer la relation existant entre le prestataire et le bénéficiaire de services d'investissement de celle qui existe entre l'associé ou l'actionnaire et la société dans laquelle il détient des parts ou actions : le bénéficiaire de services d'investissement peut se prévaloir, contre son cocontractant, du droit de la consommation et des clauses abusives en particulier, mais pas l'associé ou l'actionnaire d'une société qui disposent de leur propre droit de protection, prévu par le Code de commerce ou le Code monétaire et financier. Sur cette distinction, v. P. MOUSSERON, « L'associé consommateur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 751 ; Y. GUYON, « Actionnaires et consommateurs », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 481.

⁴¹⁷ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 14 (l'épargnant a le statut de non-professionnel) ; Y. Guyon, art. préc., n° 14 : « [...] La Bourse n'est pas une sorte de supermarché où l'on irait acheter, au besoin à crédit, des produits d'épargne en même temps que des denrées alimentaires et des biens

de leurs revenus en prévision de besoins futurs et éventuellement placent les sommes ainsi conservées⁴¹⁸. Néanmoins, dès lors que ces actes sont accomplis par des particuliers à des fins personnelles et familiales et de manière non habituelle, avec leurs deniers personnels, ils devraient être soumis à l'article L. 132-1⁴¹⁹. C'est le cas, par exemple, d'un père de famille contractant une assurance-vie au profit de sa femme et de ses enfants⁴²⁰, d'un individu plaçant ses économies auprès d'un établissement financier⁴²¹ ou encore d'un particulier qui économise en vue de sa retraite. Toutes ces personnes méritent une protection car elles se trouvent dans une situation identique à celle du consommateur⁴²². Comment admettre en effet qu'un homme qui conclut un prêt à la consommation auprès d'une banque puisse bénéficier de la protection contre les clauses abusives, mais que le même homme faisant un acte de placement (ouvrant un livret d'épargne, par exemple) auprès du même établissement bancaire ne puisse s'en prévaloir ?

C'est pourquoi le Code de la consommation prévoit expressément l'application des clauses abusives dans les contrats conclus entre fournisseur et bénéficiaire de services financiers. En effet, son article R. 132-2-1 II et III prévoit des réserves à la mise en œuvre de certaines clauses noires ou grises, respectivement des articles R. 132-1 et R. 132-2, dans ces conventions. Cela signifie donc implicitement qu'en dehors de ces exceptions expressément prévues, les articles R. 132-1 et R. 132-2 sont applicables aux prestataires de services financiers et que leurs clients sont susceptibles d'en bénéficier en tant que consommateurs.

d'équipement » ; G. RAYMOND, « Les contrats de consommation », in *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 37 : « La volonté d'investir ne peut être considérée comme la cause d'un contrat de consommation » ; I. RIASSETTO, « Prestation de services d'investissement et clauses abusives », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, PU Nancy, 2009, p. 273, n° 7 : « Acheter des instruments financiers ou conclure un mandat de gestion de ses avoirs, ce n'est pas consommer ».

⁴¹⁸ Sur la distinction entre les deux notions, v. H. CAUSSE, « L'investisseur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 261 s., spéc. p. 267 : « L'investisseur prend un risque que l'épargnant ne prend pas ».

⁴¹⁹ En ce sens, v. I. Riassetto, art. préc., n° 12 s., qui distingue le salarié qui fait fructifier son patrimoine ou le commerçant, artisan, agriculteur ou libéral qui gère les deniers figurant sur leurs comptes personnels qui sont des investisseurs consommateurs ; au contraire du commerçant, artisan, agriculteur ou libéral qui gère les excédents de trésorerie de leur activité professionnelle ou de la personne dont l'activité boursière habituelle lui fournit toutes ses ressources qui ne peuvent pas être considérés comme des consommateurs.

⁴²⁰ L. Leveneur, note *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 84.

⁴²¹ L. Leveneur, note préc..

⁴²² V. *contra* des auteurs qui considèrent l'investisseur comme le consommateur, H. Causse, « De la notion de consommateur », art. préc., p. 24 ; H. Causse, « L'investisseur », art. préc., spéc. p. 277 ; I. Riassetto, art. préc..

80. Incidences de la définition de consommateur retenue par le projet de loi du 2 mai 2013⁴²³. L'article 3 du projet de loi du 2 mai 2013 « relatif à la consommation » qui définit la notion de consommateur s'inscrit dans la logique décrite consistant à faire du but non professionnel mais privé de l'acte le critère de définition principal. S'il venait à être adopté, ce serait là le seul apport que l'on pourrait tirer de cette disposition. Le législateur s'est, en effet, contenté d'une définition *a minima* et il n'a pas pris parti sur les questions que nous venons d'évoquer et qui sont sans réponse claire aujourd'hui, comme celles du sort du contrat mixte, de l'introduction des biens immobiliers dans la sphère des biens consommables ou de la possibilité de qualifier la clientèle des professions libérales de consommateur.

81. Conclusion sur la notion de consommateur. Dès lors qu'une personne physique conclut un contrat dans un dessein personnel ou familial, elle bénéficie du statut de consommateur, et peut, à ce titre, se prévaloir des règles protectrices du droit de la consommation, et de l'article L. 132-1 du Code de la consommation notamment. Il en découle que la notion de consommateur est objective, dépourvue de considérations subjectives liées à la compétence effective de chaque personne, ce qui permet d'éviter des litiges sans fin et d'assurer l'efficacité du droit de la consommation⁴²⁴. Tous les consommateurs étant indistinctement protégés, la présomption de « faiblesse » qui pèse sur eux est donc irréfragable⁴²⁵.

§ 2. Le non-professionnel

« Les non-professionnels sont définis par leur double négativité : ni professionnels, ni consommateurs »⁴²⁶.

82. Intérêt de la notion de non-professionnel. Nous avons déjà pu établir que la notion de non-professionnel n'est pas susceptible de s'appliquer à un professionnel, même agissant en dehors de sa sphère de compétence⁴²⁷, ni à une personne physique puisque toute personne physique peut bénéficier du statut de consommateur dès lors qu'elle agit dans un but

⁴²³ Sur ce texte, v. L. Leveueur, repère préc. ; J. Julien, focus préc.. Après une première lecture devant chaque chambre, il est revenu devant l'Assemblée Nationale pour la deuxième lecture et a été renvoyé à la commission des affaires économiques (23/10/2013).

⁴²⁴ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 10-1.

⁴²⁵ *Contra*, v. J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *chron. préc.*, pour qui la présomption de faiblesse du consommateur devrait être une présomption simple, susceptible de preuve contraire.

⁴²⁶ P. GODÉ, « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », *RTD civ.* 1978, p. 744.

⁴²⁷ V. *supra* n° 32 s..

personnel ou familial⁴²⁸. La question de l'intérêt de la notion de non-professionnel se pose alors avec une particulière acuité. En d'autres termes, le non-professionnel existe-t-il ?⁴²⁹ Une réponse affirmative s'impose au regard du droit positif. La Cour de cassation a, en effet, décidé qu'une personne morale, en tant que non-professionnel, pouvait bénéficier de la protection contre les clauses abusives (A). Il faudra donc identifier quelles personnes morales sont protégeables (B). Néanmoins, il faut, au préalable, signaler que la portée de cette solution est limitée.

83. Limite de la notion de non-professionnel. L'article L. 132-1 du Code de la consommation offre sa protection aux non-professionnels qui pourront donc intenter une action individuelle en justice s'ils estiment être soumis à des clauses abusives. En revanche, l'action collective des associations de consommateurs en suppression de clauses abusives est recevable seulement à l'encontre des clauses contenues dans les contrats proposés ou destinés au consommateur, et non au non-professionnel, selon les termes de l'article L. 421-6 du Code de la consommation.

A. Une personne morale

84. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 15 mars 2005. Il y a une hésitation naturelle à faire bénéficier une personne morale de la protection contre les clauses abusives⁴³⁰ et plus largement, du droit de la consommation. D'ailleurs, il a été vu précédemment qu'une personne morale ne peut avoir le statut de consommateur⁴³¹, réservé aux personnes physiques, qui seules agissent à des fins personnelles ou familiales. Peut-elle, en revanche, prétendre au statut de non-professionnel ? Bien que rien ne soit précisé sur ce sujet dans le Code de la consommation⁴³², la Cour de Cassation a décidé, dans un arrêt du 15 mars 2005⁴³³, que :

⁴²⁸ V. *supra* n^{os} 60 s..

⁴²⁹ À l'instar de J.-P. Chazal qui se demandait : « Le consommateur existe-t-il ? », chron. préc..

⁴³⁰ Pour des études d'ensemble sur la question de la protection des personnes morales par le droit de la consommation, v. notamment J. Amar, « Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation », chron. préc. ; K. DELAASUNCION-PLANES, « La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? », *LPA* 3 mars 2010, n^o 44, p. 3.

⁴³¹ V. *supra* n^{os} 62 s..

⁴³² Hormis les textes, déjà cités, qui réservent expressément la protection aux personnes physiques : celui sur le démarchage (art. L. 121-21 c. consom.), celui concernant le surendettement (art. L. 330-1 c. consom.), celui sur l'action en représentation conjointe (art. L. 422-1 c. consom.).

⁴³³ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, préc..

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

« Si, par arrêt du 22 novembre 2001⁴³⁴, 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 des 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 abusives⁴³⁵ ».

La Cour fait ainsi une habile utilisation de la faculté qui est laissée, par l'article 8 de la directive du 5 avril 1993, d'augmenter l'intensité de la protection prévue. Elle admet alors, de manière on ne peut plus explicite, que des personnes morales puissent se prévaloir du statut de non-professionnel, et ce au prix d'une distinction artificielle, puisque ce n'est pas ce à quoi le législateur a pensé en introduisant la notion de non-professionnel en 1978 ou en la maintenant en 1995.

85. La réitération de la solution jurisprudentielle. Certains auteurs ont prétendu que la Cour de cassation était revenue sur sa position. Deux arrêts sont cités en ce sens. Le premier en date du 11 décembre 2008⁴³⁶ a refusé l'application des clauses abusives au contrat conclu entre deux sociétés commerciales. Certains y ont vu - et s'en sont félicités - l'abandon de la distinction entre consommateurs et non-professionnels, et le fait que seules les personnes physiques pourraient désormais invoquer la législation sur les clauses abusives⁴³⁷. Nous ne partageons pas cette analyse qui semble extrapolée : rien dans l'arrêt n'indique que la Cour de Cassation entend abandonner la protection des non-professionnels personnes morales ; elle ne fait, selon nous, qu'une application logique de sa jurisprudence sur le rapport direct⁴³⁸. De plus, il existe d'autres types de personnes morales, comme les associations ou les syndicats de copropriétaires, auxquels la solution de l'arrêt de 2008, strictement réservée aux sociétés commerciales, est inapplicable.

Le second arrêt qui aurait prétendument corroboré cette impression est celui du 2 avril 2009⁴³⁹ dans lequel la Cour de cassation a refusé à un comité d'entreprise le droit d'invoquer les règles sur la reconduction des contrats. Une nouvelle fois, nous nous inscrivons en faux

⁴³⁴ CJCE, 22 novembre 2001, préc..

⁴³⁵ Nous soulignons.

⁴³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2008, *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 69, note L. LEVENEUR ; *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 3, obs. Y. PICOD ; *JCP E* 2009, p. 1278, note G. RAYMOND.

⁴³⁷ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 178. Cependant la position est nuancée au n° 15-1 : « On peut cependant penser que la Cour de cassation est en voie d'admettre que les personnes morales ne peuvent en aucun cas bénéficier de la législation protégeant les consommateurs ».

⁴³⁸ V. *supra* n°s 50 s..

⁴³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 2 avril 2009, *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 182, note G. RAYMOND ; *JCP* 2009, 328, note G. PAISANT ; *Droit et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 3, obs. Y. PICOD.

contre cette analyse⁴⁴⁰. En effet, l'article L. 136-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi du 28 janvier 2005 invocable en l'espèce, s'applique exclusivement au consommateur. Dès lors, étant donné que la Cour de cassation considère que le consommateur est nécessairement une personne physique⁴⁴¹ et que le comité d'entreprise est une personne morale, il était logique de lui refuser l'application de l'article L. 136-1. On ne voit pas pour autant en quoi cette solution remet en cause la possibilité de considérer certaines personnes morales comme des non-professionnels.

D'ailleurs, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, dite « loi Châtel » a modifié l'article L. 136-1 du Code de la consommation, afin d'en faire profiter désormais aussi bien les consommateurs que les « non-professionnels ». Or, la Cour de cassation a pris acte de cette réforme et a affirmé, dans un arrêt en date du 23 juin 2011⁴⁴², que :

« Les personnes morales [un syndicat de copropriétaires en l'espèce] ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions susvisées, applicables à la reconduction des contrats concernés, dès lors que le délai imparti au prestataire de services par le premier alinéa pour donner l'information requise n'avait pas commencé à courir à la date d'entrée en vigueur de l'article 33 de la loi du 3 janvier 2008 »⁴⁴³.

Il ne fait donc aucun doute, qu'à l'heure actuelle, des personnes morales peuvent bénéficier, en tant que non-professionnels, du droit de la consommation en général et de la législation en matière de clauses abusives en particulier.

86. Appréciation de la solution. La protection des personnes morales par le droit de la consommation est loin de faire l'unanimité. Certains n'y voient pas d'objection particulière⁴⁴⁴. D'autres formulent des critiques acerbes, estimant que les « personnes morales (ou plutôt leurs dirigeants) sont à même de déjouer les pièges contre lesquels le droit de la consommation veut protéger les personnes physiques »⁴⁴⁵ et qu'à ce titre, si elles « ont besoin de protection, [...] elles ne doivent pas chercher cette protection dans le droit de la consommation, mais dans le droit commun des contrats »⁴⁴⁶. Nous entendons et comprenons

⁴⁴⁰ À l'instar de G. Paisant, note préc., qui écrit à propos de l'arrêt du 2 avril 2009 que « cet arrêt ne signifie pas que, désormais, toutes les personnes morales seront systématiquement privées de la protection offerte par le Code de la consommation ».

⁴⁴¹ V. *supra* n° 60 s..

⁴⁴² Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 226, note G. RAYMOND; *D.* 2011, act. p. 1813.

⁴⁴³ Nous soulignons.

⁴⁴⁴ G. PAISANT, « Retour sur la notion de non-professionnel », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, PU Nancy, 2009, p. 231, spéc. n° 16 ; H. Davo et Y. Picod, *op. cit.*, n° 36 s.

⁴⁴⁵ G. Raymond, *op. cit.*, n° 45.

⁴⁴⁶ G. Raymond, *op. cit.*, n° 45.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

ces critiques, mais elles nous semblent excessives car toutes les personnes morales ne peuvent pas se prévaloir du statut de non-professionnel.

B. Identification des personnes morales non-professionnelles

87. Nécessité d'un critère. Lorsque la Cour de cassation affirme que les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels, cela ne signifie pas pour autant que toutes les personnes morales peuvent se prévaloir de ce statut. Preuve en est que la Cour le refuse aux sociétés commerciales⁴⁴⁷ qui sont bel et bien des personnes morales. Par conséquent, il faut distinguer les personnes morales non-professionnelles, admises à bénéficier des règles protectrices contre les clauses abusives, des autres. Certains auteurs n'ont pas manqué de relever le risque de casuistique sans fin, inhérent à la recherche d'un tel critère⁴⁴⁸, et d'insécurité juridique des transactions, les contractants ne pouvant pas connaître par avance le droit qui leur sera applicable. Ils ont aussi pu craindre qu'aucun critère objectif ne puisse être dégagé, ce qui conduirait à un subjectivisme regrettable. Il nous semble pourtant qu'un critère, déjà bien connu, peut être très utile dans l'identification des personnes morales non professionnelles : celui du rapport direct.

88. Recours au critère du rapport direct. En effet, on a vu que le critère du rapport direct permettait de délimiter le cercle des personnes pouvant bénéficier de la protection contre les clauses abusives, et plus largement du droit de la consommation. Ainsi, dès lors qu'une personne, physique ou morale, conclut un contrat qui a un rapport direct avec son activité professionnelle, elle ne peut se prévaloir des règles protectrices. L'étude de l'application jurisprudentielle du critère du rapport direct a démontré, qu'en matière de clauses abusives, il revenait, en fait, à exclure toute protection dès que la personne avait une activité professionnelle⁴⁴⁹. On peut donc en déduire que les personnes morales exerçant une activité professionnelle ne pourront jamais se prévaloir de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (1) tandis que les personnes morales sans activité professionnelle pourront au contraire en bénéficier en revendiquant leur qualité de non-professionnel (2).

⁴⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2008, arrêt préc..

⁴⁴⁸ V. not. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 15-1. Il faut noter que, pendant longtemps, Monsieur Calais-Auloy a été favorable à la protection des personnes morales par les clauses abusives et le droit de la consommation, (v. les projets de réforme du droit de la consommation), mais, dans la dernière édition de son ouvrage, il limite les notions de consommateur et de non-professionnel aux personnes physiques au nom de la sécurité juridique) ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 45.

⁴⁴⁹ V. *supra* n° 50 s..

1. Personnes morales exerçant une activité professionnelle

89. Existence d'un rapport direct : personne morale avec activité professionnelle. Si une personne morale conclut un contrat en rapport direct avec son activité professionnelle, la protection contre les clauses abusives est logiquement exclue, car il n'existe aucune raison de traiter différemment les professionnels personnes physiques et les professionnels personnes morales⁴⁵⁰. Il faut donc déterminer quelles sont les personnes morales professionnelles, c'est-à-dire quelles sont les personnes morales qui agissent à des fins professionnelles. Quatre catégories peuvent être identifiées : les sociétés, les associations et autres groupements ayant une activité professionnelle ainsi que les personnes publiques passant des marchés publics.

90. Sociétés commerciales. Aucune société commerciale ne peut pas se prévaloir de la législation en matière de clauses abusives étant donné que tous les contrats qu'elle conclue sont nécessairement en rapport direct avec son activité professionnelle, telle qu'elle est définie dans les statuts et délimitée par l'objet social. C'est ce qui explique la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 11 décembre 2008⁴⁵¹ :

« Les dispositions du texte susvisé [art. L. 132-1 c. consom.], selon lesquelles sont réputées non écrites, parce qu'abusives, certaines clauses des contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services conclus entre sociétés commerciales⁴⁵² ».

Dans cette affaire, deux sociétés commerciales avaient conclu un contrat de dépôt et de gestion d'un distributeur de boissons. La cour d'appel avait déclaré la clause d'exclusivité abusive, en considérant que la société dépositaire devait « être considérée comme un simple consommateur, l'objet dudit contrat n'ayant strictement aucun rapport avec son activité »⁴⁵³. La cour d'appel avait donc caractérisé l'absence de lien direct pour justifier l'application des clauses abusives. La cassation n'était guère douteuse : une société commerciale conclut nécessairement des contrats qui ont un rapport direct avec son activité professionnelle, étant donné que la conclusion des contrats par une telle société est délimitée par son objet social. Cet arrêt n'est, selon nous, qu'une application logique de sa jurisprudence sur le rapport

⁴⁵⁰ V. *supra* n° 17.

⁴⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2008, préc.. Même solution pour l'application de l'art. L. 136-1 c. consom., v. not. Cass. com., 6 septembre 2011, *Contrats, conc., consom.* 2011, comm. 248, note G. RAYMOND.

⁴⁵² Nous soulignons.

⁴⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2008, préc..

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

direct⁴⁵⁴ et ne fait que systématiser une jurisprudence déjà bien établie refusant l'application des clauses abusives à des sociétés s'en prévalant⁴⁵⁵. Les sociétés commerciales ne sont donc pas des personnes morales non professionnelles qui peuvent bénéficier de la législation sur les clauses abusives⁴⁵⁶.

Sur cette question, la position du Conseil d'État semble radicalement différente. En effet, dans la décision *Société des eaux du Nord*⁴⁵⁷, ce dernier accepte que deux sociétés se prévalent du droit des clauses abusives dans le contrat de service des eaux qu'elles ont conclu avec la Société des Eaux du Nord. De même, il a accepté de vérifier si les clauses d'un contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises, conclu entre deux sociétés, étaient abusives, dans une décision en date du 6 juillet 2005⁴⁵⁸. Or, il est évident que dans le cadre de la jurisprudence judiciaire actuelle, ces sociétés n'auraient assurément pas bénéficié du label protecteur de non-professionnel, ni de consommateur d'ailleurs. Néanmoins la solution du droit administratif semble s'expliquer par la particularité du contentieux objectif de la légalité. En effet, dans un tel contentieux, la qualification de la nature des relations entre les justiciables est sans influence sur l'appréciation de la légalité de l'acte lui-même⁴⁵⁹.

91. Sociétés civiles. En ce qui concerne les sociétés civiles, il faut distinguer entre celles qui ont une activité professionnelle et celles qui n'en n'ont pas. La protection contre les clauses abusives n'est pas envisageable pour les premières⁴⁶⁰ tandis qu'elle l'est pour les secondes.

L'exemple des sociétés civiles immobilières (SCI) illustre bien cette distinction. Certaines d'entre elles sont constituées dans le but d'exercer une activité professionnelle dans le domaine de l'immobilier. Dans ce cas, elles ne peuvent pas se prévaloir de la législation sur les clauses abusives car elles sont considérées comme des professionnels⁴⁶¹. C'est en ce sens

⁴⁵⁴ V. *supra* n° 50 s..

⁴⁵⁵ V. par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, préc. (verrière) ; Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, préc. (société de fabrication de bracelets en cuir) ; Cass. 1^{ère} civ., 18 février 1997, préc. (société anonyme) ; Cass. 1^{ère} civ., 23 février 1999, préc. (société de location de bateaux).

⁴⁵⁶ Ni de l'article L. 136-1 c. consom., v. Cass. com., 6 septembre 2011, préc. : « 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 ».

⁴⁵⁷ CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, préc..

⁴⁵⁸ CE, 6 juillet 2005, *D.* 2005 p. 2094, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2005, II, 10154, concl. Fr. DONNAT ; *RTD civ.* 2005 p. 779, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴⁵⁹ Dans le même sens, v. Fr. Donnat, concl. préc..

⁴⁶⁰ Nous avons vu qu'il n'y a pas que les activités commerciales qui soient professionnelles, v. *supra* n° 25.

⁴⁶¹ Pour des décisions admettant qu'une SCI est un professionnel auquel il est possible de reprocher une clause abusive, v. Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012, *D.* 2013, pan. p. 949, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDI* 2013, p. 93, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP E* 2012, n° 1723, note N. DUPONT ; *RJDA* 2013, n° 71 ; *Gaz. Pal.*

que la Cour de cassation s'est prononcée, dans une affaire où une SCI demandait à bénéficier de cette protection dans un contrat de prêt⁴⁶². Il s'agit certes d'une jurisprudence antérieure au critère du rapport direct, mais la Cour relève que le prêt était « destiné à financer l'acquisition d'un immeuble à usage de bureaux », ce qui semble caractériser des besoins professionnels. En revanche, d'autres SCI n'ont pas d'activité professionnelle. Il s'agit de SCI familiales constituées en vue de détenir la résidence principale et secondaire et d'organiser leur transmission ou de SCI créées en vue de placement immobilier. Dans de telles hypothèses, l'application de l'article L. 132-1 ne paraît pas exclue.

Les sociétés civiles professionnelles (SCP) ont, en revanche, nécessairement et comme leur nom l'indique, une activité professionnelle. Il leur est donc impossible de se prévaloir des clauses abusives⁴⁶³. Cette solution est d'ailleurs cohérente : si l'avocat, personne physique, ne peut se prévaloir des clauses abusives dans un contrat de télésurveillance, il serait illogique qu'une SCP d'avocats puisse en bénéficier.

92. Associations ayant une activité professionnelle. Certaines associations ont une activité professionnelle, c'est-à-dire une activité de fourniture de biens ou de prestation de services en matière industrielle, commerciale, artisanale ou agricole⁴⁶⁴. En tant que telles, elles doivent donc être regardées comme des professionnels au sens du droit de la consommation⁴⁶⁵. C'est pourquoi la Cour de cassation a refusé d'accorder la protection contre les clauses abusives :

- à un « syndicat professionnel constitués entre éleveurs » (association de conseil en élevage laitier et prestataire de service) pour un contrat de location de matériel informatique avec option d'achat⁴⁶⁶ ;
- à une fédération d'athlétisme pour le contrat de prêt souscrit afin d'améliorer les conditions d'exercice de son activité⁴⁶⁷.

2012, p. 3490, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *Defrénois* 2013, p. 525, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *Constr.-Urb.* 2012, n° 182, obs. Ch. SIZAIRE ; Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013, n° 12-11.797.

⁴⁶² Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1993, *Contrats, conc. consom.* 1993, comm. 159, note G. RAYMOND estimant qu'une SCI n'est pas un consommateur.

Contra v. Cass. 3^{ème} civ., 11 juillet 2001, n° 99-20.970, qui applique l'art. L. 132-1 c. consom. à une SCI ayant manifestement une activité professionnelle puisqu'elle gère, en tant que maître de l'ouvrage, la réalisation d'une clinique (les clauses litigieuses ne sont pas jugées abusives en l'espèce).

⁴⁶³ *Contra*, R. Martin, art. préc..

⁴⁶⁴ M. Behar-Touchais et C. Legros, V° Association, art. préc..

⁴⁶⁵ V. not. Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, préc., qui admet l'action en suppression de clauses abusives contre les contrats proposés par une fédération d'associations de locations de vacances et *supra* n° 17.

⁴⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, préc..

⁴⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, préc..

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

93. Autres groupements ayant une activité professionnelle. Il existe en droit français d'autres types de groupements, dotés de la personnalité, qui ont un statut mixte, entre association et société. Ces groupements ne peuvent se prévaloir des clauses abusives dès lors qu'ils ont une activité économique. La jurisprudence donne notamment l'exemple du groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC)⁴⁶⁸, mais la solution pourrait sans nul doute être étendue aux groupements d'intérêt économique (GIE).

94. Personnes publiques concluant un marché public. La jurisprudence fournit un autre exemple de personnes morales ne pouvant pas bénéficier de la protection contre les clauses abusives. Il s'agit des personnes publiques passant des marchés publics avec des professionnels pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Le Conseil d'État a affirmé, dans la décision *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics* en date du 23 février 2005⁴⁶⁹, que la passation des marchés publics est régie par les dispositions du Code des marchés publics et que les entreprises soumissionnaires ne peuvent pas invoquer l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui ne s'applique qu'aux relations entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur.

2. Personnes morales sans activité professionnelle

95. Absence de rapport direct : personne morale sans activité professionnelle. Il arrive qu'une personne morale n'ait pas d'activité professionnelle, ce qui est le cas lorsqu'elle est un groupement de personnes physiques non-professionnelles. En dépit de la théorie de la personnalité morale en vertu de laquelle un groupement est considéré comme un sujet de droit en soi, une entité distincte de la personne des membres qui le composent⁴⁷⁰, il semble que c'est bien en considération de ces membres, auxquels est étendue la présomption de faiblesse, que la protection contre les clauses abusives est accordée.

Ainsi, l'article L. 132-1 du Code de la consommation a été appliqué aux syndicats de copropriétaires par la Commission des clauses abusives qui a adopté deux recommandations

⁴⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 2001, préc..

V. *contra*, Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1993, préc., appliquant à un GAEC l'article L. 121-21 c. consom., mais sous l'empire de la jurisprudence antérieure au critère du rapport direct.

⁴⁶⁹ CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres*, AJDA 2005, p. 668, note J.-D. DREYFUS ; RFDA 2005, p. 483, concl. D. CASAS.

⁴⁷⁰ V° Personnalité, in *Vocabulaire Juridique*, op. cit., sens 1, personnalité morale.

relatives aux contrats proposés par les syndicats de copropriété⁴⁷¹. De même, la Cour de cassation ayant expressément admis qu'un syndicat de copropriétaire se prévale de l'article L. 136-1 du Code de la consommation en tant que non-professionnel⁴⁷², il est légitime de dire qu'elle admettrait tout autant qu'il invoque l'article L. 132-1.

On peut penser que les comités d'entreprise ou d'établissement⁴⁷³ pourraient également bénéficier des clauses abusives en tant que non-professionnels.

De même, les associations ayant une activité non professionnelle⁴⁷⁴, comme, par exemple, une association de parents d'élèves⁴⁷⁵ ou une fondation⁴⁷⁶ pourraient s'en prévaloir. Il semble, à ce titre que les syndicats professionnels, entendus comme les associations ayant pour objet la défense et l'étude d'intérêts professionnels⁴⁷⁷, ne sont pas des professionnels car ils n'exercent pas une activité économique de telle sorte qu'ils peuvent bénéficier de la protection contre les clauses abusives⁴⁷⁸.

⁴⁷¹ *Recomm.* n° 96-01, *BOCCRF* 24/01/1996, relative aux contrats proposés par les syndicats de copropriété et *Recomm.* n° 11-01 relative aux contrats de syndicat de copropriété, *BOCCRF* 26/04/2012. V. aussi favorables à cette solution, G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., n° 18 ; M. Luby, « Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (A propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, *Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas, aff. C-542/99*) », chron. préc..

⁴⁷² Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, C. ROUQUETTE-TÉROUANNE, « Le syndicat des copropriétaires est un non-professionnel au sens de l'article L. 136-1 du Code de la consommation », *Loyers et copr.* 2011, ét. 11, p. 13 ; *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 226, note G. RAYMOND ; *D.* 2011, p. 2245, note S. TISSEYRE ; *JCP G* 2011, 1080, note G. PAISANT ; *JCP E* 2011, 1660, note P. LEMAY ; *LEDC* 2011, comm. 123, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2011, p. 1246, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Rev. loyers* 2011/919, n° 1328, p. 325, note D. BERT ; *D.* 2012, pan. droit de la consommation, p. 844, obs. E. POILLOT.

⁴⁷³ G. Paisant, art. préc., n° 18. En ce sens, v. CA Paris, 22 octobre 1991, *Contrats conc. consom.* 1991, comm. 63, note G. RAYMOND ; CA Paris, 30 mars 2001 ; CA Dijon, 8 novembre 2001 ; CA Lyon, 23 juin 2005, consultables sur le site Internet de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>.

⁴⁷⁴ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 178 ; H. Davo, Y. Picod, *op. cit.*, n° 256 ; G. Paisant, art. préc., n° 18 ; R. Martin, art. préc., n° 8. V. aussi M. Luby, chron. préc., qui limite la solution aux associations sans but lucratif.

V. aussi la réglementation est jugée applicable à un contrat de location d'un photocopieur conclu par une association alors qu'elle n'était ni vendeur, ni loueur, ni réparateur de photocopieurs (CA Paris, 4 juillet 1996, *D. aff.* 33/1996, p. 1057) ; à une association éducative à but non lucratif pour un contrat de télésurveillance (CA Chambéry, 24 septembre 2002, consultable sur le site Internet de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>).

⁴⁷⁵ CA Poitiers, 4 décembre 2002, consultable sur le site Internet de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>.

⁴⁷⁶ M. Luby, chron. préc..

⁴⁷⁷ Art. L. 2132-1 s. nouv. c. trav..

⁴⁷⁸ En ce sens, v. CA Paris, 28 mai 1999 (consultable sur le site Internet de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>) : « Ayant, conformément aux dispositions du code du travail, pour objet de coordonner l'action de tous les syndicats et sections syndicales adhérents pour la défense des intérêts matériels et moraux et des revendications de tous leurs membres, de représenter et défendre les intérêts collectifs de la profession auprès des chambres patronales, des pouvoirs publics et de toutes autres instances ; et n'exerçant aucune activité de nature économique, le syndicat cocontractant ne saurait être considéré comme un professionnel au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation, de sorte qu'il est recevable à invoquer ce texte ».

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

Enfin, il est apparu que certaines sociétés civiles immobilières qui n'ont pas d'activité professionnelle pourraient invoquer le bénéfice de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁴⁷⁹.

96. Conclusion du chapitre. L'absence, souvent décriée, de définition des principaux acteurs du droit de la consommation et du droit des clauses abusives en particulier, ne soulève guère, en réalité, de difficultés majeures. Il demeure, certes, quelques incertitudes sur les frontières de la notion de consommateur⁴⁸⁰ ou sur l'identification des personnes morales non-professionnelles⁴⁸¹. Cependant, dans l'ensemble, professionnel, consommateur et non-professionnel sont aujourd'hui bien identifiés et le champ d'application des clauses abusives est bien délimité. Il faut saluer ici l'œuvre de la jurisprudence qui a défendu une conception purement consumériste de la notion de clause abusive grâce à l'instauration du critère du rapport direct qui aboutit à des solutions claires et efficaces en la matière. Ainsi aucun professionnel, défini comme la personne physique ou morale qui exerce une activité professionnelle régulière, qu'elle soit de nature privée ou publique et qui conclut un contrat ayant un rapport direct avec cette activité, ne peut se prévaloir de la législation sur les clauses abusives. Cette dernière pourra, en revanche, lui être opposée soit par un consommateur, personne physique qui agit dans un but personnel et familial, soit par un non-professionnel, personne morale sans activité professionnelle. Le fondement de la protection contre les clauses abusives, et de manière plus générale du droit de la consommation, en sort renforcé : il s'agit de protéger des personnes présumées en situation de faiblesse vis-à-vis des professionnels, présumées en position de force et qui sont liées entre elles par un contrat de consommation dont les clauses sont sujettes au contrôle de leur caractère abusif.

⁴⁷⁹ V. *supra* n° 91.

⁴⁸⁰ V. *supra* nos 67, 74, 78 et 80.

⁴⁸¹ V. *supra* n° 95.

CHAPITRE II. **LES CLAUSES DES CONTRATS DE CONSOMMATION**

97. Abus d'une clause d'un contrat. L'article L. 132-1 du Code de la consommation délimite le domaine d'application de la notion de clause abusive au regard de celle de contrats de consommation. Le critère principal du contrat de consommation est la qualité des parties contractantes : professionnel et non-professionnel ou consommateur. Néanmoins, il ne suffit pas que la situation fasse coexister ces protagonistes pour que l'article L. 132-1 s'applique. Encore faut-il qu'ils se trouvent dans une relation contractuelle (Section I) et que les clauses contractuelles qui les lient soient susceptibles d'être déclarées abusives (Section II).

SECTION I. UNE RELATION CONTRACTUELLE

98. Plan. Selon l'article L. 132-1 du Code de la consommation, la protection contre les clauses abusives a lieu « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ». L'application de ce texte n'est donc envisageable que s'il existe une relation de nature contractuelle entre le professionnel, d'une part, et le non-professionnel ou le consommateur, d'autre part (§ 1). Néanmoins, cette condition est nécessaire et suffisante, car tout contrat peut être soumis au contrôle de ces clauses abusives (§ 2).

§ 1. Nécessité d'un contrat

99. Plan. Une relation contractuelle est nécessaire pour que la lutte contre les clauses abusives soit menée. L'exigence n'a cependant pas la même vigueur selon qu'il s'agit de l'action individuelle d'un consommateur sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, ou de l'action des associations de consommateurs (art. L. 421-6) et de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) (art. L. 141-1 § VI) en suppression des clauses abusives, ou encore dans le cadre des recommandations de la Commission des clauses abusives (art. L. 534-1). En effet, dans le premier cas, la conclusion du contrat doit être effective (A) tandis que, dans les autres, elle ne doit être que potentielle (B).

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

A. « Contrats conclus » entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur

100. Conclusion effective d'un contrat entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 du Code de la consommation pose expressément l'exigence de la conclusion d'un contrat : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui... »⁴⁸². L'enjeu est important puisque la conclusion de la convention conditionne l'application de ce texte. Cette exigence signifie donc que la lutte contre les clauses abusives sur le fondement de l'article L. 132-1 est organisée seulement pour les contrats déjà formés, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu rencontre des volontés entre les parties. Ce qui importe, c'est que le professionnel et le non-professionnel ou consommateur soient en position de contractants (1). La plupart du temps, cette condition est aisée à vérifier. Néanmoins, il existe des hypothèses délicates dans lesquelles on peut douter de la nature contractuelle de la relation qui lie le professionnel au non-professionnel ou consommateur (2).

1. Exigence de conclusion, et non de rédaction, d'un contrat

101. Contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur et rédigé par un tiers professionnel. L'article L. 132-1 du Code de la consommation s'applique à tous les contrats conclus entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur, et ce indépendamment de la qualité de leur rédacteur, c'est-à-dire même s'ils ont été établis par un tiers professionnel. Il en est ainsi pour les conventions rédigées, par exemple, par un avocat, un notaire ou un huissier. On a pu douter de l'application des clauses abusives à de tels contrats, l'intervention de ces professionnels dans la rédaction étant jugée comme un gage de sécurité, notamment lorsque ce sont des officiers ministériels et tout particulièrement pour les actes authentiques. Cependant, aucune disposition de l'article L. 132-1 ne permet de les écarter de l'application de la législation en matière de clauses abusives⁴⁸³.

102. Contrat entre deux non-professionnels ou consommateurs et rédigé par un tiers professionnel. Cette hypothèse diffère de la précédente en ce que la convention, si elle est

⁴⁸² Nous soulignons.

⁴⁸³ Dans le même sens, v. B. GELOT, « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », *Deffrénois*, p. 1201, spéc. n° 4 et 5 ; D. Mazeaud, « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », art. préc. n° 17 ; G. Chantepie, note préc..

rédigée par un tiers, souvent représentant ou intermédiaire de l'une des parties, est conclue entre consommateurs ou non-professionnels. C'est le cas, par exemple, du contrat de louage d'habitation qui est fréquemment proposé au locataire par un gérant, professionnel, représentant du bailleur, simple particulier. Certains auteurs réclament l'application de la législation sur les clauses abusives en raison de la faiblesse du consommateur non représenté⁴⁸⁴. Mais la lettre de l'article L. 132-1 du Code de la consommation l'interdit⁴⁸⁵, car s'il a été rédigé par un professionnel, le contrat n'a pas été pour autant conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur. D'ailleurs, dans un arrêt en date du 4 mai 1999⁴⁸⁶, la Cour de cassation se prononce en faveur de cette interprétation du texte. En l'espèce, des époux avaient donné mandat de vendre leur appartement à une société. Un compromis de vente a été conclu avec un particulier, sachant que l'acte avait été établi selon un modèle type édité par une société d'édition de formulaires juridiques. L'acquéreur se plaint de clauses abusives, mais la cour d'appel relève d'office une fin de non-recevoir, tirée de ce que tant les vendeurs que l'acquéreur étaient des non-professionnels. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre cette décision⁴⁸⁷.

2. Hypothèses délicates

103. Plan. Dès lors qu'un contrat est conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur, il est soumis à l'article L. 132-1 du Code de la consommation. En revanche, la protection contre les clauses abusives est exclue dans les hypothèses dans lesquelles l'un ou l'autre, tout en étant concerné par le contrat, n'est pas en position de contractant⁴⁸⁸. Or, il est trois hypothèses dans lesquelles la qualité de contractant a été discutée.

⁴⁸⁴ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 178-1 ; D. MAZEAUD, obs. *Defrénois* 1999, p. 1004 ; G. PAISANT, note *JCP* 1999, II, 10205 ; J.-P. PIZZIO, obs. *D.* 2000, somm. p. 48.

⁴⁸⁵ En ce sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 178-1.

⁴⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 124, note L. LEVENEUR ; *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 134, note G. RAYMOND ; *D.* 2000, somm. p. 48, obs. J.-P. Pizzio ; *Defrénois* 1999, p. 1004, obs. D. Mazeaud ; *Droit et Patrimoine* janvier 2000, p. 95, obs. P. CHAUVEL ; *JCP G* 1999, II, 10205, note G. Paisant ; *JCP E* 1999, II, 1827, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 2000. 107, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴⁸⁷ V. *infra* n°s 118 s., pour une remise en cause partielle de cet arrêt.

⁴⁸⁸ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 178-1.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

a. Existence d'un contrat entre usager et service public

104. Position du problème. De nombreux auteurs rappellent que si le service public est un professionnel et l'utilisateur un consommateur au sens du droit de la consommation⁴⁸⁹, encore faut-il pour que les clauses abusives s'appliquent, qu'existe entre le service public et l'utilisateur une relation contractuelle⁴⁹⁰.

Or, concernant les services publics administratifs, il a été relevé que la relation qui les lie à l'utilisateur n'est pas contractuelle (aucun consentement n'existe), mais légale et réglementaire (relation de sujétion) – puisque entièrement soumis au droit public – ce qui exclurait toute possibilité d'application de la législation en matière de clauses abusives⁴⁹¹. De la même manière, les contrats de services publics industriels et commerciaux peuvent aussi comporter des clauses réglementaires. En effet, ils sont assortis d'une police d'abonnement (ou un document quelconque) dans laquelle figurent des stipulations qui sont le reflet de celles contenues dans le contrat de concession⁴⁹² ou d'affermage⁴⁹³ par lequel la gestion du service public a été déléguée à un établissement public ou à un organisme de droit privé⁴⁹⁴. Or, ces contrats sont des actes mixtes d'après la jurisprudence du Conseil d'État⁴⁹⁵, c'est-à-dire que leur cahier des charges⁴⁹⁶ contient « des dispositions qui sont l'expression de la seule volonté de l'administration et d'autres qui concrétisent l'existence d'un accord contractuel »⁴⁹⁷. Les

⁴⁸⁹ V. *supra* n^{os} 26 s. et n^o 77.

⁴⁹⁰ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n^o 179.

⁴⁹¹ V. en ce sens, J.-P. Gridel, art. préc., dont le III-B s'intitulait « Inapplicabilité de l'art. 35 aux prestations fournies par les services publics administratifs ».

⁴⁹² Sur la concession de service public, v. R. Chapus, *op. cit.*, n^o 809 s..

⁴⁹³ Sur l'affermage, v. R. Chapus, *op. cit.*, n^o 819..

⁴⁹⁴ En revanche, lorsque la gestion du service public est assurée en régie par une entreprise publique ou privée, « le contrat liant le service à l'utilisateur est un contrat de droit privé dépourvu de clauses réglementaires. Il relève de la compétence du juge judiciaire qui peut lui appliquer la législation des clauses abusives », v. TGI Paris, 17 janvier 1990, *D.* 1990, p. 289, note J. GHESTIN.

⁴⁹⁵ CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey Tivoli, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e éd., Dalloz, 2013, n^o 17 ; 5 mars 1943, *Compagnie générale des eaux*, *D.* 1944, p. 121.

⁴⁹⁶ Si le cahier des charges est un cahier des charges type, alors toutes ces clauses sont de nature réglementaire, selon la jurisprudence, v. CE, 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, *CJEG* 1961, p. 175, concl. G. BRAIBANT.

En faveur du caractère réglementaire du cahier des charges type, v. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, LGDJ, 1996, p. 168 ; A. MESTRE, *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'Administration*, LGDJ, 1974, p. 198 ; G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, th. Montpellier 1945, p. 281 ; P. RONGERE, *Le procédé de l'acte type*, LGDJ, 1966, p. 246 s..

Sur la nature du cahier des charges types, v. F. MODERNE, « Les arrêts et le contentieux de la concession de service public », *RFDA*, 1987, p. 11.

Depuis la loi n^o 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et régions, les cahiers des charges types de concession et d'affermage ne constituent plus que des modèles auxquels les collectivités locales ou leurs groupements peuvent toujours se référer, mais sans pouvoir y être contraints.

⁴⁹⁷ R. Chapus, *op. cit.*, n^o 661.

secondes sont « assurément contractuelles »⁴⁹⁸, tandis que les premières « ont un caractère réglementaire [ou unilatéral] »⁴⁹⁹ : ce sont toutes celles relatives à l'organisation et au fonctionnement du service⁵⁰⁰, aux « conditions dans lesquelles le concessionnaire doit s'acquitter de sa mission, et notamment les modalités de ses rapports avec les usagers (notamment, tarif des redevances à percevoir) »⁵⁰¹. Si l'application du droit privé et partant des clauses abusives aux clauses de nature contractuelle, ne fait pas de doute⁵⁰², on pouvait, en revanche, douter de l'application de l'article L. 132-1 aux clauses de nature réglementaire.

105. Solution jurisprudentielle. Dans la décision *Société des eaux du Nord*⁵⁰³, déjà citée, le Conseil d'État a accepté de contrôler le caractère abusif d'une clause d'un règlement stipulée dans un contrat de fourniture d'eau conclu entre un service public industriel et commercial et un usager. Pour justifier l'application des clauses abusives, on pourrait, certes, arguer du fait que la clause insérée dans un contrat d'adhésion avait perdu son caractère réglementaire, pour prendre un caractère contractuel, « mais, dans ce cas, puisqu'il s'agissait d'un service public industriel et commercial, pourquoi est-ce le juge administratif qui a statué, et non le juge judiciaire qui a dû lui poser une question préjudicielle ? C'est bien que, pour le Conseil d'État, la clause litigieuse gardait son caractère réglementaire »⁵⁰⁴. Dès lors, selon cette jurisprudence, rien n'empêche d'appliquer les clauses abusives aux clauses réglementaires qui régissent la situation de l'utilisateur du service public administratif⁵⁰⁵.

⁴⁹⁸ R. Chapus, *op. cit.*, n° 661 : Il s'agit de « celles qui déterminent la durée de la concession et les avantages financiers notamment, consentis au concessionnaire ou au concédant. Avec Duguit, on peut dire que ce sont les clauses qui n'auraient pas de raison d'être si le service était assuré ou l'ouvrage exploité en régie, c'est-à-dire par l'administration elle-même ».

⁴⁹⁹ R. Chapus, *op. cit.*, n° 661.

⁵⁰⁰ V. CE, 5 mars 1943, *Cie générale des eaux et syndicat des communes de la banlieue de Paris pour les eaux*, concl. R. ODENT, Rec. p. 63 ; D. 1944, p. 121.

⁵⁰¹ R. Chapus, *op. cit.*, n° 661.

⁵⁰² En effet, les contrats de services publics industriels et commerciaux sont des contrats de droit privé dont le contentieux relève de la compétence judiciaire, v. jurisprudence constante depuis TC, 24 juin 1954, *Dame Galland*, Rec. p. 717 ; CE, sect., 13 janvier 1961, *Département du Bas-Rhin*, Rec. p. 38 ; CE, 13 octobre 1961, *Établissements Companon-Rey*, Rec. p. 567 ; TC, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, Rec. p. 831.

⁵⁰³ CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, sur laquelle, v. *supra* n° 27 et *infra* n° 224.

⁵⁰⁴ J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, n° 45.

⁵⁰⁵ Dans le même sens, v. J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, art. préc., n° 45 : « Le paradoxe, consistant à appliquer ces dispositions en l'absence de contrat, ne pourra être véritablement surmonté que si le droit administratif consent à sacrifier un peu de son autonomie pour qualifier de contractuel ce type de relations ».

b. Relation entre adhérent et promettant d'un contrat d'assurance de groupe

106. Position du problème. Pour éclairer cette hypothèse, raisonnons sur les faits de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 22 mai 2008⁵⁰⁶ qui a traité de ce cas. En l'espèce, à l'occasion de la souscription de plusieurs emprunts auprès d'un établissement de crédit, un particulier adhère au contrat d'assurance de groupe conclu entre la société prêteuse et une compagnie d'assurances, afin que soit couvert le risque d'invalidité permanente et totale. Après avoir été déclaré inapte au travail et placé en retraite anticipée, l'emprunteur demande le remboursement du solde des crédits à l'assureur qui le lui refuse en se fondant sur une clause du contrat d'assurance qui stipule qu'aucune garantie n'est due lorsque l'assuré fait valoir ses droits à la retraite ou est placé en préretraite. L'emprunteur assigne alors l'assureur en dénonçant le caractère abusif de cette clause. La cour d'appel de Nîmes rejette sa demande au motif que l'article L. 132-1 du Code de la consommation est inapplicable puisque la clause litigieuse figure dans la convention conclue, non pas entre l'emprunteur et l'assureur, mais entre l'assureur et la société prêteuse, convention à laquelle l'emprunteur s'est contenté d'adhérer et à laquelle il n'est donc pas partie. Ce dernier se pourvoit en cassation. Dès lors, la Cour de cassation doit déterminer si l'adhérent à un contrat d'assurance de groupe peut se prévaloir, à l'encontre de l'assureur, du caractère abusif d'une de ces clauses.

Cette question est intimement liée à celle relative à la nature même du contrat d'assurance de groupe. Or, deux conceptions s'affrontent en la matière. Selon la conception « unitaire »⁵⁰⁷, il repose sur le mécanisme de la stipulation pour autrui. En effet, il est conclu entre l'assureur-promettant et le souscripteur-stipulant, tandis que l'assuré a la qualité de tiers bénéficiaire d'une stipulation souscrite à son profit qu'il accepte en adhérant au contrat d'assurance de groupe. Cette stipulation, qui a donc « pour objet la couverture des risques visés par le contrat d'assurance de groupe, se doublerait d'une deuxième stipulation en faveur de l'établissement

⁵⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008, p. 300 s. ; C. GOLDIE-GENICON, « L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives », *D.* 2008, chron. p. 2447 ; *D.* 2008, p. 1547, obs. X. DELPECH ; *D.* 2008, p. 1954, note D. R. MARTIN ; *Deffrénois* 2008, art. 38838, n° 6, obs. E. SAVAUX ; *JCP G* 2008, II, 10133, note A. SERIAUX ; *JCP G* 2008, I, 179, n° 8, obs. P. GROSSER ; *LEDC* juillet 2008, p. 4, obs. G. PILLET ; *RCA* 2008, comm. n° 270, note H. GROUDEL ; *RDC* 2008/4, p. 1155, obs. O. DESHAYES ; *RDC* 2008/4, p. 1214, obs. M. BRUSCHI ; *RGDA* 2008, p. 708, note J. BIGOT ; *RLDC* 2008, n° 51, p. 11, obs. V. MAUGERI ; *RTD civ.* 2008, p. 477, obs. B. FAGES. V. aussi G. CHANTEPIE, « La responsabilité des tiers impliqués dans la conclusion d'un contrat déséquilibré », *Liber amicorum Geneviève Viney*, LGDJ, 2008.

⁵⁰⁷ J. BIGOT, P. BAILLOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances*, t. 4, *Les assurances de personnes*, LGDJ, 2007, n° 819, p. 655.

de crédit ayant cette fois pour objet le versement de l'indemnité d'assurance »⁵⁰⁸. Une telle analyse est parfois critiquée. En effet, le principe veut que le promettant qui s'engage en vertu d'une stipulation pour autrui, s'engage à exécuter une prestation en faveur du tiers adhérent. Or, ce n'est pas le cas dans le contrat d'assurance de groupe dans lequel le promettant se contente de s'engager à conclure un contrat à des conditions prédéterminées avec le tiers adhérent qu'il aura bien voulu agréer. Quoi qu'il en soit, si la conception unitaire est retenue, l'article L. 132-1 ne peut pas recevoir application puisque le contrat d'assurance est conclu entre l'assureur-promettant et le souscripteur-stipulant, qui sont tous deux professionnels, tandis que l'assuré-adhérent, par ailleurs consommateur, n'est qu'un tiers au contrat. Selon la conception « éclatée »⁵⁰⁹ de l'assurance de groupe, il existerait non pas « un unique contrat d'assurance, assorti d'une multitude de stipulations pour autrui, mais une multitude de contrats d'assurance conclus entre l'assureur et chacun des adhérents-assurés »⁵¹⁰. Ainsi l'adhésion de l'assuré vaudrait offre de contracter et l'agrément de l'assureur acceptation de l'offre, la rencontre des volontés formant le contrat. Si l'analyse éclatée est retenue, alors l'application de l'article L. 132-1 est envisageable puisque le contrat est conclu entre un professionnel, l'assureur, et un consommateur, l'assuré.

107. Solution retenue par l'arrêt du 22 mai 2008. En faveur de quelle conception la Cour de cassation se prononce-t-elle dans l'arrêt du 22 mai 2008 ? La réponse est pour le moins ambiguë :

« L'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins, entre l'adhérent et l'assureur, qui l'a agréé, un lien contractuel direct, de nature synallagmatique⁵¹¹, dont les stipulations relèvent, comme telles, des dispositions du texte susvisé [art. L. 132-1 c. consom.] ».

L'apport de l'arrêt réside dans le fait qu'il lie la question de la nature de l'assurance de groupe à celle de l'applicabilité des clauses abusives. Pour le reste, les solutions retenues dans l'arrêt du 22 mai étaient déjà connues. D'une part, la Cour de cassation avait déjà reconnu l'existence d'un lien de nature contractuelle entre l'adhérent et le promettant dans un arrêt du 7 juin 1989⁵¹² (mais sans pour autant répondre à la question de l'applicabilité de la réglementation des clauses abusives, qui ne lui était pas posée). D'autre part, elle avait admis

⁵⁰⁸ C. Goldie-Genicon, art. préc., n° 4.

⁵⁰⁹ M. PICARD et A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres*, t. IV, LGDJ, 1945, n° 38.

⁵¹⁰ C. Goldie-Genicon, art. préc., n° 5.

⁵¹¹ Nous soulignons.

⁵¹² Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1989, Bull. 1989, I, n° 233.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

dans un arrêt du 26 février 2002⁵¹³ que les dispositions relatives aux clauses abusives étaient applicables au contrat d'assurance de groupe (mais elle l'avait fait sans s'attarder sur la spécificité de la nature de ce contrat).

Cette solution peut dérouter, car bien qu'elle constate expressément que l'assurance de groupe résulte d'une stipulation pour autrui (conception unitaire), cela ne l'empêche pas de reconnaître l'existence d'un lien de nature contractuelle entre l'adhérent-consommateur et l'assureur-professionnel (conception éclatée), reconnaissance primordiale qui permet d'appliquer les dispositions concernant les clauses abusives. En réalité, la solution est moins contradictoire qu'il n'y paraît et semble fondée sur la stipulation de contrat pour autrui⁵¹⁴, stipulation par laquelle le promettant ne s'engage pas à l'exécution d'une prestation, mais à la conclusion d'un contrat, ce qui est précisément le cas de l'assureur dans l'assurance de groupe.

Cette solution nous paraît opportune et légitime, car elle préserve le statut protecteur des consommateurs sans nuire pour autant à la sécurité juridique. En effet, l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation à l'assurance de groupe ne trouble en aucun cas les prévisions contractuelles de l'assureur. Comme le reconnaît un auteur, « ce dernier a connaissance, au moment où il négocie le contrat de groupe, du type de population et du type de risques qui seront couverts par l'assurance qu'il propose. Il sait donc parfaitement par avance que sa garantie s'adresse à des consommateurs qui pourront, en cette qualité, se réclamer de la législation sur les clauses abusives »⁵¹⁵. Reste à s'interroger sur la portée de l'arrêt.

108. Portée de l'arrêt du 22 mai 2008. En premier lieu, l'expression « lien contractuel direct, de nature synallagmatique » peut prêter à controverse. En effet, deux interprétations sont envisageables⁵¹⁶ : soit ce lien contractuel synallagmatique n'est qu'un autre moyen de désigner l'existence d'un contrat conclu entre assureur et adhérent et l'arrêt serait alors une application pure et simple de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ; soit la Cour se contente d'un lien contractuel direct sans admettre qu'un contrat ait été directement conclu entre l'assureur-professionnel et l'assuré-consommateur et l'arrêt du 22 mai 2008 assouplirait

⁵¹³ Cass. 1^{ère} civ., 26 février 2002, *Defrénois* 2002, p. 771, obs. E. SAVAUX ; *RGDA* 2002, p. 351, note J. KULLMANN ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2002, AJ p. 1346.

⁵¹⁴ En ce sens, v. D. R. Martin, note préc. ; C. Goldie-Genicon, art. préc. ; B. Fages, obs. préc.. L'analyse sous-jacente de l'assurance de groupe comme une stipulation de contrat pour autrui est ancienne, v. Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1983, *RGAT* 1983, p. 526 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 1986*, *RGAT* 1987, p. 630. V. aussi, D. R. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.* 1994, chron. p. 145.

⁵¹⁵ C. Goldie-Genicon, art. préc., n° 15.

⁵¹⁶ Dans le même sens, v. C. Goldie-Genicon, art. préc., n° 18.

alors l'exigence de conclusion du contrat de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. De cette seconde interprétation pourrait découler une extension du champ d'application de ce texte. Madame Goldie-Genicon a notamment songé à « l'hypothèse d'une cession de contrat dans laquelle le cédé aurait la qualité de professionnel et le cessionnaire celle de consommateur : le cessionnaire pourrait invoquer contre le cédé le caractère abusif d'une clause, quand bien même on n'analyserait pas le consentement du cédé comme engendrant nouveau contrat »⁵¹⁷. En second lieu, il semble que la solution retenue dans l'arrêt du 22 mai 2008 pourra s'appliquer à toute stipulation de contrat pour autrui, en dehors du contrat d'assurance de groupe, dès lors que le tiers bénéficiaire aura la qualité de consommateur et sera élevé au rang de partie au contrat. En revanche, en cas de stipulation pour autrui « traditionnelle », selon laquelle le tiers bénéficiaire n'acquiert qu'un droit direct contre le promettant, toute application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation paraît exclue⁵¹⁸.

c. Action contractuelle directe d'un non-professionnel ou consommateur à l'encontre d'un professionnel avec lequel il n'a pas contracté

109. Position du problème. Il existe un certain nombre de cas dans lesquels un non-professionnel ou consommateur dispose d'une action contractuelle directe contre un professionnel avec lequel il n'a pas contracté. Par exemple, dans les chaînes de contrats, le non-professionnel ou consommateur, sous-acquéreur, dispose d'une action contractuelle directe contre le fabricant⁵¹⁹. De même, un non-professionnel ou consommateur, victime d'un dommage causé par un professionnel⁵²⁰, peut agir directement contre l'assureur de ce dernier⁵²¹. Dès lors se pose la question de l'opposabilité des clauses de la convention initiale, conclue entre deux professionnels, au non-professionnel ou consommateur qui exerce l'action contractuelle directe. En d'autres termes, la clause valablement stipulée entre le professionnel-défendeur à l'action et le professionnel cocontractant du consommateur-

⁵¹⁷ C. Goldie-Genicon, art. préc., n° 18.

⁵¹⁸ Dans le même sens, v. C. Goldie-Genicon, art. préc., n° 17.

⁵¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 1979, *RTD civ.* 1980, p. 534, obs. G. DURRY ; Cass. ass. plén., 7 février 1986, *D.* 1986, p. 293, note A. BÉNABENT ; *JCP G* 1986, II, 20616, note Ph. MALINVAUD.

⁵²⁰ La situation est différente si le consommateur ou non-professionnel est victime d'un dommage causé par un non-professionnel ou consommateur. Dans ce cas, si la victime exerce l'action directe, elle peut invoquer les moyens de défense que le contractant initial aurait pu opposer et donc elle peut se prévaloir des clauses abusives.

⁵²¹ L'action directe de la victime contre l'assureur du responsable a d'abord été admise par la jurisprudence (Cass. civ., 14 juin 1926, *DH* 1926, p. 339 ; *DP* 1927, p. 57, rapp. A. COLIN, note L. JOSSERAND). Cette action directe a ensuite été consacrée par l'article 53 de la loi du 13 juillet 1930, aujourd'hui art. L. 124-3 c. assur.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

demandeur (dans nos exemples, respectivement le fabricant et l'acquéreur intermédiaire, l'assureur et l'assuré) peut-elle être déclarée abusive à l'égard de ce dernier ?

La question divise⁵²² car elle fait s'affronter deux impératifs juridiques différents. Si l'on autorise le consommateur-demandeur à se prévaloir des clauses abusives, c'est la protection du consommateur qui triomphe, idée que certains défendent⁵²³ parce qu' « il y aurait [...] quelque paradoxe à refuser la protection de la loi à des consommateurs qui, n'ayant pas conclu le contrat, n'ont eu aucune possibilité de négociation »⁵²⁴. Si on le lui interdit, c'est la sécurité juridique qui est sauve par le respect des prévisions contractuelles du professionnel-défendeur⁵²⁵.

110. Solution. En pratique, dans une telle situation, il semble exclu que le non-professionnel ou consommateur puisse bénéficier de la législation en matière de clauses abusives. En effet, en premier lieu, il apparaît que la lecture littérale de l'article L. 132-1 du Code de la consommation s'y oppose, car le contrat en cause n'est pas conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur⁵²⁶. En second lieu, le droit commun n'est d'aucun recours puisqu'il admet que dans de telles actions, le défendeur oppose au demandeur toutes les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre son propre cocontractant, et ce indépendamment de leurs qualités respectives de professionnel et de consommateur. Ainsi le fabricant de la chose vendue est en droit d'opposer au sous-acquéreur⁵²⁷ ou au maître de l'ouvrage⁵²⁸ exerçant une action contractuelle tous les moyens de défense opposables à son propre contractant ; l'assureur peut opposer au tiers qui invoque le bénéfice de la police les exceptions opposables au souscripteur originaire⁵²⁹. On peut déduire de ces solutions, bien qu'elles ne concernent pas directement l'application de la législation relative aux clauses abusives dans les chaînes de contrat, que le demandeur-consommateur ne pourrait pas se prévaloir du caractère abusif d'une clause à l'encontre du défendeur-professionnel, dès lors

⁵²² Dans le même sens, v. D. Mazeaud, art. préc., n° 34.

⁵²³ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 178-1 ; G. VINEY, « L'action en responsabilité entre participants d'une chaîne de contrats », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Université Paris Val-de-marne et Paris II, 1990, p. 399, spéc. p. 423.

⁵²⁴ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 178-1.

⁵²⁵ Dans le même sens, v. M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 268, 1996, spéc. p. 387 s. ; C. Goldie-Genicon, art. préc. n° 15 ; P. JOURDAIN, obs. *RTD civ.* 1989, p. 555.

⁵²⁶ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 178-1.

⁵²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *Contrats, conc. consom.* 1995, comm. 159, note L. LEVENEUR ; *D.* 1996, somm. p. 14, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1996, jur. p. 395, note D. MAZEAUD ; *JCP* 1995, I, 3893, obs. G. VINEY ; *RDI* 1996, p. 74, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; *RTD com.* 1996, 74, obs. B. BOULOC.

⁵²⁸ Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 1992, *JCP G* 1992, I, 3625, obs. G. VINEY.

⁵²⁹ Art. L. 112-6 c. assur..

que le cocontractant de ce dernier était lui-même professionnel. Ainsi, le contrat initial, qui est la source de l'action directe, doit déterminer la mesure de cette action exercée par le consommateur, ce qui signifie que les clauses de ce contrat lui sont opposables et qu'il ne peut chercher à les faire réputer non écrites sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Certes, cette solution joue au détriment du non-professionnel ou consommateur, mais il faut toutefois relativiser sa portée car ces hypothèses sont assez rares en pratique⁵³⁰. En outre, il ne faut pas oublier que le non-professionnel ou consommateur a toujours la possibilité d'agir contre son cocontractant immédiat, et de bénéficier dans ce cadre de la protection de l'article L. 132-1, le cas échéant.

Si la lutte contre les clauses abusives sur le fondement de l'action individuelle de l'article L. 132-1 du Code de la consommation commande qu'un contrat entre un professionnel et un consommateur soit déjà conclu, l'exigence est différente lorsque les acteurs de la lutte sont la Commission des clauses abusives, les associations de consommateurs ou la DGCCRF.

B. Contrats à conclure

111. Plan. La possibilité de chasser les clauses abusives dans des contrats qui ne sont pas encore conclus est offerte à la Commission des clauses abusives (1), ainsi qu'aux associations de consommateurs et à la DGCCRF (2).

1. Les recommandations de la Commission des clauses abusives : contrat à conclure entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur

112. « Modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non-professionnels ou consommateurs ». L'article L. 534-1 du Code de la consommation⁵³¹ dispose, en substance, que dans son travail de recommandation, la Commission des clauses abusives est chargée de rechercher si les « modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non-professionnels ou consommateurs » contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif. Cette expression « désigne le document pré-rédigé sur lequel figurent les clauses des contrats à

⁵³⁰ D. Mazeaud, art. préc., n° 35, qui se demande si « l'hypothèse d'un consommateur, membre d'une chaîne contractuelle, à qui on oppose une clause stipulée dans un contrat conclu entre des professionnels ne constitue pas un épiphénomène ».

⁵³¹ Anc. art. L. 132-2 dénum., L. n° 2010-737, 1^{er} juillet 2010.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

conclure, ce que la pratique appelle couramment les "conditions générales du contrat" »⁵³². L'originalité du travail de la Commission des clauses abusives réside donc dans le fait qu'il peut porter sur des contrats déjà conclus comme sur des contrats qui ne le sont pas encore, à condition qu'ils soient destinés à régir une relation entre un professionnel, d'une part, et un consommateur ou un non professionnel, d'autre part.

La mise en œuvre de l'action en suppression des clauses abusives des associations de consommateurs et de la DGCCRF appelle davantage de précisions.

2. L'action des associations de consommateurs et de la DGCCRF en suppression des clauses abusives : contrats à conclure entre un professionnel et un consommateur

113. « Tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ».

L'action en suppression des clauses abusives, créée par la loi du 5 janvier 1988⁵³³, était ouverte aux associations de consommateurs contre les « modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non-professionnels ou consommateurs », c'est-à-dire contre les mêmes contrats qui peuvent faire l'objet d'une recommandation de la Commission des clauses abusives. Dès l'origine donc, l'action collective était possible alors même que la convention n'était pas encore conclue, la seule perspective contractuelle, et non une relation établie, étant suffisante⁵³⁴. La loi du 1^{er} février 1995 a ajouté une possibilité d'action contre les contrats « destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres ». Enfin, l'ordonnance du 23 août 2001 a modifié les conventions visées par l'action en suppression des clauses abusives ou illicites, qui peut désormais prospérer, contre « tout contrat ou type de contrat proposé ou

⁵³² Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 188, note 1.

⁵³³ Art. 6 L. n° 88-14 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, codifié à l'art. L. 421-6 c. consom. par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993. Sur cette loi, v. J. CALAIS-AULOY, « Les actions en justice des associations de consommateurs, commentaire de la loi du 5 janvier 1988 », *D.* 1988, chron. p. 193 ; G. PAISANT, « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *D.* 1988, chron. p. 253 ; E. PUTMAN, « La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs », *RRJ* 1988, p. 341 ; G. VINEY, « 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, 335 ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. p. 201, A. PELLISSIER ; *Gaz. Pal.* 1998, 1, doct. p. 268, L. BIHL ; et sur sa mise en œuvre, v. A. MORIN, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », *REDC* 1991, 3 ; A. MORIN, « Les actions en suppression des clauses abusives en France, bilan d'application de l'article 6 de la loi du 5 janvier 1988 », *INC Hebdo* 1993, n° 820 ; R. MARTIN, « Notes sur l'action en suppression des clauses abusives », *Contrats, conc. consom.* 1994, chron. 8 ; A. MORIN, « Les actions en suppression de clauses abusives, les apports récents de la jurisprudence », *INC Hebdo* 1994, n° 860 ; G. CHABOT, « L'action des associations agréées de consommateurs en suppression des clauses abusives », *LPA* 10 octobre 2000, n° 202, p. 16.

⁵³⁴ Dans le même sens, v. L. Leveneur, note *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 124 ; G. Chabot, art. préc., n° 3.

destiné au consommateur », selon les termes de l'article L. 421-6 du Code de la consommation.

Il faut noter que, depuis l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005⁵³⁵ – et c'est une nouveauté en droit de la consommation – la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) est aussi titulaire de l'action en suppression des clauses abusives, qui peut avoir lieu contre « tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur » comme le dispose l'article L. 141-1 § VI du Code de la consommation.

Ainsi, l'action en suppression des clauses abusives peut valablement prospérer contre « tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ». C'est pourquoi on dit que cette action a un caractère préventif (a). Néanmoins, la formule ne faisant pas état du cocontractant du consommateur, sa portée a été discutée (b).

a. Caractère préventif de l'action en suppression des clauses abusives

114. Affirmation du caractère préventif de l'action en suppression des clauses abusives. L'expression « contrat ou type de contrat proposé aux consommateurs » autorise les associations de consommateurs ou la DGCCRF à agir contre le ou les professionnels qui utilisent effectivement ces contrats. Quant à l'expression « contrat ou type de contrat destiné au consommateur », elle permet d'aller plus loin, et d'agir « en amont, contre ceux qui, sans être eux-mêmes contractants, ont rédigé les clauses abusives et en recommandent l'utilisation, notamment les organisations professionnelles qui éditent des conditions générales à l'intention de leurs membres, ou encore contre les franchiseurs qui fournissent à leurs franchisés des conditions générales préétablies »⁵³⁶ – à l'instar de ce qui était explicitement prévu par la réforme antérieure⁵³⁷ qui précisait que l'action était ouverte contre les contrats « destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres ». La formule est avantageuse car elle renforce incontestablement le champ de l'action : les associations de consommateurs et la DGCCRF sont ainsi recevables à agir contre le professionnel « alors même que ce dernier n'a pas encore diffusé ses modèles de contrats aux consommateurs »⁵³⁸. C'est le fameux caractère préventif de l'action en suppression des

⁵³⁵ Art. 2 O. n° 2005-1086, *JORF* 2 septembre 2005.

⁵³⁶ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 188.

⁵³⁷ L. n° 95-96 du 1^{er} février 1995.

⁵³⁸ G. PAISANT, « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », *JCP G* 2005, II, 10057.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

clauses abusives, par ailleurs consacré par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) dans un arrêt du 24 janvier 2002⁵³⁹ :

« 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 associations⁵⁴⁰ ».

Il en découle une plus grande efficacité de l'action en cessation tant dans sa mise en œuvre – cela évite aux associations de consommateurs et à la DGCCRF « d'avoir à lancer autant de procès qu'il y a de professionnels utilisant le contrat type proposé par l'organisation à laquelle ils adhèrent »⁵⁴¹ – que dans son résultat qui aura « pour effet de faire disparaître les clauses abusives de tous les modèles de contrat qu'elle a distribués à ses divers membres »⁵⁴². Si le caractère préventif de l'action était vu comme un moyen d'élargir les possibilités d'action des associations de consommateurs et de la DGCCRF, la Cour de cassation en a fait un moyen de la limiter.

115. Limitation de l'action en suppression des clauses abusives à son seul caractère préventif. La Cour de cassation s'est fondée sur le caractère préventif de l'action en suppression des clauses abusives pour limiter sa portée. En effet, elle estime que lorsqu'une convention (tout entière, ou seulement la clause litigieuse) a existé mais n'existe plus, l'action en cessation n'est plus légitime car il n'y a plus lieu à prévention. Ainsi l'action est irrecevable lorsque le contrat n'est plus proposé au consommateur à la date de l'introduction de l'instance⁵⁴³ ou au jour où le juge statue (ou du moins lorsque la preuve qu'il est toujours proposé n'est pas rapportée à ces dates)⁵⁴⁴ ; de même, le juge doit se fonder sur les modèles

⁵³⁹ CJCE, 24 janvier 2002, point 15, *D.* 2002, AJ p. 1065, obs. E. CHEVRIER ; *D.* 2002, p. 2930, obs. J.-P. PIZZIO ; *RTD civ.* 2002, p. 397, obs. J. RAYNARD ; *RTD com.* 2003. 195, obs. M. LUBY.

⁵⁴⁰ Nous soulignons.

⁵⁴¹ G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., n° 22.

⁵⁴² G. Paisant, art. préc., n° 22.

⁵⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, *Bull. civ.* I, n° 61, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 95, note G. RAYMOND ; *D.* 2005, pan. p. 2841, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D. aff.* 2005, AJ p. 487, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2005, I, 141, n° 15, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2005, p. 727, obs. D. FENOUILLET ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-16905, *Bull. civ.* I, n° 62, *CCE* 2005, comm. 85, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; S. Amrani-Mekki, obs. préc. ; C. Rondey, obs. préc. ; J. Rochfeld, obs. préc. ; *RDC* 2005, p. 733, obs. D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2005, p. 313, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁵⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-16935, *Bull. civ.* I, n° 59, G. Paisant, « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », art. préc. ; G. Raymond, note préc. ; C. Rondey, obs. préc. ; D. Fenouillet, obs. préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, *Bull. civ.* n° 488, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », *Contrats, conc. consom.* 2007, ét. 2, p. 5, *D.* 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; *JCP G*

de contrats versés aux débats en cours d'instance, ceux-ci s'étant substitués, au jour où la juridiction statue, à ceux antérieurement proposés aux consommateurs⁵⁴⁵. Autrement dit, pour que l'action en cessation aboutisse, il convient que le modèle de contrat ou certaines de ces clauses contestées soient encore proposés (ou destinés) aux consommateurs au moment où le juge statue. En revanche, l'action est sans objet pour les contrats en cours et le droit d'agir s'éteint dès lors que les clauses ne figurent plus dans les contrats.

Ces solutions sont critiquables pour plusieurs raisons. D'abord, d'un point de vue théorique, leur justification, à savoir le caractère préventif de l'action, ne paraît pas convaincante. En effet, ce caractère permet d'agir contre des conventions destinées aux consommateurs, qui, par définition, ne sont pas encore proposées aux consommateurs. En quoi empêcherait-il pour autant d'analyser les contrats qui ne sont plus proposés aux consommateurs ? En effet, comme le souligne Monsieur Paisant, « l'arrêt de la CJCE du 24 janvier 2002 montre que la diffusion effective du modèle de contrat en cause n'est pas une condition de la réussite de l'action. Si celle-ci peut être valablement intentée avant la mise en circulation dudit contrat, elle doit pouvoir l'être aussi après »⁵⁴⁶.

Ensuite, d'un point de vue pratique, cette jurisprudence nuit beaucoup à l'efficacité de l'action en suppression des clauses abusives, voire la prive de tout intérêt. En effet, elle interdit aux associations de consommateurs et à la DGCCRF de poursuivre au moyen de cette action l'annulation des clauses de contrats individuels déjà souscrits et en cours d'exécution⁵⁴⁷. En outre, ces solutions semblent être des « cadeaux » aux professionnels, comme l'observe la représentante d'une association de consommateurs :

« Les professionnels ont dès lors toute liberté pour proposer à nouveau ces clauses litigieuses dans des versions ultérieures de contrats au détriment direct de futurs clients. Cette jurisprudence permet donc désormais aux professionnels de faire échec aux actions des associations en produisant en cours d'instance, et à plusieurs reprises s'ils le souhaitent, de nouvelles conditions générales. Compte

2007, II, 10056, G. PAISANT ; *RLDC* 2007, n° 35, p. 12, obs. S. DOIREAU ; *RLDC* 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; *RTD com.* 2007, p. 437, obs. B. BOULOC. V. également Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 134, *D.* 1996, inf. rap. p. 95 ; *RTD com.* 1996, p. 702, obs. B. BOULOC.

⁵⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, G. PATETTA, « Les clauses abusives ont encore de beaux jours devant elles... A propos de l'arrêt du 8 janvier 2009 », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 59 ; *Banque et Droit mars-avr.* 2009, p. 30, obs. T. BONNEAU ; *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 85, obs. G. RAYMOND ; *JCP E* 2009, n° 22, p. 12, obs. N. MATHEY ; *JCP G* 2009, I, 138, n° 14, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RD banc. fin.* 2009, n° 44, obs. F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *RTD com.* 2009, p. 418, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2010, pan. p. 1046, obs. D. R. MARTIN ; *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 5, obs. Y. PICOD.

⁵⁴⁶ G. Paisant, art. préc..

⁵⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-16905, préc..

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

tenu des délais fort longs de ces actions en suppression de clauses abusives, l'utilité de cette voie d'action se trouve réduite à néant »⁵⁴⁸.

C'est pourquoi il nous apparaît que la Cour de cassation devrait autoriser l'action en cessation contre les contrats qui ne sont plus proposés. Comme le relève un auteur, « rien n'empêche [...] le juge, sur le fondement de l'article L. 421-6, non pas de "faire cesser" (puisque cette cessation est effective) mais d' "interdire" au professionnel de recourir dans l'avenir à des clauses semblables à celles auxquelles il a recouru dans un passé récent et auxquelles le juge, dans sa décision, reconnaît un caractère abusif »⁵⁴⁹. Cette solution a, de plus, le mérite de mieux préserver le caractère préventif de l'action, puisqu'elle « interdit au professionnel concerné de remettre plus tard à nouveau en circulation les clauses qui viennent d'être jugées abusives »⁵⁵⁰.

La Cour de cassation ne semble pourtant pas disposée à statuer en ce sens, étant donné qu'elle a réitéré, tout récemment, sa jurisprudence relative au caractère uniquement préventif de l'action en suppression des clauses abusives⁵⁵¹. C'est pourquoi le projet de loi « relatif à la consommation » du 2 mai 2013⁵⁵², en cours de discussion devant le Parlement, prévoit de briser cette jurisprudence en ajoutant un alinéa aux articles L. 421-2 et L. 421-6 du Code de la consommation en vertu duquel les stipulations déclarées abusives au cours d'une instance relative à une action en suppression des clauses abusives peuvent être réputées non écrites « dans tous les contrats conclus par le même professionnel, avec des consommateurs, y compris ceux qui ne sont plus proposés »⁵⁵³.

b. Portée de l'action en suppression des clauses abusives

116. Interprétation traditionnelle : contrats à conclure entre un professionnel et un consommateur. Pendant longtemps, les formulations de l'article L. 421-6 du Code de la consommation imposaient de considérer l'action en suppression des clauses abusives recevable seulement si les contrats ou types de contrats à l'encontre desquels elle était menée étaient destinés à être utilisés entre professionnels et consommateurs. C'est d'ailleurs

⁵⁴⁸ G. Patetta, art. préc..

⁵⁴⁹ G. Paisant, art. préc..

⁵⁵⁰ G. Paisant, art. préc..

⁵⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2013, *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 88, note G. RAYMOND ; Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2013, n° 12-19.405, inédit.

⁵⁵² Sur ce texte, v. L. Leveueur, repère préc. ; J. Julien, focus préc..

Après une première lecture devant chaque chambre, il est revenu devant l'Assemblée Nationale pour la deuxième lecture et a été renvoyé à la commission des affaires économiques (23/10/2013).

⁵⁵³ Art. 28 adopté par l'Assemblée Nationale et le Sénat en 1^{ère} lecture (respectivement le 3 juillet 2013 et le 13 septembre 2013).

l'enseignement que l'on peut tirer de la lecture de l'arrêt du 4 mai 1999⁵⁵⁴. En l'espèce, un particulier avait donné un mandat de vendre à un professionnel. Ce dernier conclut, en qualité de mandataire, un compromis de vente rédigé sur un formulaire pré-imprimé, avec un acquéreur particulier. Ce dernier agit en justice contre le vendeur, le mandataire et la société éditrice du formulaire. Des associations de consommateurs interviennent à l'instance aux fins de voir déclarer abusives et illicites certaines clauses du compromis de vente. La cour d'appel a déclaré leurs demandes irrecevables. La Cour de cassation rejette le pourvoi en ces termes :

« Ayant constaté qu'un contrat, dont les clauses étaient critiquées, avait été conclu entre des non-professionnels et que la société [...] 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 [...] déclare irrecevables les demandes formées par les associations et qui tendaient à la suppression de clauses dans le modèle édité par la société ».

On a pu douter que cette solution perdure avec la rédaction actuelle des articles L. 141-1, § VI et L. 421-6 du Code de la consommation qui ne font pas mention du cocontractant professionnel du consommateur.

117. Doute sur le sens de la nouvelle formule : vers une conception extensive ? Ce qui est frappant dans la formulation des articles L. 141-1, § VI et L. 421-6 du Code de la consommation, qui visent « tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur », c'est que toute référence au cocontractant du consommateur est supprimée. Dès lors, une question légitime peut se poser quant au champ d'action des associations de consommateurs et de la DGCCRF : peuvent-elles agir uniquement si le cocontractant potentiel du consommateur est un professionnel ou bien quelle que soit la qualité de son cocontractant ? La seconde interprétation semble s'imposer si l'on s'en tient à une lecture littérale des textes, l'absence de mention du cocontractant du consommateur laissant penser que « la destination du contrat-type l'emporte ainsi sur la personne du contractant professionnel »⁵⁵⁵. Ainsi l'action en cessation serait ouverte contre tout contrat proposé ou destiné au consommateur et ce indépendamment de la qualité de son cocontractant. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de l'article L. 421-6, mais sa position n'est pas très claire et soulève des questions sur son sens et sa portée.

⁵⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, préc..

⁵⁵⁵ G. Chantepie, note préc..

118. Position de la Cour de cassation : l'arrêt du 3 février 2011. L'arrêt de la Cour de cassation en date du 3 février 2011⁵⁵⁶ a pu laisser croire qu'elle penchait en faveur de cette interprétation extensive. En l'espèce, une association de consommateurs a introduit une action en suppression des clauses abusives à l'encontre d'un contrat-type de location de vacances, rédigé par une association, et proposé par des bailleurs, adhérents de l'association sous le label de laquelle ils offrent leurs immeubles au public. La cour d'appel a déclaré cette action irrecevable, au motif que l'association, bien qu'ayant la qualité de professionnels participant à l'industrie du tourisme et des loisirs, n'effectue aucune location et n'intervient pas directement auprès des locataires et que l'absence de trace de son intervention directe aux contrats de location saisonnière ne permettait pas d'envisager que les consommateurs soient confrontés à elle en tant que victimes d'éventuels abus de sa part, faute de bénéficier de prestations effectives et rémunérées en tant que telles, avant, pendant ou après la location. Il semble que la cour d'appel reprenne ici à son compte l'argument utilisé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 mai 1999⁵⁵⁷. Et pourtant, cette dernière casse l'arrêt, au visa des articles L. 132-1 et L. 421-6 du Code de la consommation, et pose l'attendu de principe suivant :

« Attendu que 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 généralisée⁵⁵⁸ ».

La Cour de cassation ajoute donc deux précisions au texte de l'article L. 421-6. En effet, elle exige que le contrat ou type de contrat destiné au consommateur soit rédigé par un professionnel, d'une part, et ce en vue d'une utilisation généralisée, d'autre part. Si la première précision ne pose pas de difficulté, la seconde suscite des interrogations et peut être interprétée de deux manières différentes.

En premier lieu, l'expression « en vue d'une utilisation généralisée » peut désigner toute utilisation du contrat auprès de consommateurs, et ce quelle que soit la qualité de leurs cocontractants. En effet, la Cour ne semble pas exiger que le professionnel soit le cocontractant du consommateur, mais seulement le rédacteur du contrat : « C'est dire désormais que, s'agissant de cette action, la qualité de professionnel suffit. Celle de partie contractante est superflue »⁵⁵⁹. Ainsi, tout contrat, à partir du moment où il est rédigé par un

⁵⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, préc..

⁵⁵⁷ V. *supra* n° 102.

⁵⁵⁸ Nous soulignons.

⁵⁵⁹ B. Fages, obs. *RTD civ.* 2011, p. 350.

professionnel et qu'il est destiné à un consommateur, pourrait faire l'objet de l'action en cessation, peu importe que le cocontractant du consommateur ne soit pas un professionnel.

En second lieu, la solution peut être comprise comme autorisant l'action en cessation contre tout contrat à partir du moment qu'il est rédigé par un professionnel et qu'il est destiné à un consommateur, à condition qu'il puisse *potentiellement* s'appliquer entre un professionnel et un consommateur et ce même s'il a aussi vocation à s'appliquer entre consommateurs. Cela correspond aux faits de l'espèce de 2011 : contrat de location rédigé par un professionnel, l'association, qui, certes, ne concluait pas directement de contrat, mais les fournissait à ses membres, parmi lesquels on trouvait des professionnels.

Selon nous, c'est la seconde interprétation de l'arrêt du 3 février 2011 qui doit primer. Cette conviction repose notamment sur le visa des articles L. 132-1 et L. 421-6 du Code de la consommation. En l'espèce, pour déclarer recevable l'action de l'association de consommateurs, nul besoin d'invoquer l'article L. 132-1, si bien qu'il faut trouver une justification à ce visa. Nous en trouvons deux. D'abord, l'article L. 132-1 exige des contrats conclus entre professionnels, d'une part, et consommateurs, d'autre part⁵⁶⁰, ce dont on peut conclure que lorsque la Cour de cassation parle d' « une utilisation généralisée », elle la sous-entend entre professionnels et consommateurs⁵⁶¹. Certains auteurs contestent néanmoins cette analyse relevant que l'article L. 421-6 s'écarte de L. 132-1 puisqu'il protège seulement les consommateurs et pas les non-professionnels⁵⁶². Mais, surtout, si l'article L. 421-6 est indissociable de l'article L. 132-1, et ne peut pas faire l'objet d'une lecture autonome, c'est parce que les juges, pour ordonner la suppression de clauses dans des contrats proposés ou destinés aux consommateurs sur le fondement du premier texte, doivent encore pouvoir les qualifier d'abusives au sens du second. Or, comme le constate Monsieur Leveneur, « la notion de clause abusive, telle qu'elle est précisée à l'article L. 132-1, est consubstantiellement liée à la qualité des personnes concernées par un contrat »⁵⁶³. En d'autres termes, il ne suffit pas que l'action des associations de consommateurs soit recevable, encore faut-il, pour que certaines clauses soient supprimées, qu'elles aient pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur et à l'avantage du professionnel, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Si les juges autorisent une action des associations de consommateurs contre des contrats destinés aux consommateurs, rédigés par un professionnel

⁵⁶⁰ V. *supra* n^{os} 15 s..

⁵⁶¹ En ce sens, v. P. Chauvel, obs. préc., qui le justifie ainsi : « On comprendrait mal que le domaine d'intervention des associations soit plus étendu que celui de la protection assurée ».

⁵⁶² En ce sens, v. not. G. Paisant, note *JCP G* 1999, II, 10205 ; Ch. Jamin, note *JCP E* 1999, II, 1827.

⁵⁶³ L. Leveneur, note *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 124.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

en vue d'une utilisation généralisée entre consommateurs, comment pourraient-ils apprécier le caractère abusif de leurs clauses ? C'est pourquoi l'arrêt du 3 février 2011 doit être lu comme autorisant l'action en cessation contre tout contrat rédigé par un professionnel et destiné à un consommateur, à condition qu'il puisse *potentiellement* s'appliquer entre un professionnel et un consommateur et ce même s'il a aussi vocation à s'appliquer entre consommateurs. Cette solution nous paraît assurer l'efficacité de l'action en suppression des clauses abusives car « il est préférable de supprimer le déséquilibre à sa source, plutôt que d'analyser chaque contrat individuellement »⁵⁶⁴, sans pour autant ruiner son esprit puisque cette action dépend toujours de l'utilisation potentielle d'un contrat dans un rapport professionnel-consommateur.

119. Portée de l'arrêt du 3 février 2011. Même si l'on se contente d'adopter une interprétation restrictive de l'arrêt du 3 février 2011, il constitue néanmoins un revirement par rapport à la solution retenue dans l'arrêt du 4 mai 1999, du moins lorsqu'on confronte les faits de cette dernière espèce à l'attendu de principe de 2011. En effet, il semblerait que l'action contre l'éditeur de formulaires juridiques puisse valablement prospérer aujourd'hui. Ces formulaires sont bien des « contrats destinés aux consommateurs », ils ont été « rédigés par un professionnel » qu'est sans aucun doute l'éditeur et ils sont destinés « à une utilisation généralisée » qui peut certes avoir lieu entre consommateurs, mais aussi entre professionnels et consommateurs.

Une autre approche consistant à comparer les faits des deux espèces peut mener à une conclusion différente selon laquelle « la Cour de cassation procéderait davantage à un affinement qu'à un revirement de jurisprudence »⁵⁶⁵. En effet, la situation de l'éditeur de formulaires juridiques est très différente de celle de l'association. Le premier se contente de faire commerce de ses modèles de contrats tandis que la seconde est directement intéressée à la conclusion du contrat final, au même titre que les organisations professionnelles qui proposent des contrats à leurs membres.

Cette analyse des faits doit néanmoins être nuancée. En effet, l'association ne paraît pas détenir sur ses membres un pouvoir de contrainte lui permettant d'imposer le modèle de contrat. Il semble plutôt que seule une valeur incitative pouvait être reconnue au modèle de contrat proposé par l'association à ses membres⁵⁶⁶. Or, comme le relève un auteur, « si

⁵⁶⁴ G. Chantepie, note préc..

⁵⁶⁵ X. Delpech, obs. *D.* 2011, p. 510.

⁵⁶⁶ V. la « Charte Clévacances », qui prévoit simplement l'obligation, à la charge de l'association, de « mettre à disposition les documents techniques et commerciaux liés à l'activité de loueur », <http://www.clevacances.com/FR/documents/contenu/ChartesClevacances2011.pdf>.

l'imitation, non la contrainte, suffit à expliquer la reproduction du contrat-type élaboré, la même solution devrait s'imposer logiquement à l'ensemble des formules élaborées par des organismes professionnels⁵⁶⁷, mais aussi par des éditeurs d'imprimés juridiques »⁵⁶⁸, solution qui constitue bien un revirement par rapport à la jurisprudence du 4 mai 1999. Si tel est le cas, alors un même contrat risque d'être apprécié différemment selon qu'il fait l'objet d'une action individuelle ou collective. La première serait irrecevable tandis que la seconde pourrait prospérer⁵⁶⁹.

Si un contrat est nécessaire pour l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, son existence est suffisante pour que cet article joue pleinement, quel que soit le contrat en question.

§ 2. Tout contrat

120. Plan. Si un contrat est nécessaire pour l'application de la législation relative aux clauses abusives, tout contrat est susceptible d'y être soumis, quel que soit son type (A), quels que soient sa forme et son support (B). Une limite néanmoins : le contrat doit avoir été conclu, proposé ou exécuté sur le territoire de l'Union européenne.

121. Tout contrat proposé, conclu ou exécuté sur le territoire de l'Union européenne. La question du conflit de lois relatives aux clauses abusives est réglée, par l'article L. 135-1 du Code de la consommation, déjà mentionné, selon lequel :

« Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant pas à l'Union Européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté ».

Ce texte doit se combiner avec les termes de la Convention de Rome du 19 juin 1980. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a considéré que le contrat de location de voiture, mise à la disposition d'un consommateur, résidant habituellement en France, à son arrivée à

⁵⁶⁷ V. par ex., le contrat-type en matière de commerce électronique proposé par la CCI de Paris.

⁵⁶⁸ G. Chantepie, note préc. : « Les éditeurs de formulaires devraient veiller à l'avenir à proposer des modèles dépourvus de clauses illicites ou abusives quel que soit le type de rapport contractuel visé, laissant au rédacteur, voire aux particuliers, le soin de les y insérer ».

⁵⁶⁹ Dans le même sens, v. G. Chantepie, note préc., qui constate par ailleurs que : « Autant dire que, au moment même où le contrôle du déséquilibre significatif s'immisce dans les rapports entre professionnels, les contrats entre non-professionnels font figure de dernier espace où la liberté contractuelle peut s'exercer au détriment de la loyauté des relations ».

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

l'aéroport de Johannesburg, et réservée en France auprès de la centrale française de réservation du loueur, est régi par la loi française en vertu des articles 4 et 5 de la Convention, si bien que le Code de la consommation, et donc l'article L. 132-1, est applicable⁵⁷⁰.

A. Indifférence quant au type de contrat

122. Plan. L'article L. 132-1 du Code de la consommation ne restreint pas son application à certains types de contrats. Pour désigner les conventions susceptibles de contenir des clauses abusives, on parle parfois de « contrats de consommation », mais, comme nous l'avons déjà vu⁵⁷¹, cette expression n'est pas destinée à limiter la protection du droit de la consommation à des contrats en fonction de leur type, mais bien en fonction des personnes qui les concluent. Tout contrat entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur est un « contrat de consommation » et mérite à ce titre de se voir appliquer les règles protectrices du droit de la consommation, quels que soient la nature ou l'objet dudit contrat.

123. Indifférence quant à la nature des contrats. Le contrat de consommation est donc de nature variable⁵⁷². L'article L. 132-1 du Code de la consommation apparaît comme un texte de droit commun des contrats conclus entre professionnel et non-professionnel ou consommateur, peu important leur nature. D'ailleurs, il s'applique même si la convention commande la mise en œuvre de règles spéciales, tel le contrat d'assurance soumis au Code des assurances.

Ainsi même la nature réglementaire du contrat n'est pas un obstacle à l'application de l'article L. 132-1. Les contrats réglementés sont ceux qui reproduisent un modèle établi par le pouvoir réglementaire, comme, par exemple, les modèles types d'offre préalable de crédit à la consommation⁵⁷³, les contrats-types de transports⁵⁷⁴ ou encore les contrats, déjà mentionnés, proposés par les services publics⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ CA Paris, 29 avril 2003, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 190, note G. RAYMOND.

⁵⁷¹ V. *supra* n^{os} 15 s..

⁵⁷² Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n^o 8 ; G. Raymond, *op. cit.*, n^o 410 ; *Concurrence Consommation*, *op. cit.*, n^o 3570.

⁵⁷³ Arrêté 14 mai 2007, annexe à l'art. R. 311-6 c. consom.

⁵⁷⁴ Par exemple en matière de transport de voyageurs, v. D. n^o 2008-828 du 22 août 2008 portant approbation du contrat type applicable aux services occasionnels collectifs de transports intérieurs publics routiers de personnes.

⁵⁷⁵ Sur les conséquences d'une telle solution, not. quant à la question de la compétence juridictionnelle en la matière, v. *infra* n^{os} 214 s..

124. Indifférence quant à l'objet des contrats. La législation des clauses abusives s'applique à tous les contrats, quel que soit leur objet⁵⁷⁶ : bien meuble⁵⁷⁷, bien immeuble⁵⁷⁸, prestation de service⁵⁷⁹ et même services publics⁵⁸⁰.

125. Exemples. Sans prétendre dresser une liste exhaustive, citons quelques exemples de conventions susceptibles de contenir des clauses abusives⁵⁸¹, comme les contrats :

- d'assurance (par exemple, les contrats d'assurance habitation, lié à un crédit ou proposé par une mutuelle) ;
- de compte bancaire ;
- de carte bancaire ;
- de crédit à la consommation ou immobilier ;
- de location de locaux à usage d'habitation, de véhicule automobile, de matériel de télésurveillance ou autres ;
- de vente de biens meubles (par exemple, les contrats de vente de véhicules automobiles ou de meubles meublants) ;
- de service de communications électroniques ;
- de fourniture d'accès à l'Internet ;
- de contrats d'abonnement au câble et à la télévision à péage ;
- de contrats proposant les services groupés de l'Internet, du téléphone et de la télévision ;
- de développement de pellicule photographique ;
- d'enseignement ;
- de transport ;
- de fourniture d'eau ou de gaz ;
- de services d'investissement : la réception-transmission d'ordres et l'exécution d'ordres pour compte de tiers, la gestion de portefeuille, le conseil en investissement, la tenue de compte-conservation, l'administration d'instruments financiers pour compte de tiers et le service accessoire de tenue de compte d'espèces correspondant à ces instruments financiers⁵⁸².

⁵⁷⁶ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 179 ; *Concurrence Consommation, op. cit.*, n° 3570.

⁵⁷⁷ V. *supra* n° 74.

⁵⁷⁸ V. *supra* n° 74.

⁵⁷⁹ V. *supra* n° 70.

⁵⁸⁰ V. *supra* n° 77.

⁵⁸¹ Ces exemples sont tirés de la pratique.

⁵⁸² Exemples cités par I. RIASSETTO, « Prestation de services d'investissement et clauses abusives », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 273, n° 23.

B. Indifférence quant à la forme ou au support du contrat

126. Fondement textuel. L'article L. 132-1 du Code de la consommation prévoit lui-même, en son alinéa 4, l'indifférence quant à la forme ou au support du contrat :

« 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 »⁵⁸³.

Toutes sortes de documents contractuels sont ainsi visées, d'autant que l'adverbe « notamment » donne à cette longue liste une valeur purement indicative, et non limitative. Seront donc tout aussi concernés, par exemple, les contrats figurant sur un panneau ou un écriteau accrochés dans les locaux du professionnel, de même que les contrats sous forme électronique⁵⁸⁴ qui se développent tant avec la multiplication de sites de vente en ligne en tous genres.

127. Nécessité d'un contrat écrit ? La seule difficulté tenant à la forme des contrats soumis à la législation sur les clauses abusives réside dans le fait de savoir si un contrat oral peut en faire l'objet. Certains auteurs⁵⁸⁵ limitent son application aux conventions écrites en se fondant sur un argument exégétique tiré de l'article L. 132-1 alinéa 4 : n'importe quelle forme ou support de contrat fait l'affaire ; or, le contrat oral n'a ni l'un ni l'autre. L'argument semble fallacieux, car le contrat verbal a bien une forme, une forme orale⁵⁸⁶ ! D'ailleurs le onzième considérant de la directive du 5 avril 1993 le prévoit explicitement :

« Considérant que le consommateur doit bénéficier de la même protection, tant dans le cadre d'un contrat oral que dans celui d'un contrat écrit et, dans ce dernier cas, indépendamment du fait que les termes de celui-ci sont contenus dans un ou plusieurs documents »⁵⁸⁷.

C'est pourquoi il paraît possible qu'une clause convenue lors d'un contrat oral soit éradiquée⁵⁸⁸. Il faut néanmoins relativiser cette hypothèse qui reste anecdotique et qui, si elle se présente, devra surmonter l'exigence de la preuve du contenu du contrat oral discuté.

⁵⁸³ Nous soulignons.

⁵⁸⁴ Art. 1369-1 c. civ..

⁵⁸⁵ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 180 : « Le système du Code de la consommation est applicable à toutes sortes de clauses contractuelles, du moment qu'elles sont écrites ».

⁵⁸⁶ V° Forme, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* : « [...] ; désigne parfois plus précisément soit le mode d'expression de la volonté (forme écrite ou orale) soit [...] ».

⁵⁸⁷ Nous soulignons.

⁵⁸⁸ Dans le même sens, J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, n° 37.

SECTION II. LES CLAUSES CONTRACTUELLES

128. Nécessité d'une clause figurant dans un contrat. L'application de la législation sur les clauses abusives est indissociable de l'existence d'une clause... L'affirmation semble évidente et pourtant la Cour de cassation a dû la rappeler dans un arrêt en date du 25 février 2010⁵⁸⁹. En l'espèce, un assuré et un assureur ont conclu un compromis d'arbitrage dont l'objet était de déterminer la date à laquelle l'assuré pouvait être considéré en état d'invalidité totale et définitive. Mécontent de la décision du médecin arbitre à laquelle il s'était pourtant engagé à se remettre, l'assuré a ensuite tenté de faire valoir que le compromis d'arbitrage s'analysait, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, en une clause compromissaire abusive ayant pour effet d'obliger un consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. La Cour de cassation rejette cette analyse en ces termes :

« Le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissaire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens du texte visé au moyen »⁵⁹⁰.

La solution est expressément fondée sur l'absence de stipulation pouvant être qualifiée d'abusives, car le compromis d'arbitrage est un contrat, non une clause contractuelle. En d'autres termes, seule une stipulation d'un contrat peut être abusive et non le contrat lui-même.

Il faut noter cependant que le compromis d'arbitrage, en tant que convention, contient des clauses qui organisent notamment la procédure arbitrale (tribunal arbitral collégial ou arbitre unique, arbitrage institutionnel ou *ad hoc*, arbitrage en droit ou en équité, etc.) ; s'il est conclu entre un professionnel et un consommateur, il serait possible de soumettre ces stipulations au test du déséquilibre significatif⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2010, *D.* 2010, p. 651 et p. 2933, obs. T. CLAY ; *JCP* 2010, 659, p. 1232, note A. PÉLISSIER ; *LPA* 2011, n° 202, obs. M. de FONTMICHEL ; *RDC* 2010, p. 886, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD civ.* 2010, p. 323, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2010, p. 774, obs. B. BOULOC ; *D.* 2011, pan. p. 974, spéc. p. 977, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

⁵⁹⁰ Nous soulignons.

⁵⁹¹ En ce sens, v. N. Sauphanor-Brouillaud, obs. *D.* 2011, pan. p. 974, spéc. p. 977 ; N. Sauphanor-Brouillaud, obs. *RDC* 2010, p. 886 ; M. MEKKI, « Un nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC* 2006/4, chron. p. 1051 (1^{ère} partie) et 2007/2, chron. p. 239 (2^{ème} partie).

129. Définition des clauses. Une clause se définit comme une « disposition particulière d'un acte juridique (convention, traité, testament ou même loi) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités (prix, date et lieu d'exécution, etc.), soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun »⁵⁹². Pour l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, sont concernées les dispositions particulières d'un contrat⁵⁹³, appelées clauses contractuelles⁵⁹⁴ ou encore « stipulations »⁵⁹⁵ – terme utilisé à l'alinéa 4. Selon la doctrine, pour être face à une clause, il faut conjuguer deux aspects : d'une part, d'un point de vue formel, la clause « peut prendre la forme de mots, de phrases ou d'un ensemble de phrases sans aucune limite »⁵⁹⁶ ; il faut, d'autre part, que « sur un plan intellectuel, il ressorte de la stipulation une individualité intellectuelle créatrice d'effets de droit »⁵⁹⁷.

130. Plan. En principe, toutes les clauses insérées dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur peuvent être soumises au contrôle de leur caractère abusif, qu'importent leur nature (§ 1), leur caractère négocié ou non (§ 2) ou leur résultat effectif (§ 3).

§1. Indifférence relative de la nature des clauses

131. Plan. En principe, toutes les clauses, quelle que soit leur nature, peuvent être qualifiées d'abusives (A), à l'exception de deux catégories non négligeables : celles relatives à l'objet principal du contrat et celles relatives au prix (B).

A. Le principe : toutes les clauses quelle que soit leur nature

132. Absence de liste limitative de clauses pouvant être déclarées abusives. La législation des clauses abusives s'applique quelle que soit la nature de la clause. En effet, l'un

⁵⁹² V° Clause, in *Vocabulaire juridique*, op. cit..

⁵⁹³ V. *supra* n° 98 s..

⁵⁹⁴ Sur cette notion, v. not. G. ARBANT-MICHEL, *Les relations entre les clauses et le contrat*, Université de Montpellier I, th. microfiche, 2001 ; G. HELLERINGER, *Les clauses contractuelles. Essai de typologie*, th. Paris 1, mai 2010 ; W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Lexisnexis, 2008 ; Ph. DELEBECQUE, « *Clausula, clausulae, clasularum* », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 33 s. ; J. GHESTIN, « L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat », in *Droit et actualité, Etudes Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 311 s. ; M. Mekki, chron. préc..

⁵⁹⁵ V° Stipulation, in *Vocabulaire juridique*, op. cit., sens 1 : « clause d'un contrat ».

⁵⁹⁶ M. Mekki, chron. préc..

⁵⁹⁷ G. Arbant-Michel, th. préc., n° 108.

des apports de la loi du 1^{er} février 1995 est d'avoir supprimé la liste limitative de clauses pouvant être considérées abusives, liste établie par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978. En effet, à cette époque, seules pouvaient l'être :

« 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 ».

Cette énumération était déjà conséquente et permettait de lutter contre un certain nombre de clauses variées, comme, par exemple, celles :

- permettant au fournisseur de majorer le prix à sa guise entre la commande et la livraison (prix et versement) ;
- autorisant le professionnel à modifier unilatéralement certaines caractéristiques de la chose commandée (consistance de la chose) ;
- prévoyant un délai non ferme de livraison (livraison et conditions d'exécution du contrat) ;
- stipulant un transport même « franco de port » aux risques exclusifs de l'acheteur (charge des risques) ;
- excluant ou limitant la responsabilité du professionnel ou la garantie des vices cachés (étendue des responsabilités) ;
- annulant la commande au gré du professionnel, prorogeant automatiquement le contrat liant ainsi le consommateur pour une longue durée (conditions de résiliation, de résolution ou de reconduction).

La suppression de la liste limitative doit néanmoins être saluée comme un progrès dans la protection du consommateur, car l'énumération « ignorait des clauses qui ne doivent plus l'être maintenant, telles celles relatives à la formation du contrat ou à l'administration de la preuve »⁵⁹⁸. Malgré l'absence de liste limitative, des plaideurs ont tenté de soustraire certaines clauses du contrôle de leur caractère abusif, ce que la Cour de cassation a toujours déjoué, comme nous allons le voir.

133. Toute clause, même fréquemment stipulée. Toutes les clauses, même celles qui sont courantes, peuvent être déclarées abusives. C'est l'enseignement qui ressort d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 31 janvier 1995⁵⁹⁹. En l'espèce, un tribunal d'instance avait refusé de déclarer abusive une stipulation en vertu de laquelle le versement d'une indemnité en cas de résiliation d'un contrat d'enseignement en cours de

⁵⁹⁸ G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », chron. préc..

⁵⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1995, *D.* 1995, somm. p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1995, p. 620, obs. J. MESTRE.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

scolarité, au motif qu'elle était licite et qu'on la retrouvait dans de très nombreux contrats similaires. La Cour de cassation casse l'arrêt pour défaut de base légale, signifiant ainsi aux juges du fond qu'ils ne peuvent pas se contenter, pour écarter le grief de clause abusive, d'une pétition de principe fondée sur le caractère usuel de la clause. Et ce, comme le relève un auteur, « fort heureusement : car opter pour la solution inverse conduirait paradoxalement à mettre à l'abri de toute critique les abus les plus fréquents... »⁶⁰⁰ !

134. Toute clause, qu'elle soit relative à une obligation principale ou accessoire. Le déséquilibre significatif doit être apprécié quelle que soit l'importance de la clause insérée dans le contrat⁶⁰¹. Cette solution résulte d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 mai 2006⁶⁰². En l'espèce, un participant à un rallye automobile demande à être garanti, par la société organisatrice du rallye, des condamnations prononcées contre lui en réparation des préjudices subis par les ayants droit de son co-équipier, décédé lors d'un accident au cours de ce rallye, et non couverts par la compagnie d'assurance de leur véhicule. Au soutien de sa demande, il invoque le manquement de la société organisatrice à son obligation de vérification des documents d'assurance. La société fait valoir, quant à elle, que le règlement l'exonérait de toute responsabilité pour les conséquences dommageables des accidents occasionnés par le pilote et de ceux survenus en dehors de la durée du raid. Le participant rétorque que cette clause est abusive. La cour d'appel lui dénie un tel caractère au motif que ladite stipulation ne portait pas sur les obligations essentielles du contrat d'engagement souscrit par les participants du rallye. La Cour de cassation censure cette décision au motif que « l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne dépend pas du caractère principal ou accessoire de l'obligation contractuelle concernée »⁶⁰³. Ainsi, la Cour de cassation défend, une nouvelle fois, la portée de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, qui permet que toutes les clauses, quelle que soit leur nature, puissent être déclarées abusives, à l'exception des deux cas expressément prévus.

⁶⁰⁰ J. Mestre, obs. préc..

⁶⁰¹ Dans le même sens, v. G. Raymond, *op. cit.*, n° 417.

⁶⁰² Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006, *D. aff.* 2006, jur. p. 2743, note Y. DAGORNE-LABBE ; *RDC* 2006/4, p. 1114, obs. D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2007, p. 113, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2007, p. 219, obs. B. BOULOC.

⁶⁰³ Notons, cependant, que le caractère essentiel ou accessoire de l'obligation aura une influence sur l'appréciation du caractère abusif, car on peut « *a priori* penser qu'une clause relative à une obligation essentielle aura sur l'équilibre global du contrat une influence plus importante qu'une clause portant sur un élément secondaire » (D. Fenouillet, obs. préc.).

B. L'exception : les clauses principales et les clauses financières

135. Plan. Deux catégories de clauses dites principales – qui définissent l'objet du contrat – et financières – qui fixent le montant du prix – sont, en réalité, exclues du contrôle de leur caractère abusif (1), à condition qu'elles soient transparentes, c'est-à-dire rédigées de façon claire et compréhensible (2).

1. Exclusion, en principe, du contrôle de leur caractère abusif

136. Fondement textuel. Les dispositions concernant les clauses abusives ne sont applicables, en principe, ni aux clauses principales ni aux clauses financières, et cela est vrai autant en droit européen qu'en droit français. Ainsi l'article 4 § 2 de la directive du 5 avril 1993 énonce que :

« L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part⁶⁰⁴, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

De même, l'article L. 132-1, alinéa 7, du Code de la consommation dispose que :

« L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible »⁶⁰⁵.

Ainsi l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, directement inspiré de l'article 4 § 2 de la directive communautaire, prévoit que les clauses principales et financières échappent en principe au contrôle de l'abus, de telle sorte que, contrairement à ce que le texte lui-même affirme, il pose plus une règle de fond tenant à la limitation du champ d'application des clauses abusives qu'une simple règle d'appréciation⁶⁰⁶. Notons que cet état du droit interne français n'est pas modifié par la décision de la Cour de Justice de l'Union européenne du 3 juin 2010⁶⁰⁷ jugeant que la directive ne s'oppose pas à la réglementation nationale espagnole, qui autorise un contrôle juridictionnel du caractère abusif des clauses portant sur la définition de l'objet du contrat ou sur le prix même si elles sont claires et compréhensibles,

⁶⁰⁴ Nous soulignons.

⁶⁰⁵ Nous soulignons.

⁶⁰⁶ Dans le même sens, v. G. Paisant, chron. préc., n° 14 : « L'exclusion légale, qui se présente comme une simple règle relative à l'appréciation du caractère abusif des clauses montre en tout cas que des restrictions peuvent exister quant au domaine d'application du nouvel art. L. 132-1 ».

⁶⁰⁷ CJUE, 3 juin 2010, n° C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, LEDC* juillet 2010, p. 1, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Europe* 2010, comm. 290, obs. D. SIMON, *RDC* 2010, p. 1299, note C. AUBERT DE VINCELLES ; *RTD eur.* 2010, p. 695, note C. AUBERT DE VINCELLES ; *D.* 2011, pan. p. 974, spéc. p. 978, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

cette solution s'expliquant par l'harmonisation minimale, c'est-à-dire la latitude laissée aux États d'adopter ou de maintenir des dispositions plus strictes que celle prévues par la directive⁶⁰⁸.

137. Justifications de l'exclusion. La restriction prévue à l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation s'explique par le fait que le système des clauses abusives, tel qu'il est issu de la directive du 5 avril 1993 et de la loi du 1^{er} février 1995, tout comme d'ailleurs le système antérieur, « est fait pour lutter contre les déséquilibres inhérents aux clauses du contrat, et non pour assurer l'équivalence globale entre la prestation fournie et le prix demandé »⁶⁰⁹. La double exclusion affectant les stipulations principales et financières apparaît ainsi comme « l'un des quelques signes de rattachement du droit contractuel de la consommation au droit commun des contrats, et plus précisément à la liberté contractuelle et à la libre fixation du prix »⁶¹⁰.

À la liberté contractuelle d'abord : c'est en son nom que le juge ne saurait, au prétexte de la lutte contre les clauses abusives, prendre position sur la définition de l'objet principal du contrat. L'article L. 132-1 du Code de la consommation ne l'autorise pas à se prononcer sur la définition de l'objet. Ce texte peut seulement « conduire à porter l'attention sur un éventuel déséquilibre entre des droits et des obligations. Il y a lieu de comparer deux rapports d'obligations, non pas de dire ce que l'un ou l'autre valent, en eux-mêmes et par leur objet »⁶¹¹. L'exemple le plus fréquemment cité pour illustrer les clauses principales exclues du contrôle des clauses abusives, exemple d'ailleurs expressément prévu par la directive du 5 avril 1993, est celui des clauses des contrats d'assurance « qui définissent ou délimitent clairement le risque assuré et l'engagement de l'assureur »⁶¹². D'ailleurs, la Commission des clauses abusives et la Cour de cassation se sont expressément prononcées en ce sens. La première a rendu un avis dans lequel elle refuse de se prononcer sur le caractère abusif de la clause d'exclusion de garantie figurant dans un contrat d'assurance complémentaire à un crédit⁶¹³. De même, l'arrêt de la Cour de cassation en date du 13 décembre 2012 illustre cette

⁶⁰⁸ Art. 8 *Dir.* 5 avril 1993.

⁶⁰⁹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 182.

⁶¹⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », *RDC* 2009/4, p. 1629, n° 11.

⁶¹¹ X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Etude pratique », *JCP G* 2006, I, 110.

⁶¹² Considérant 19.

⁶¹³ *Avis* n° 03-01. Même solution pour la clause relative au montant de la garantie dans un contrat d'assurance « fuite d'eau après compteur », v. *Avis* 09-01.

hypothèse⁶¹⁴. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat d'assurance prévoyance santé. La clause litigieuse relative à la garantie de l'incapacité temporaire totale de travail prévoyait que les indemnités journalières seraient versées au cours de la période pendant laquelle l'état de santé de l'assuré ne lui permettait, temporairement, d'effectuer aucune activité professionnelle et jusqu'à la date à laquelle il pourrait reprendre une activité professionnelle, quelle qu'elle fût. La Cour de cassation estime que « cette clause, rédigée de façon claire et compréhensible, définit l'objet principal du contrat » et « qu'il en résulte que, par application de l'alinéa 7 » de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, elle ne peut pas faire l'objet d'une appréciation de son caractère éventuellement abusif.

À la libre fixation du prix ensuite : le contrôle de l'équilibre contractuel ne saurait être celui de la lésion⁶¹⁵. Comme l'explique Monsieur Lagarde, « l'idée est que sur ce point, la meilleure protection du consommateur vient du libre jeu de la concurrence, qui tire les prix vers le bas, bien plus que d'un contrôle judiciaire de l'adéquation du prix au service rendu »⁶¹⁶ ; dès lors, la loi doit seulement « faire en sorte que la concurrence soit effective »⁶¹⁷. Ainsi un non-professionnel ou consommateur ne peut utiliser la législation sur les clauses abusives pour contester le prix qui a été convenu avec le professionnel pour un bien ou un service déterminé, en d'autres termes, pour se plaindre « d'avoir payé trop cher un bien ou une prestation de service déterminée »⁶¹⁸.

138. Autres recours possibles contre ces clauses. Si le consommateur ou non-professionnel est dépourvu, en principe, de l'action tendant à reconnaître le caractère abusif de ces clauses, il peut, en revanche, invoquer la nullité du contrat sur le fondement d'autres textes : par exemple, pour vice du consentement⁶¹⁹ (erreur, dol, violence ou contrainte), ou dans de rares cas, pour lésion⁶²⁰.

⁶¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *Bull. civ. I*, n° 259 ; *Dalloz actualité*, 23 janvier 2013, obs. N. KILGUS ; *D.* 2013, act. p. 6 ; *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 47, note G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 494, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *RDC* 2013, p. 489, obs. J. ROCHFELD ; *ibid.* 554, obs. G. VINEY.

⁶¹⁵ En ce sens, v. not., Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2013, n° 324 : « Par cette disposition, le législateur a simplement voulu marquer que la lutte contre les clauses abusives ne saurait être le moyen de remettre indirectement en cause la règle selon laquelle la lésion n'est pas, en principe, sanctionnée en droit français. Un déséquilibre entre les prestations économiques prévues par le contrat ne tombe pas sous le coup de la législation sur les clauses abusives » ; G. Paisant, *chron. préc.*, n° 13 ; C. Danglehant, *chron. préc.* ; A. KARIMI, « Les modifications du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *LPA 05/05/1995*, p. 4 s., *spéc.* p. 9.

⁶¹⁶ X. Lagarde, *art. préc.*.

⁶¹⁷ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 182.

⁶¹⁸ G. Paisant, *chron. préc.*.

⁶¹⁹ Art. 1109 s. c. civ..

⁶²⁰ Art. 1674 c. civ..

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

Néanmoins, l'exclusion du contrôle du caractère abusif des stipulations principales et financières ne vaut, aux termes de l'article L. 132-1, alinéa 7, *in fine*, que « pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». Il s'agit de déterminer ce que signifie précisément cette réserve.

2. Limite de l'exclusion tenant à leur transparence

139. L'ajout opéré par l'ordonnance du 23 août 2001. L'ordonnance du 23 août 2001⁶²¹ a modifié l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en y ajoutant le dernier membre de phrase « pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible », et ce en vue de le mettre en complète conformité avec l'article 4 § 2 de la directive qui prévoyait cette limite⁶²².

140. Sens de l'ajout. La locution conjonctive « pour autant que » signifie « dans la mesure où » et induit donc une concession. Le contrôle du caractère abusif des clauses principales et financières n'est exclu que si elles sont rédigées de manière claire et compréhensible. *A contrario* cela paraît bien signifier que lorsqu'elles ne sont pas intelligibles, elles peuvent faire l'objet du contrôle de leur caractère abusif⁶²³. Une autre rédaction possible du texte aurait été :

⁶²¹ O. n° 2001-741 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation. Sur ce texte, v. M. Bruschi, « L'amélioration de la protection contractuelle des consommateurs », art. préc. ; Ch. LACHIÈZE, « Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée », *LPA*, 2002, n° 131, p. 4.

⁶²² Il s'agissait ainsi d'éviter une procédure en manquement de la Commission contre la France. En effet, les Pays-Bas venaient de se faire condamner sur ce sujet : « En ne prenant pas les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour assurer la transposition complète en droit néerlandais des articles 4, paragraphe 2, et 5 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, le royaume des Pays-Bas a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive » (CJCE, 10 mai 2001, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume des Pays-Bas*, aff. C-144/99).

⁶²³ Dans le même sens, v. H. CLARET, « Interprétation des contrats d'assurance et droit de la consommation », *D.* 2003, p. 2600 ; P. LOKIEC, « Clauses abusives et crédit à la consommation », *RD banc. et fin.* mai-juin 2004, n° 3, p. 221, spéc. n° 5 ; G. PAISANT, « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut conférer un caractère abusif », *JCP G* 2001, II, 10631 : « A contrario, leur absence de transparence justifie à présent qu'on puisse les considérer comme abusives » ; N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., n° 11 s..

C'est aussi ainsi que la Commission des clauses abusives comprend la réserve, par exemple dans son avis n° 08-01 relatif à un contrat d'assurance garantissant contre le vol du téléphone portable : « Considérant que la clause litigieuse s'analyse en une clause d'exclusion de garantie ; que, dès lors, elle porte sur l'objet principal du contrat ; que, toutefois, elle n'est pas rédigée de façon claire et compréhensible ; qu'en effet, l'indication que la garantie porte sur le « vol caractérisé » implique seulement que cette infraction soit caractérisée en tous ses éléments constitutifs tels que ressortant de la définition légale du vol, à savoir la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ; la prévision d'une exclusion de la garantie pour un vol commis sans violence ou sans effraction

« L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa peut porter sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert si les clauses ne sont pas rédigées de façon claire et compréhensible ».

Cette interprétation n'est néanmoins pas partagée par tous. Selon certains, l'article L. 132-1, alinéa 7, ne permettrait pas d'ouvrir le contrôle du caractère abusif des clauses principales et financières, mais celui de leur transparence, tel que prévu à l'article L. 133-2, et notamment l'application de l'interprétation en faveur du consommateur :

« On peut s'attendre à ce que la qualification de « clause non transparente » soit parfois substituée à celle de « clause abusive », donc à ce que le contrôle de la transparence remplace celui du contenu. Ce glissement est susceptible d'intervenir dans les cas où le contrôle du contenu n'est pas admis, c'est-à-dire relativement aux clauses de définition des obligations essentielles ou du prix. Ici, la règle de transparence vient proposer une sanction – celle de l'interprétation, en cas de doute, dans le sens favorable au consommateur – là où il n'en existait pas jusque-là »⁶²⁴ ;

« La réserve doit donc se comprendre comme une invitation à interpréter dans le sens le plus favorable la clause financière ambiguë »⁶²⁵.

Cette position se comprend assez mal, car si l'expression « pour autant que les clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible » fait effectivement écho à l'exigence de transparence posée, en ces mêmes termes, à l'article L. 133-2 alinéa 1^{er}, rien dans l'article L. 132-1, alinéa 7, ne permet de tirer de telles conséquences.

On admettra donc que l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 ouvre la possibilité du contrôle du caractère abusif des clauses principales ou financières lorsqu'elles ne sont pas rédigées de manière claire et précise. Notre étude s'en tenant, pour l'instant, au champ d'application traditionnel des clauses abusives, il est inutile à ce stade d'aller plus avant dans l'analyse des conséquences de cette solution. Néanmoins, notons d'ores et déjà que la solution retenue à l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 consistant à sanctionner les clauses principales ou financières mal rédigées par le truchement de la législation sur les clauses abusives nous semble être un non-sens, que nous dénonçons plus loin⁶²⁶.

ne fait aucunement disparaître que, comme cela n'est pas contesté en l'espèce, la personne victime de la soustraction frauduleuse de son téléphone portable à l'intérieur de son sac à main est victime d'un vol caractérisé ; que cette clause ambiguë, qui de surcroît n'est pas rédigée en caractères très apparents, a pour effet ou pour objet d'exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ; que partant elle est abusive ».

⁶²⁴ J. ROCHFELD, « Les clairs-obscurs de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 982, spéc. p. 991/992.

⁶²⁵ X. Lagarde, art. préc.

⁶²⁶ V. *infra* n^{os} 288 s..

§ 2. Indifférence de la négociation des clauses

141. Fondement textuel. En droit français, il a toujours été admis que la lutte contre les clauses abusives était possible contre toutes les stipulations qu'elles aient fait l'objet d'une négociation ou pas. Cela a été vrai dès la loi du 10 janvier 1978. En effet, les parlementaires avaient supprimé la condition qui figurait dans le projet de loi initial, condition selon laquelle les clauses abusives étaient recherchées dans les contrats conclus « sur un modèle habituellement proposé par ce dernier et que le consommateur ne peut en fait modifier »⁶²⁷. Dès lors, on avait estimé que les stipulations, même négociées, pouvaient faire l'objet de cette législation⁶²⁸. La loi du 1^{er} février 1995 a confirmé cette possibilité en prévoyant à l'alinéa 4 de l'article L. 132-1 que :

« 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 non⁶²⁹ ou des références à des conditions générales préétablies ».

Le droit français s'est ainsi écarté de la solution retenue par l'article 3 de la directive du 5 avril 1993 :

« 1. 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.

2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.

Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste du contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion.

Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe »⁶³⁰.

⁶²⁷ Projet de loi n° 306 (1976-1977) sur la protection et l'information des consommateurs, *JO Sénat*, Documents législatifs, 1976-1977.

⁶²⁸ O. Carmet, art. préc. : « La loi aurait vocation à s'appliquer à toutes les clauses susceptibles d'être jugées abusives, bien que ne figurant pas dans un contrat d'adhésion. Il est vrai que l'observation est singulièrement théorique car, en pratique, la plupart des contrats conclus aux fins de consommation sont unilatéralement préétablis et imposés par le professionnel » ; J. CALAIS-AULOY, « Les clauses abusives en droit français », *REDC* 1988, p. 287 : « La loi n'exige pas qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion ».

⁶²⁹ Nous soulignons. Ajouté la suite de l'amendement Fosset, *JO Sénat* (CR), 16/11/1994, p. 5559.

⁶³⁰ Pour une analyse de ce texte qui organise « un régime complet de la preuve de l'absence de négociation », N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 628.

La solution française, plus extensive, est néanmoins rendue possible par la directive elle-même, qui prévoit, en son article 8, une harmonisation minimale autorisant ainsi les États à adopter des mesures de protection plus strictes que celle de la directive.

Le droit français des clauses abusives s'applique donc que la stipulation soit négociée ou pas, ce que l'on peut résumer en affirmant que son champ d'application n'est pas circonscrit aux contrats d'adhésion⁶³¹.

142. Dissociation entre clauses abusives et contrat d'adhésion⁶³². Historiquement, la pratique des contrats d'adhésion, qui s'est développée conjointement à la consommation de masse, a donné naissance à la stipulation de clauses abusives par les professionnels : ce sont donc les contrats d'adhésion qui sont à l'origine de la législation contre les clauses abusives⁶³³. Néanmoins, lier le champ d'application de cette protection à la notion de contrat d'adhésion ne semblait pas pertinent.

En premier lieu, si « les risques d'un "déséquilibre significatif" entre les obligations des parties sont toujours moindres dans un contrat librement négocié »⁶³⁴, ils ne sont pas pour autant exclus. Cette idée n'est pas partagée par tous et certains dénoncent, au contraire, une surprotection du consommateur qui mènerait inévitablement à sa déresponsabilisation : « Étendre la protection alors que le contractant consommateur a accepté consciemment telle clause, alors qu'il l'aurait discutée, c'est donner une assurance contre la « débilite » pour parler le langage de l'époque »⁶³⁵. La position paraît sévère, car dans la plupart des cas, la négociation individuelle des clauses n'est pas un rempart efficace contre leur éventuel caractère abusif⁶³⁶, le professionnel pouvant tout de même profiter de sa situation de supériorité ou de la faiblesse du non-professionnel ou consommateur pour stipuler des clauses à son avantage⁶³⁷. Pire, on pourrait imaginer qu'en présence d'une réglementation limitée aux

⁶³¹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 179 : « La loi n'exige même pas qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion ».

⁶³² Sur cette notion, v. *supra* n° 2 et les références citées note n° 3.

⁶³³ Dans le même sens, v. J. GHESTIN, « Rapport introductif », in *Les clauses abusives entre professionnels* (Actes du colloque organisé par le centre de Droit des contrats de l'Université de Lille II et le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université de Paris-Val-de-Marne), ss dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, coll. Études Juridiques, t. 3, 1998, p. 3 : « La notion même de clause abusive est, historiquement et logiquement, inséparable de la pratique des conditions contractuelles générales, c'est-à-dire des contrats d'adhésion ». V. aussi *supra* n° 2.

⁶³⁴ G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *chron. préc.*, n° 19.

⁶³⁵ R. Martin, *art. préc.*, n° 9.

⁶³⁶ Tout comme l'absence de négociation d'une clause ne préjuge pas de son caractère abusif.

⁶³⁷ Dans le même sens, v. B. MARTINEZ, « Présentation de la proposition modifiée de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs », *RED consom.* 1992, p. 83 ; J.-P. Chazal,

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

clauses des contrats d'adhésion, les professionnels instrumentalisent cette condition et soient tentés par l'élaboration de contrats individuels pour ainsi échapper à la législation sur les clauses abusives⁶³⁸.

En second lieu, faire appel au contrat d'adhésion pour délimiter le domaine des clauses abusives soulevait des difficultés pratiques sérieuses, car malgré toutes les tentatives doctrinales, il reste difficile à cerner : sa définition est floue, ses frontières et ses critères manquent de précision⁶³⁹. La condition d'absence de négociation de la clause – qui est l'un des éléments de sa définition⁶⁴⁰ – aurait particulièrement nui à l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives car le débat en justice aurait porté, non sur ce qui est primordial, à savoir l'appréciation du caractère abusif, mais sur le fait de savoir si la stipulation avait été négociée ou pas⁶⁴¹, ce qui risquait de susciter des controverses casuistiques inutiles.

C'est pourquoi il semble que la solution retenue à l'article L. 132-1, alinéa 4, du Code de la consommation simplifie le contentieux en matière de clauses abusives et le rend plus efficace.

143. Portée pratique. Il faut néanmoins relativiser la portée pratique de la possibilité de déclarer abusive une clause négociée car, la majorité des contrats passés entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs sont des contrats d'adhésion via des conditions générales préétablies⁶⁴².

De plus, si la négociation de la clause n'empêche pas le contrôle de son caractère abusif, c'est, en revanche, un élément à considérer au moment de l'appréciation du caractère

v° Clauses abusives, art. préc., n° 49, qui va même jusqu'à affirmer que « l'uniformisation du contenu des contrats qui caractérise la consommation de masse est un rempart contre les pratiques discriminatoires ».

⁶³⁸ Dans le même sens, v. Avis adopté le 24 septembre 1986 par le Comité Consultatif des Consommateurs sur le Livre vert de la Commission (des Communautés européennes) relatif aux clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, p. 8.

⁶³⁹ Pour un constat similaire, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 179 : « La loi n'exige même pas qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion : cette attitude évite bien des difficultés, car la catégorie des contrats d'adhésion est une nébuleuse dont les contours manquent de précision » ; C. Danglehant, *chron. préc.* : « Ce choix s'explique aisément par la difficulté de définir exactement ce contrat et par le risque de limiter trop strictement le champ d'application de la loi sur les clauses abusives ».

⁶⁴⁰ V. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 196, qui constatent que « au-delà des divergences doctrinales », trois traits sont généralement relevés pour caractériser la notion : inégalité économique et sociale entre les contractants, offre de contrat adressé au public et absence de négociation individuelle du contrat.

⁶⁴¹ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 180 : « Le législateur a craint que des discussions sans fin s'élèvent sur le point de savoir si une clause a été, ou non, négociée ».

⁶⁴² Pour un constat similaire, v. J. Calais-Auloy, « Les clauses abusives en droit français », art. préc. : « La loi n'exige pas qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion mais les contrats entre professionnels et consommateurs le sont presque tous et cette loi a été faite en considération de tels contrats » ; O. Carmet, « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », art. préc. : « La loi aurait vocation à s'appliquer à toutes les clauses susceptibles d'être jugées abusives, bien que ne figurant pas dans un contrat d'adhésion. Il est vrai que l'observation est singulièrement théorique car, en pratique, la plupart des contrats conclus aux fins de consommation sont unilatéralement préétablis et imposés par le professionnel » ; G. Paisant, *chron. préc.*, n° 19.

abusif⁶⁴³. En effet, l'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation dispose que « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion [...] ». Or il y a lieu de penser que, « si une clause a fait l'objet d'une négociation individuelle, le juge sera plus sévère et moins disposé à la déclarer abusive »⁶⁴⁴.

§ 3. Indifférence du résultat de la clause

144. Clauses « qui ont pour objet ou pour effet » de créer un déséquilibre significatif. Selon l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, 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 »⁶⁴⁵. C'est dire que le résultat de la clause est indifférent⁶⁴⁶. En effet, pourront être déclarées abusives les stipulations qui, au moment de la conclusion du contrat, avaient pour objectif de causer un déséquilibre en faveur du professionnel, mais qui n'ont pas produit ou pas encore produit un tel effet. Sur ce point, la loi du 1^{er} février 1995 a innové par rapport à celle du 10 janvier 1978. Cette dernière définissait, en effet, les clauses abusives par leur résultat puisqu'elles devaient conférer un avantage excessif au professionnel⁶⁴⁷.

145. Conclusion du chapitre. La notion de clause abusive de l'article L. 132-1 du Code de la consommation peut s'appliquer, en principe, à toutes les clauses de tous les contrats liant professionnels, d'une part, et non-professionnels ou consommateurs, d'autre part.

Cette solution, en apparence simple, a buté sur quelques pierres d'achoppements. Ces difficultés existent, notamment, lorsqu'il faut concilier le domaine d'application de la notion avec les questions soulevées par d'autres mécanismes du droit commun. Ainsi la mise en œuvre de l'article L. 132-1 du Code de la consommation se complique dans les chaînes de contrats ou encore dans les contrats pour autrui. De même, la lutte contre les clauses abusives ne pouvait venir remettre en cause ni la liberté contractuelle de déterminer l'objet du contrat, ni la conception restrictive de la lésion en droit français. C'est pourquoi les clauses

⁶⁴³ V. *infra* n° 378 s..

⁶⁴⁴ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 180.

⁶⁴⁵ Nous soulignons.

⁶⁴⁶ Dans le même sens, v. G. Paisant, *chron. préc.*, n° 9 ; R. Martin, *art. préc.*, n° 6.

⁶⁴⁷ Dans le même sens, v. G. Paisant, *chron. préc.*, n° 9 ; R. Martin, *art. préc.*, n° 6 ; P. Godé, « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », *art. préc.*.

DÉLIMITATION MATÉRIELLE

principales et financières sont, en principe, exclues de ce contrôle. L'application de l'article L. 132-1 dépasse aussi, parfois, le cadre du droit privé. Elle interroge, en effet, le droit public et la question de la nature de la relation qui lie les usagers et les services publics. Ainsi, bien que la notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 soit purement consumériste, en ce qu'elle a vocation à s'appliquer uniquement aux relations de consommation, sa mise en œuvre nécessite parfois de la confronter aux problématiques existant dans d'autres branches du droit.

*

* *

145 bis. Conclusion du titre. Il ressort de nos développements que le domaine d'application de la notion de clause abusive, au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, est, paradoxalement, à la fois étendu et restreint.

Son domaine est étendu, d'une part, car toutes les stipulations⁶⁴⁸ de tous les contrats de consommation peuvent être soumises au contrôle de leur caractère abusif. De ce point de vue, la notion de clause abusive a donc un champ d'intervention particulièrement large : il suffit de penser à la quantité de contrats de consommation conclus chaque jour et au nombre de stipulations abusives qu'ils peuvent éventuellement contenir.

Son domaine est aussi restreint, d'autre part, car la notion de clause abusive, telle qu'elle découle de l'article L. 132-1, est applicable aux contrats de consommation et uniquement à ceux-là. Ils se définissent non par leur objet, mais par la qualité des parties contractantes. Il s'agit, en effet, des conventions passées entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur. Ces notions ont, un temps, fait l'objet de définitions hasardeuses conduisant, en particulier, à autoriser des professionnels à se prévaloir de la législation sur les clauses abusives. On ne pouvait que le regretter : à force de vouloir faire vivre la notion de clause abusive entre tout contractant, elle s'éloignait de ceux qui méritent véritablement d'être protégés. Le droit positif a néanmoins évolué dans le sens d'un recentrage de la notion de clause abusive autour des relations de consommation, seules initialement visées par le texte. Il est d'ailleurs paradoxal – encore – de constater que tandis que la jurisprudence défend le caractère purement consumériste de la notion de clause abusive, le législateur, lui, l'a transposée *de lege lata* en droit de la concurrence⁶⁴⁹ et une partie de la doctrine est tentée de

⁶⁴⁸ À l'exception des clauses principales et financières rédigées de façon claire et compréhensible. Sur ces clauses, v. *supra* n^{os} 136 s..

⁶⁴⁹ Art. L. 442-6, I, 2^o c. com. Sur ce texte, v. *supra* n^o 9.

l'étendre *de lege ferenda* en droit commun des contrats⁶⁵⁰. Quoi qu'il en soit, dans le domaine qui nous occupe, le recadrage s'est opéré grâce, notamment, à la jurisprudence sur le rapport direct, qui en matière de clauses abusives, boute tout professionnel hors du champ de la protection. Dès lors, aucun professionnel, défini comme la personne physique ou morale qui exerce une activité professionnelle régulière, qu'elle soit de nature privée ou publique et qui conclut un contrat ayant un rapport direct avec cette activité, ne peut bénéficier de la législation en matière de clauses abusives. Seuls peuvent s'en prévaloir les consommateurs, personnes physiques qui agissent dans un but personnel et familial, ou les non-professionnels, personnes morales sans activité professionnelle.

Si l'étude du droit positif donne des raisons d'être satisfait de la délimitation matérielle de la notion de clause abusive à laquelle il est parvenu, elle ne fournit, en revanche, guère de motifs de se réjouir quant à sa délimitation fonctionnelle. Il apparaît, en effet, que la notion de clause abusive fait l'objet d'applications erratiques qui dépassent – et de loin – la fonction qui devrait lui être assignée, à savoir la sanction de l'abus de liberté contractuelle.

⁶⁵⁰ Il en est ainsi, notamment dans les projets de réforme du droit des obligations. Sur ces projets, v. *supra* n° 9.

TITRE II. DELIMITATION FONCTIONNELLE : **LA SANCTION DE L'ABUS DE LIBERTE CONTRACTUELLE**

146. Objet à clarifier : « Qui trop embrasse mal étreint » (bis)⁶⁵¹. L'étude de la pratique révèle que toutes sortes de clauses sont réputées non écrites par les juges sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Il en est ainsi non seulement de stipulations à proprement parler abusives⁶⁵², mais encore de clauses soit illicites⁶⁵³, soit inopposables au non-professionnel ou au consommateur⁶⁵⁴, soit absconses⁶⁵⁵. Germe alors l'impression que toutes ces stipulations contractuelles ne méritent pas nécessairement une telle qualification, que la notion de clause abusive est confondue avec d'autres concepts, parfois proches, mais pourtant bien distincts et que cela participe au brouillage – tant décrié – de la notion et de son objet. Pour vérifier cette intuition et distinguer les catégories de stipulations pouvant être qualifiées d'abusives de celles ne le pouvant pas, il faut au préalable établir quelle forme d'abus est combattue par le biais de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. En effet, la connaissance positive de la situation abusive que cette législation cherche à éradiquer fera apparaître, en négatif, l'ensemble des cas qui ne sont pas visés par ce texte et permettra ainsi de redonner à chaque mécanisme sa place et son rôle véritables.

147. Objet à déterminer : abus de la liberté contractuelle. La notion de clause abusive est à l'évidence indissociable de celle d'abus – étymologiquement⁶⁵⁶ « mauvais usage » – qui se définit comme « l'usage excessif d'une prérogative juridique »⁶⁵⁷ et s'analyse « comme le franchissement des limites d'un droit »⁶⁵⁸.

Une interrogation vient alors immédiatement à l'esprit. De quel droit le professionnel fait-il un mauvais usage en stipulant une clause abusive ? La prérogative en question est la liberté

⁶⁵¹ V. *supra* n° 13.

⁶⁵² Parce qu'elles « 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 » (art. L. 132-1 c. consom.).

⁶⁵³ Parce qu'interdites par un texte impératif.

⁶⁵⁴ Parce qu'ils n'ont pu valablement y consentir.

⁶⁵⁵ Parce que mal rédigées.

⁶⁵⁶ Du latin *abusus*, du verbe *abuti*.

⁶⁵⁷ V° Abus, in *Vocabulaire juridique*, ss dir. G. CORNU, 9^e éd., PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2011, sens 1.

⁶⁵⁸ J. GHESTIN, « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, 2, doct. p. 379 s..

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

contractuelle et, plus particulièrement, celle de déterminer le contenu du contrat⁶⁵⁹, c'est-à-dire la faculté laissée aux parties de décider librement de ce à quoi elles s'obligent. Cela apparaît clairement dans les travaux préparatoires de la loi du 10 janvier 1978 :

« Ce projet de loi reconnaît implicitement la possibilité pour le professionnel, de dicter ses conditions au consommateur, mais dans le même temps il est fait interdiction au professionnel de détourner ce pouvoir au détriment des consommateurs »⁶⁶⁰.

Cette idée est aussi prégnante dans la doctrine française⁶⁶¹ :

« L'abus serait une référence à l'abus de droit : de quel droit ? le droit de tenir la plume quand on a l'initiative du contrat »⁶⁶² ;

« La qualification [de clause abusive] n'a de portée autonome que si les contractants disposent de la liberté de principe de déterminer le contenu du contrat »⁶⁶³.

C'est le professeur Stoffel-Munck qui a sans doute le mieux caractérisé le lien entre clause abusive et liberté contractuelle. En effet, dans sa thèse, consacrée à l'étude de la théorie de l'abus de droit dans le contrat⁶⁶⁴, il constate qu'il existe un double emploi du mot « abus » en matière contractuelle⁶⁶⁵ : il est entendu « en tant que faute du contractant », d'une part, et « comme limite à la force obligatoire d'une clause »⁶⁶⁶, d'autre part. Dans ce second cas, « il s'agit seulement de savoir si le contractant peut valablement invoquer la stipulation formellement incluse dans le document contractuel signé par l'autre partie »⁶⁶⁷. Selon lui, les

⁶⁵⁹ Déterminer librement le contenu du contrat est, en effet, l'une des trois facultés qui découle de la liberté contractuelle, les deux autres étant : contracter ou ne pas contracter et choisir librement son contractant, v. Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2013, n° 24.

⁶⁶⁰ J. THYRAUD, *Avis* n° 10, sur le projet de loi sur la protection et l'information des consommateurs, au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel et d'Administration générale, *JO Sénat 1977-78*, Doc. légis., n° 10.

⁶⁶¹ V. aussi M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n° 133 : « Les stipulations abusives concernées par l'article L. 132-1 du Code de la consommation [...] naissent de la liberté contractuelle de leur auteur » ; J. Ghestin, « L'abus dans les contrats », art. préc. : « En instituant une réglementation de portée générale des clauses figurant dans les contrats soumis à l'adhésion des consommateurs, le législateur tend à définir les limites "externes" du droit de rédiger unilatéralement des contrats-types, autrement dit, à réglementer ce droit de façon précise ».

⁶⁶² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 2000, n° 81.

⁶⁶³ C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004, n° 553.

⁶⁶⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000.

⁶⁶⁵ Il réussit ainsi le tour de force consistant à concilier les deux conceptions de l'abus de droit qui s'opposaient de longue date et qui avaient suscité une célèbre controverse entre Planiol et Josserand, V. L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905 et M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 3^e éd., LGDJ, 1905.

⁶⁶⁶ Ces expressions sont tirées des intitulés, respectivement, des première et seconde parties de la thèse de Monsieur Stoffel-Munck.

⁶⁶⁷ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 346.

clauses abusives s'inscrivent dans cette seconde acception de la notion d'abus⁶⁶⁸. Plus précisément, elles ne peuvent pas relever « de la qualification d'abus de droit contractuel car le droit que paraissait offrir le contrat ne sera finalement jamais parvenu à l'existence, du fait de l'éradication de la clause qui le stipulait. Dès lors, il apparaît que ces "clauses abusives" ne constituent qu'une limitation du pouvoir de fixer le contenu contractuel, et qu'à parler d'abus, ce n'est que d'abus de la liberté contractuelle qu'il s'agisse »⁶⁶⁹.

148. Abus de la liberté contractuelle : justifications. Le fait que la législation sur les clauses abusives cherche à sanctionner un abus de la liberté de déterminer le contenu contractuel s'explique par des considérations aussi bien historiques que juridiques.

En premier lieu, l'histoire de l'apparition des clauses abusives⁶⁷⁰ met en lumière la corrélation qui existe entre elles et la liberté contractuelle⁶⁷¹. En effet, le développement de la consommation et de la distribution de masse a créé de nouveaux rapports de force – inégalitaires – entre les professionnels et les consommateurs. Ce mouvement s'est accompagné d'une standardisation des conventions, avec la multiplication des contrats d'adhésion ou des contrats-types, dont la caractéristique commune réside dans le fait que le professionnel détient le pouvoir de les prérédiger, et ce de manière unilatérale. Or, c'est de ce pouvoir de rédaction unilatérale des professionnels, c'est-à-dire de leur liberté de définir le contenu du contrat, que sont nées les premières stipulations abusives⁶⁷².

En second lieu, des arguments de technique juridique viennent aussi en soutien à cette position.

La première de ces justifications se trouve à l'article L. 132-1 du Code de la consommation lui-même. En effet, à l'alinéa 1^{er}, est affirmé que sont abusives les clauses qui ont aussi bien « pour objet » que « pour effet » de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les

⁶⁶⁸ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 9 : « Prenons le cas des "clauses abusives". [...] La qualification d'abus est ici employée dans sa deuxième grande acception doctrinale, car on s'est livré à une remise en cause des limites formelles du droit qui a débouché sur une déclaration d'inefficacité de la clause invoquée. Au cœur de cette problématique gît non plus la responsabilité du contractant mais la force obligatoire du contrat ».

⁶⁶⁹ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 347.

⁶⁷⁰ Sur ce point, v. *supra* n° 2.

⁶⁷¹ Ce constat n'est pas propre au droit français, v. G. TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », in *Mélanges Louis Baudouin*, ss dir. A. POPOVICI, PU Montréal, 1974, p. 217 s., spéc. p. 219, à propos de la province de Québec au Canada : « L'une de ces causes [des clauses abusives] dans notre province est le Code actuel où la liberté de contracter est affirmée sans autre restriction que l'intérêt public et les bonnes mœurs. Il est clair que le contrat totalement libre, faisant la loi des parties, permet les conventions les moins défendables ».

⁶⁷² Dans le même sens, v. C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 553.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

obligations des parties. Cette formule montre que le résultat de la clause est indifférent pour retenir son caractère abusif⁶⁷³. Cette idée est confirmée à l'alinéa 5 qui dispose :

« Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat⁶⁷⁴, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. [...] »

Ce texte prévoit une appréciation *in abstracto* du caractère abusif puisqu'elle doit avoir lieu « au moment de la conclusion du contrat ». Par conséquent, il est inutile de tenir compte de l'exécution de la convention ou de ses effets pour dégager la qualification de clause abusive : seule importe la stipulation de la clause, ce pouvoir découlant de la liberté contractuelle.

La seconde raison technique venant éclairer le rapport entre clause abusive et liberté contractuelle trouve son siège à l'article L. 421-6 du Code de la consommation relatif à l'action en cessation d'agissements illicites. Son alinéa second confère à certaines associations de consommateurs le droit d'agir préventivement en suppression des clauses abusives. Or, à partir du moment où l'élimination d'une mention contractuelle est autorisée de manière prophylactique, cela signifie qu'elle peut être éradiquée, par hypothèse, sans avoir été préalablement mise en œuvre. Il en ressort qu'il n'y a pas eu abus du droit prévu dans ladite clause, puisqu'elle n'a pas forcément été exécutée ; le seul fait que la clause ait été stipulée dans le contrat, donc le seul abus de la liberté contractuelle suffit à la caractériser comme abusive⁶⁷⁵.

149. Plan. L'article L. 132-1 du Code de la consommation a pour vocation de lutter contre les abus de liberté contractuelle, et plus précisément contre les abus de la liberté de fixer le contenu du contrat. Il en résulte que la notion de clause abusive a pour double objet d'encadrer le champ de la liberté contractuelle⁶⁷⁶ (Chapitre I) et de contrôler le contenu contractuel (Chapitre II).

⁶⁷³ Sur ce point, v. *supra* n° 144.

⁶⁷⁴ Nous soulignons.

⁶⁷⁵ Dans le même sens, Ph. Stoffel-Munck, th. préc., note 1326.

⁶⁷⁶ D. NGUYEN THANH-BOURGEAIS, « Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979 », *D.* 1984, chron. p. 91, qui expose à propos de ces lois : « Laissant de moins en moins de place à la décision des parties, elles réduisent l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle ».

CHAPITRE I. L'ENCADREMENT DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE

150. Clause abusive et liberté contractuelle. La notion de clause abusive vise à encadrer la liberté contractuelle puisqu'elle sanctionne les abus du professionnel dans l'exercice de cette prérogative⁶⁷⁷. Or pour en abuser, encore faut-il pouvoir en user ! Dès lors, la qualification de clause abusive peut valablement prospérer uniquement lorsque la liberté contractuelle est en jeu. *A contrario* il paraît logique qu'elle soit proscrite lorsque la liberté contractuelle fait défaut. En d'autres termes, il semble que le champ d'intervention des clauses abusives corresponde en réalité au domaine de la liberté contractuelle : il suffit de déterminer quand le professionnel en est ou n'en est pas titulaire, pour identifier les cas où la qualification de clause abusive est ou n'est pas envisageable.

151. Pas de clause abusive sans liberté contractuelle. Bien que la liberté contractuelle soit un principe fondamental du droit français des contrats, elle n'est pas pour autant absolue et connaît des limites, au premier rang desquelles figurent les règles impératives que tout contractant doit respecter. Il s'agit de normes qui « s'imposent en toutes circonstances » et dont « on ne peut écarter l'application »⁶⁷⁸. Dans ce cas, les contractants sont totalement privés de leur liberté contractuelle, puisqu'ils sont tenus de suivre ces prescriptions⁶⁷⁹. Par conséquent, la qualification de clause abusive semble exclue en présence de droit impératif : soit la stipulation y déroge, et le professionnel se place dans l'illicéité⁶⁸⁰, ce qui exclut la qualification d'abus, soit la clause n'en est qu'un simple décalque, elle est donc légale et non abusive.

En dehors des commandements impératifs auxquels elles sont contraintes d'obéir, les parties – le plus souvent le professionnel rédacteur du contrat – peuvent choisir d'observer les règles supplétives de volonté. Il s'agit de dispositions qui organisent le contenu d'une opération contractuelle, mais qui « ne jouent qu'en l'absence de volonté contraire des

⁶⁷⁷ V. supra n^{os} 147 s..

⁶⁷⁸ Fr. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 9^e éd., 2012, n^o 425.

⁶⁷⁹ En effet, « la loi impérative ordonne ou défend » un comportement, v. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, premier volume, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd. par Fr. CHABAS, Montchrestien, 2000, n^o 67.

⁶⁸⁰ « Caractère de ce qui est contraire à un texte ordonnant ou prohibant », v^o Illicéité, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 1.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

parties » et qui « sont censées traduire leur volonté tacite »⁶⁸¹. Ainsi, comme Cornu le relève, « la loi supplétive ne s'impose qu'à ceux qui n'ont pas usé de la faculté de régler eux-mêmes le point »⁶⁸². Elle s'applique ainsi seulement lorsque les parties n'ont pas fait usage de leur liberté contractuelle⁶⁸³. Là encore, la qualification de clause abusive doit être écartée puisque le professionnel n'a fait que se conformer au droit, la clause étant donc légale.

152. Plan. Lorsqu'une stipulation n'est pas le fruit de la liberté contractuelle de son auteur, elle ne saurait être déclarée abusive. En effet, le professionnel n'a pas alors abusé de cette prérogative, mais soit il en était privé et a bravé une interdiction : les clauses illicites stipulées au détriment d'une disposition impérative ne devraient jamais recevoir la qualification de clause abusive (Section I) ; soit il s'est conformé au droit commun, impératif ou supplétif : une clause prévue par une disposition légale ne pouvant revêtir un caractère abusif (Section II).

SECTION I. ILLICITE DE LA CLAUSE ET CARACTERE ABUSIF

153. Position du problème. Une clause est illicite lorsqu'elle est défendue par la loi, c'est-à-dire « contraire à la loi »⁶⁸⁴, plus précisément contraire à une disposition impérative puisque la dérogation au droit supplétif est par principe admise. Une telle stipulation illicite peut-elle être qualifiée d'abusive ? Il semble que ce soit largement le cas en pratique, le cumul des qualifications y étant fréquent (§ 1), ce qu'il faudra dénoncer (§ 2).

§ 1. La pratique du cumul : la confusion des notions de clause illicite et de clause abusive

154. Plan. Le cumul des qualifications de clause illicite et abusive s'est généralisé en pratique (A), généralisation si considérable qu'il est difficile d'en faire une liste exhaustive et qu'il sera préférable d'en donner quelques exemples topiques (B).

⁶⁸¹ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 24.

⁶⁸² G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2007, n° 335.

⁶⁸³ V° Supplétif, *ive*, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* : « Qui remplace, s'applique à défaut de..., comble une lacune ».

⁶⁸⁴ V° Illicite, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 1.

A. Un cumul généralisé

155. Plan. Les auteurs et interprètes de la notion de clause abusive la confondent assez largement avec celle de clause illicite, voire recherchent volontairement le cumul des deux qualifications. Ceci peut se constater dans les listes réglementaires de clauses abusives (1), dans les travaux de la Commission des clauses abusives (2), dans les nombreuses décisions de justice (3), le tout étant plutôt approuvé en doctrine (4).

1. Dans les listes réglementaires de clauses abusives

156. Article R. 132-2 du Code de la consommation. Le décret du 18 mars 2009 instaurant les listes réglementaires de clauses abusives a cédé à la tentation de qualifier d'abusives des stipulations pourtant illicites, comme le prouve l'article R. 132-2 du Code de la consommation. En effet, ce texte qui fixe la liste « grise » de clauses abusives, vise deux stipulations qui sont par ailleurs considérées comme illicites⁶⁸⁵.

Il dispose ainsi que 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 du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ».

Or ces stipulations tombent sous le coup de l'article 1174 du Code civil selon lequel « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

De même, sont dénoncées les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

« 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Dans le même sens, v. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 326.

⁶⁸⁶ Notons que la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 stigmatise le même type de stipulations, v. art. 84, d), Annexe I, COM (2011) 635 final selon lequel sont toujours abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet « d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de soumettre les litiges exclusivement à un système d'arbitrage qui n'est généralement pas prévu dans les dispositions juridiques qui s'appliquent aux contrats entre un professionnel et un consommateur ».

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

Elles paraissent pourtant en elles-mêmes illicites⁶⁸⁷ puisqu'elles consistent à priver le non-professionnel ou le consommateur de son droit fondamental d'agir en justice, qui comporte évidemment le droit d'accès à un tribunal⁶⁸⁸, et auquel « il ne peut être porté d'atteintes substantielles »⁶⁸⁹.

2. Dans les travaux de la Commission des clauses abusives

157. Choix délibéré. Depuis l'origine, la tâche principale de la Commission est de rechercher si les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non-professionnels ou consommateurs contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif⁶⁹⁰. Or, rapidement, elle s'est trouvée face à un dilemme : soit elle respectait scrupuleusement sa mission en ne dénonçant que les stipulations abusives, au risque de laisser penser qu'elle donnait un satisfecit à toutes les autres – et donc même à celles qui seraient illicites – soit elle outrepassait ses fonctions en fustigeant aussi bien les clauses abusives que celles illicites. C'est cette deuxième voie qu'elle a choisie, et elle n'a pas tardé à le faire savoir. En effet, dès sa deuxième recommandation⁶⁹¹, elle distingue deux sortes de stipulations. Elle identifie ainsi, d'une part, celles qui ne sont pas nulles mais abusives :

« Considérant que les clauses précédentes, même si elles ne sont pas nulles dans l'état actuel du droit, sont abusives au sens de l'art. 35 de la loi susvisée » ;

d'autre part, celles qui sont abusives parce que nulles :

« Considérant que les clauses dérogeant aux principes précédents sont, pour la plupart, frappées de nullité ; que cette nullité, souvent ignorée des non-professionnels ou consommateurs, ne constitue pas en-elle même une protection suffisante, et qu'il convient d'interdire, comme abusives, l'insertion de telles clauses dans les contrats ».

Cette position a été précisée dans un rapport présenté par le professeur Jacques Ghestin, intitulé *La notion de clauses abusives et le rôle de la Commission des clauses abusives* à

⁶⁸⁷ Dans le même sens, v. G. PAISANT, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP G* 2009, 116. Pour une analyse plus détaillée des clauses relatives aux recours illicites, v. *infra* n° 165 s..

⁶⁸⁸ Droit reconnu aux plans 1) interne : Cons. const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, Loi relative au statut de la Polynésie Française, *JO* 13/04/1996 ; *AJDA* 1996, p. 371, obs. O. SCHRAMECK ; *Justices* n° 5, janvier-mars 1997, p. 247, note N. MOLFESSIS ; *RFD const.* 1996, p. 594, note T.-S. RENOUX ; 2) européen : art. 6 § 1 CEDH ; et 3) communautaire : CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec. CJCE*, p. 1651, *D.* 1986, IR p. 454, obs. L. CARTOU ; Y. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, ss dir. J. RIDEAU, LGDJ, 1998, p. 141 s..

⁶⁸⁹ Cons. const., déc. n° 96-373 DC, préc., cons. 83.

⁶⁹⁰ Anc. art. L. 132-2, art. L. 534-1 nv. c. consom. (L. n° 2010-737, 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation).

⁶⁹¹ *Recomm.* n° 79-02, *BOSP* 24/02/1979.

*l'égard des clauses illicites ou illégales*⁶⁹². La solution y est réaffirmée de façon limpide⁶⁹³, le rapport dégageant comme catégorie de clauses abusives « les clauses illicites qui, de ce fait, doivent être considérées comme abusives lorsqu'elles sont insérées dans un modèle de contrat par un professionnel ».

Cette solution s'explique « par souci de pédagogie et d'efficacité »⁶⁹⁴, car « on comprendrait mal que, en tant qu'expert la Commission ne dénonçât point les clauses illicites des contrats conclus avec les consommateurs. Sa crédibilité risquerait de s'en trouver atteinte »⁶⁹⁵. Elle se justifierait d'autant plus qu'aujourd'hui le domaine de l'abusif se restreint par rapport à celui de l'illicite. En effet, la législation impérative est de plus en plus foisonnante. Or qui dit davantage de législation contraignante dit davantage de clauses illicites, mais dit aussi moins de liberté contractuelle, et donc moins de clauses abusives.

La Commission n'a eu de cesse de mettre en œuvre cette doctrine qui prend deux formes différentes selon que la violation de la règle impérative est directe ou indirecte.

158. « La clause illicite, maintenue dans un contrat de consommation, est abusive ». C'est ainsi que pourrait être résumé le parti de la Commission lorsque la stipulation est directement et manifestement contraire à une disposition légale d'ordre public. Sur ses soixante-treize recommandations (jusqu'à la recommandation n° 13-01 comprise), trente-six font application de cette doctrine. Elle se fait un devoir d'y rappeler les textes impératifs auxquels le professionnel ne saurait déroger et d'y dénoncer en tant qu'abusives de nombreuses clauses illicites⁶⁹⁶. La violation des règles impératives serait donc une des sources du déséquilibre significatif de l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

Cette position, adoptée dès l'origine, a été affinée. En effet, dans un premier temps, la Commission a indistinctement considéré des clauses à la fois illégales et abusives⁶⁹⁷, nulles et abusives⁶⁹⁸ ou illicites et abusives⁶⁹⁹ et même employé des formules plus vagues⁷⁰⁰.

⁶⁹² Annexe II, in *Rapport d'activité pour l'année 1981* de la Commission des clauses abusives, p. 23 s., spéc. p. 27, JO 1982, n° 1546.

⁶⁹³ Elle est même élargie par rapport à celle retenue dans la recommandation n° 79-02, car ne sont plus seulement désignées comme abusives les clauses nulles mais toutes les clauses illicites en général, le rapporteur rappelant qu'il faut « se garder soigneusement d'assimiler clauses illicites et clauses nulles », parce que la sanction de l'illicéité peut être autre que la nullité : sanction civile (réputé non écrit ou déchéance du droit aux intérêts) ou pénale.

⁶⁹⁴ G. PAISANT, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », in *Droit et Actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 605 s., n° 14.

⁶⁹⁵ G. Paisant, art. préc., n° 14.

⁶⁹⁶ Pour le même constat, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 478 ; A. SINAY-CYTERMANN, « La Commission des clauses abusives et le droit commun des obligations », *RTD civ.* 1985, p. 471, n° 12 s..

⁶⁹⁷ *Recomm.* n° 81-02, 15°, *BOSP* 16/01/1981 (clauses limitant les garanties légales prévues à l'art. 1792 c. civ.) ; *Recomm.* n° 84-03, 8°, *BOCC* 5/12/1984 : « Ces clauses, illégales, sont manifestement

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

Dans un second temps, à partir de la fin des années 1990, elle a fixé sa doctrine, dans une formule type, – qu'on pourrait qualifier de « considérant de style » – consistant à dire qu'« une clause illicite, maintenue dans un contrat, est abusive »⁷⁰¹.

abusives » ; *Recomm.* n° 85-04, 29°, *BOCC* 6/12/1985 : « Elles sont donc illégales et abusives » ; *Ibid.*, 36° : « Sont donc à la fois illégales et abusives les clauses [...] » (dans les deux cas, contrariété à l'art. L. 113-1 c. assur.) ; *Recomm.* n° 87-02, 10°, *BOCCRF* 13/08/1987 : « Exclues de ces contrats comme illégales et abusives » (violation de l'art. 48 NCPC) ; *Recomm.* n° 89-01, 13°, *BOCCRF* 14/07/1989 : « Qu'elles sont donc illégales et abusives » (violation de l'art. R. 211-10 c. assur.) ; *Ibid.*, 14° : « Elles sont donc, en tout état de cause, illégales et abusives » (violation de l'art. L. 211-1 c. assur.) ; *Recomm.* n° 91-01, 8°, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.*

n° 94-03, 3°, *BOCCRF* 27/09/1994 : « Une telle clause est abusive et illégale » ; *Ibid.*, 8° : « Ces clauses illégales sont au surplus abusives » (clauses attributives de compétence) ; *Recomm.* n° 94-05, 1-A, 1-B-1°, 1-B-2°, *BOCCRF* 28/12/1994 ; *Recomm.* n° 95-02, 6°, *BOCCRF* 28/08/1995 (violation de l'art. L. 114-1 c. consom.).

⁶⁹⁸ *Recomm.* n° 82-01, B-4°, *BOCC* 27/03/1982 (« valables ou nulles », les clauses exonératoires de responsabilité sont abusives) ; *Ibid.*, B-10° (nullité de la clause en vertu de l'art. 48 c. proc. civ.) ; *Recomm.* n° 82-02, B-10°, *BOCC* 27/03/1982 (nullité de la clause en vertu de l'art. 48 c. proc. civ.) ; *Recomm.* n° 90-01, B-6°, *BOCCRF* 28/08/1990 ; *Ibid.*, B-10° (prévoir des clauses qui entraîneraient une violation du secret médical) ; *Recomm.* n° 91-04, II-7°, *BOCCRF* 6/09/1991 : « Une telle clause, outre qu'elle est nulle, doit être considérée comme abusive » (violation de l'art. 48 c. proc. civ.).

⁶⁹⁹ *Recomm.* n° 82-03, C-7°, *BOCC* 22/12/1982 (violation des art. 1641 à 1648 ou 1792 à 1792-6 c. civ.) ; *Recomm.* n° 85-02, B-10°, *BOCC* 4/09/1985 : « Outre leur caractère illicite, sont en tous cas abusives » ; *Ibid.*, B-14° : « Une telle clause est illicite ; qu'en outre, selon la recommandation n° 80-06 CCA du 26 novembre 1980, elle est également abusive » ; *Recomm.* n° 85-04, I-12°, *BOCC* 6/12/1985 : « Cette clause est à la fois illicite et abusive » ; *Ibid.*, I-13° : « Cette clause est illicite et abusive » ; *Ibid.*, I-38° (contrariété à l'art. L. 113-1 c. assur.) ; *Recomm.* n° 89-01, I-10°, *BOCCRF* 14/07/1989 (illicite en vertu de l'art. L. 113-2 c. assur.) ; *Ibid.*, I-15° : « Cette pratique est abusive » et « de plus illicite » ; *Ibid.*, I-16° : « La clause est abusive et également illicite » ; *Ibid.*, I-21° (clause méconnaissant l'art. L. 113-1 c. assur.) ; *Recomm.* n° 91-01, C, *BOCCRF* 6/09/1991 (clauses attributives de compétence et compromissaires) ; *Recomm.* n° 94-03, 7°, *BOCCRF* 27/09/1994 : « Cette clause est manifestement illicite » ; *Recomm.* n° 94-04, b), *BOCCRF* 27/10/1994, rectificatif du 9/12/1994 : « De telles clauses sont manifestement illicites » (discrimination selon l'âge des consommateurs ; clauses attributives de compétence et compromissaires) ; *Recomm.* n° 94-05, 2-B-8°, *BOCCRF* 28/12/1994 : « Les clauses d'attribution de compétence territoriale sont illicites » ; *Recomm.* n° 98-01, 11°, *BOCCRF* 31/12/1998 : « De telles clauses sont illicites » ; *Recomm.* n° 99-01, 7°, *BOCCRF* 31/03/1999 (clause attributive de compétence illicite).

⁷⁰⁰ *Recomm.* n° 79-02, 4°, *BOSP* 24/02/1979 : « Il ne peut être, par contrat, dérogé aux règles légales fixant des délais pour agir en justice » ; *Recomm.* n° 90-01, B-7°, *BOCCRF* 28/08/1990 : « Prévoir contrairement au Code des assurances, [art. L. 113-1], des exclusions de garantie qui ne sont ni formelles, ni limitées » ; *Recomm.* n° 90-02, 1°, *BOCCRF* 28/08/1990 (violation du « principe de réparation intégrale posé par le législateur ») ; *Ibid.*, 2° (violation de l'art. L. 243-8 et L. 310-7 c. assur.) ; *Ibid.*, 3° (stipulation de franchises qui « ne sont pas autorisées par la loi » et apparaissent « en tout état de cause abusives ») ; *Recomm.* n° 96-01, 7°, *BOCCRF* 24/01/1996 : « Cette disposition se heurte aux dispositions d'ordre public de l'article 32 de la loi du 9 juillet 1991 ».

⁷⁰¹ *Recomm.* n° 99-02, 30°, *BOCCRF* 27/07/1999 : « Sont illicites au regard de l'article 32 de la loi du 9 juillet 1991, que maintenues dans les contrats ces clauses sont abusives » ; *Recomm.* n° 00-01, *BOCCRF* 22/06/2000 (liste de clauses illicites au regard de dispositions d'ordre public figurant en annexe de la recommandation) ; *Recomm.* n° 02-02, B-11°, B-18°, B-34°, B-35°, *BOCCRF* 30/05/2001 : « Ces clauses sont illicites, et maintenues dans les contrats, elles sont abusives » ; *Recomm.* n° 02-03, 5°, 13°, 14° et 15°, *BOCCRF* 30/05/2002 : « Ces clauses sont illicites, et maintenues dans les contrats, elles sont abusives » ; *Recomm.* n° 04-01, 13°, 15°, *BOCCRF* 06/09/2004 : « Ces clauses sont illicites, et maintenues dans les contrats, elles sont abusives » ; *Recomm.* n° 04-03, 3°, 10°, *BOCCRF* 30/09/2004 : « Ces clauses sont illicites, et maintenues dans les contrats, elles sont abusives » ; *Recomm.* n° 05-01, 11°, 12°, *BOCCRF* 23/06/2005 : « Ces clauses sont illicites, et maintenues dans les contrats, elles ont un caractère abusif » ; *Recomm.* n° 05-02, 3°, *BOCCRF* 20/09/2005 : « Les clauses sont illicites » et « leur maintien dans les contrats leur confère un caractère abusif » ; *Recomm.* n° 05-03, 9°, *BOCCRF* 16/12/2005 : « De telles clauses sont illicites, maintenues dans les contrats, ces clauses sont abusives » ; *Recomm.* n° 07-02, 1°, 4°, *BOCCRF* 24/12/2007 : « Ces clauses sont illicites, et maintenues dans les contrats, elles sont abusives » ; *Recomm.* n° 08-01, 12°, 13°, 18°, 20°, *BOCCRF*

Il faut dès à présent dénoncer le caractère artificiel de cette formulation. En effet, l'affirmation selon laquelle une stipulation illicite, maintenue dans un contrat de consommation est abusive, mène au constat suivant : « c'est moins la *clause* elle-même que *l'insertion* de la clause dans le contrat qui est qualifiée d'abusive »⁷⁰². En d'autres termes, il apparaît que ce n'est pas la clause qui est abusive, mais la pratique du professionnel de stipuler une clause illicite. Cette position est d'ailleurs clairement assumée par la Commission :

« Il est permis de penser que l'insertion dans un modèle contractuel d'un professionnel d'une clause interdite par une quelconque disposition légale ne peut être acceptée qu'en raison d'un abus de la puissance économique du professionnel et lui confère un avantage d'autant plus excessif qu'il est illégitime. Toute clause illégale a vocation à être dénoncée comme abusive lorsqu'elle est insérée, malgré l'interdiction légale, dans un modèle contractuel »⁷⁰³.

Stigmatiser ainsi une pratique abusive plutôt qu'une clause semble contraire à la mission de la Commission, telle que conçue à l'article L. 534-1 du Code de la consommation, car le contrôle de l'abus est censé porter sur les « clauses » du contrat, et non sur la pratique des professionnels. Il est tout aussi incompatible avec l'esprit de la lutte contre les clauses abusives depuis la réforme de la loi du 1^{er} février 1995, tel qu'il ressort de l'article L. 132-1 modifié du Code de la consommation. L'appréciation du déséquilibre significatif y est, en effet, conçue comme objective, car centrée sur la clause seulement, et détachée de toute prise en compte subjective liée à l'attitude du professionnel.

Selon nous, il est inutile de faire un tel détour. La Commission pourrait, sans retomber dans le travers des recommandations positives, énoncer dans un considérant introductif que les contrats soumis à son appréciation comportent telle ou telle clause illicite. Cette méthode aurait l'avantage de concilier la nécessaire dénonciation de ces clauses et le respect des qualifications. Il faut d'ailleurs noter que la Commission en fait déjà usage pour critiquer la présentation matérielle des contrats :

23/04/2008 : « Ces clauses sont illicites, et maintenues dans les contrats, elles sont abusives » ; *Recomm.* n° 08-03, 17°, *BOCCRF* 14/11/2008 : « Ces clauses sont illicites, et maintenues dans les contrats, elles sont abusives » ; *Recomm.* n° 10-01, IV-30°, IV-31°, *BOCCRF* 25/05/2010 : « De telles clauses sont illicites ; maintenues dans un contrat entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, ces clauses sont abusives » ; *Recomm.* n° 10-02, I-1°, II-9°, II-10°, III-16°, *BOCCRF* 25/06/2010 : « Elles sont illicites et, maintenues dans les contrats, elles présentent un caractère abusif » ; *Recomm.* n° 11-01, cons. 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14 et 15, *BOCCRF* 26/04/2012 : « De telles clauses sont illicites ; maintenues dans un contrat, elles sont abusives » ; *Recomm.* n° 12-01, cons. 9°, 11°, 13°, 18° et 22°, *BOCCRF* 18/05/2012 : « De telles clauses sont illicites ; maintenues dans un contrat, elles sont abusives » ; *Recomm.* n° 13-01, cons. 2, 4, 9, 11, 12, 14, 26, 30, 31, 32, 33, 34 et 41, *BOCCRF* 13/09/2013 : « Ces clauses sont illicites et, maintenues dans un contrat, abusives ».

⁷⁰² A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 14.

⁷⁰³ *La notion de clause abusive et le rôle de la Commission des clauses abusives à l'égard des clauses illicites ou illégales*, rapport préc..

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

« Considérant que la Commission regrette que toutes les conventions liant les professionnels du secteur aux non-professionnels ou aux consommateurs ne fassent pas l'objet d'un document contractuel préalablement écrit fixant les droits et obligations réciproques des parties ; que la Commission déplore également que, lorsqu'un document contractuel est effectivement remis au non-professionnel ou au consommateur, celui-ci manque parfois de lisibilité contrairement aux exigences de l'article L. 133-2 du code de la consommation »⁷⁰⁴.

159. Doctrine du « laisser croire ». Il se peut aussi que la clause litigieuse ne viole une règle impérative que de manière indirecte. Dans ce cas, la Commission a pris l'habitude d'affirmer que la stipulation a pour objet ou pour effet de « laisser croire » au non-professionnel ou au consommateur que le professionnel est en droit d'exiger son application, alors que cela consisterait à contourner une disposition légale d'ordre public. Elle fustige ainsi les clauses qui donnent à penser que leurs droits « sont plus limités que ceux auxquels il[s] pourrai[en]t légalement prétendre »⁷⁰⁵, ce qui caractériserait un déséquilibre significatif et permettrait de les considérer comme abusives.

Le professeur Ghestin invitait la Commission à adopter cette pratique dans le rapport précité :

« Rien n'interdirait de désigner [...] dans la recommandation des clauses dont le caractère matériellement abusif se déduit de l'application plus ou moins directe d'une interdiction légale servant de prémisse au raisonnement de la commission »⁷⁰⁶.

La première occurrence de cette doctrine figure dans la recommandation n° 85-02 relative aux achats de véhicules automobiles de tourisme⁷⁰⁷ dans laquelle à deux reprises, dans deux considérants explicatifs, la Commission stigmatise des stipulations ayant pour objet ou pour

⁷⁰⁴ *Recomm.* n° 10-01, 2^{ème} cons., *BOCCRF* 25/05/2010.

⁷⁰⁵ G. PAISANT, « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif », *JCP G* 2001, II, 10631, n° 8. Même idée *in* G. Paisant, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., n° 14 : « Laisser croire qu'il a moins de droits que ceux qui lui sont reconnus par des textes d'ordre public ». V. aussi P. JOURDAIN, « La doctrine de la Commission », *in Rev. conc. consom.* n° 105, sept.-oct. 1998, Actes du colloque de Chambéry du 29 mai 1998, p. 23 s., spéc. p. 25, qui remarque que la Commission dénonce les clauses qui « masquent les droits légaux du consommateur » comme celles qui « laissent croire que la garantie contractuelle, avec ses restrictions, n'est qu'une application de la garantie légale ».

⁷⁰⁶ *La notion de clause abusive et le rôle de la Commission des clauses abusives à l'égard des clauses illicites ou illégales*, rapport préc., spéc. p. 29. Dans le même sens, v. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation*, 2^e éd., LGDJ, 1988.

⁷⁰⁷ *BOCC* 4/09/1985. Néanmoins on relève dans une recommandation précédente (*Recomm.* n° 82-02, *BOCC* 04/09/1985) les prémices du « laisser croire » à travers le « faire apparaître » (la garantie contractuelle comme une simple application de la garantie légale, de façon à soumettre cette dernière aux conditions et restrictions de la première).

effet de « faire croire ». Mais il faudra une petite dizaine d'années pour que la formule se généralise, et apparaisse dans la recommandation même⁷⁰⁸.

À titre d'exemple significatif du « laisser croire », citons la recommandation n° 94-05⁷⁰⁹ qui préconise « que soient éliminées des contrats de prestataires de garantie de véhicules d'occasion les clauses ayant pour objet ou pour effet » :

« 2-B-9° De laisser croire au consommateur que tout recours judiciaire est exclu ».

La formulation de la clause ne permettait manifestement pas d'affirmer qu'elle était illicite, mais elle revenait à priver le consommateur de tout recours⁷¹⁰, à savoir de son droit fondamental d'agir en justice⁷¹¹. Le « laisser croire » permet ainsi à la Commission de sanctionner une illicéité indirecte.

3. En jurisprudence

160. Clause à la fois illicite et abusive. La pratique consistant à affirmer qu'une clause illicite est aussi abusive existe également en jurisprudence où elle est assez répandue. Cela concerne aussi bien les juges du fond⁷¹² que la Cour de cassation elle-même. Plusieurs de ces arrêts peuvent être cités en ce sens. Ainsi, cette dernière a estimé que la stipulation prévoyant

⁷⁰⁸ *Recomm.* n° 94-05, 2-B-9°, *BOCCRF* 28/12/1994 ; *Recomm.* n° 95-01, 5°, *BOCCRF* 18/05/1995 : « 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 » ; *Recomm.* n° 96-01, 3°, *BOCCRF* 24/01/1996 ; *Recomm.* n° 96-02, 32°, 33°, 37°, *BOCCRF* 3/09/1996 ; *Recomm.* n° 96-03, 1°, *BOCCRF* 6/11/1996 ; *Recomm.* n° 97-01, B-6°, B-13°, *BOCCRF* 11/6/1997 ; *Recomm.* n° 97-02, 2°-b, 2°-c, *BOCCRF* 12/12/1997 ; *Recomm.* n° 99-02, 10°, 28°, *BOCCRF* 27/07/1999 ; *Recomm.* n° 00-01, 7°, 14°, 19° et 20°, *BOCCRF* 22/06/2000 ; *Recomm.* n° 02-01, B-5°-c, B-7°, B-11°, *BOCCRF* 26/02/2002 ; *Recomm.* n° 02-02, 4°, 31°, *BOCCRF* 30/05/2001 ; *Recomm.* n° 02-03, 1°, 3°, *BOCCRF* 30/05/2002 ; *Recomm.* n° 03-02, 2°, *BOCCRF* 12/03/2004 ; *Recomm.* n° 04-01, 5°, 10°, *BOCCRF* 06/09/2004 ; *Recomm.* n° 04-02, 3°, 5°, *BOCCRF* 06/09/2004 ; *Recomm.* n° 04-03, 8°, 9°, *BOCCRF* 30/09/2004 ; *Recomm.* n° 05-02, 1°, 6°, *BOCCRF* 20/09/2005 ; *Recomm.* n° 05-03, 8°, *BOCCRF* 16/12/2005 ; *Recomm.* n° 07-01, 5°, 16°, *BOCCRF* 31/07/2007 ; *Recomm.* n° 07-02, 1°, 6°, 8°, 9°, 10°, 12°, 13°, 16° *BOCCRF* 24/12/2007 ; *Recomm.* n° 08-01, 3°, 6°, 15°, *BOCCRF* 23/04/2008 ; *Recomm.* n° 08-03, 8°, 13°, 18°, 19°, *BOCCRF* 14/11/2008 ; *Recomm.* n° 10-01, 3°, 14°, 17°, 22°, 24°, 25°, 28°, *BOCCRF* 25/05/2010 ; *Recomm.* n° 10-02, 2°, 3°, 14°, *BOCCRF* 25/06/2010 ; *Recomm.* n° 11-01, cons. 8, 14, 22 et 24, *BOCCRF* 26/04/2012 ; *Recomm.* n° 12-01, I-A-8°) et 10°), I-B-15°), II-17°) et III-21°), *BOCCRF* 18/05/2012 ; *Recomm.* n° 13-01, cons. 1, 34, 36, *BOCCRF* 13/09/2013.

⁷⁰⁹ *Recomm.* n° 94-05, 2-B-9°, *BOCCRF* 28/12/1994.

⁷¹⁰ Dans le même sens, v. *Recomm.* n° 95-01, 5°, *BOCCRF* 18/05/1995 : « 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 ».

⁷¹¹ Sur lequel, v. *supra* n° 156.

⁷¹² V. quelques exemples tirés du site Internet de la Commission des clauses abusives (http://www.finances.gouv.fr/cloauses_abusives/juris/index.htm) : 1) la clause est à la fois nulle et abusive : CA Lyon, 10 mai 2001 ; 2) la clause est à la fois illégale et abusive : TGI Tours, 11 février 1993 ; TGI Grenoble, 10 juillet 2000 ; 3) la clause est à la fois illicite et abusive : TGI Bobigny, 21 mars 2006 ; TGI Grenoble, 2 novembre 2009 ; 14 décembre 2009 ; TGI Nanterre, 10 septembre 2003 ; 9 février 2006 ; TGI Paris, 4 février 2003 (Ph. STOFFEL-MUNCK, « Des clauses abusives dans la hotte de "Père-Noël.fr" », *JCP G* 2003, II, 10079) ; 6 décembre 2005 ; 21 février 2006 ; TGI Vanves, 28 décembre 2005 ; CA Rennes, 21 septembre 2001 ; 28 janvier 2005 ; CA Versailles, 18 novembre 2004 ; 20 mai 2005.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

que le contrat de prêt peut être résilié en cas de deux mensualités impayées sur l'un quelconque des crédits de l'emprunteur auprès du prêteur est non seulement abusive « en ce que, prévoyant l'application d'une clause pénale à une défaillance extra-contractuelle, elle créait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », mais aussi illicite « en ce qu'elle imposait une sanction financière de l'emprunteur qui ne se justifie, au regard de l'article L. 311-30⁷¹³ susvisé, qu'en cas de défaillance de sa part, et non dans le cas d'un crédit qui serait régulièrement honoré »⁷¹⁴.

De même, dans un arrêt en date du 8 janvier 2009⁷¹⁵, la Cour de cassation juge abusive la clause d'une convention de compte bancaire qui stipule que « le compte de dépôt fonctionne comme un compte courant par lequel les créances et les dettes forment un solde de compte seul exigible », au motif qu'elle limite de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel en permettant à la banque d'éviter les obligations posées par l'article L. 312-1 du code monétaire et financier, concernant les services liés à l'ouverture d'un compte de dépôt et la notification par écrit de la décision motivée de clore un tel compte.

Enfin, un arrêt du 13 avril 2013⁷¹⁶ illustre encore cette idée. En l'espèce, il s'agit d'un contrat de location assorti d'une promesse de vente d'un véhicule automobile. La clause litigieuse prévoit la restitution du véhicule loué ainsi que la faculté pour le locataire de présenter un acquéreur au bailleur dans le délai d'un mois à compter de la résiliation. Elle est considérée comme abusive car elle « impos[e] au preneur de restituer le véhicule loué dans les plus brefs délais à compter de la résiliation et l'empêch[e] ainsi de mettre en œuvre la faculté de présentation d'un acquéreur impérativement ouverte par les textes précités [articles

⁷¹³ Art. L. 311-24 c. consom. nv.

⁷¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 01-16.733, *Bull. civ.* I, n° 60, D. FENOUILLET, « La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives : un pas en avant deux pas en arrière ! », *RDC* 2005/3, p. 718 ; J. MESTRE, « Une belle façon de fêter le dixième anniversaire de la loi du 1^{er} février 1995 sur les clauses abusives », *RTD civ.* 2005, p. 393 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 99, G. RAYMOND ; *D.* 2005, AJ p. 640, obs. V. AVENAROBARDET. V. aussi Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, *Bull. civ.* n° 488, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », *Contrats, conc. consom.* 2007, ét. 2, p. 5, *D.* 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2007, II, 10056, G. PAISANT ; *RLDC* 2007, n° 35, p. 12, obs. S. DOIREAU ; *RLDC* 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; *RTD com.* 2007, p. 437, obs. B. BOULOC, qui déclare une clause abusive dès lors qu'« elle est de nature à éluder l'obligation légale [...] », ce qui revient à dire qu'une clause illicite est abusive.

⁷¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, G. PATETTA, « Les clauses abusives ont encore de beaux jours devant elles... A propos de l'arrêt du 8 janvier 2009 », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 59 ; *Banque et Droit mars-avr.* 2009, p. 30, obs. T. BONNEAU ; *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 85, obs. G. RAYMOND ; *JCP E* 2009, n° 22, p. 12, obs. N. MATHEY ; *JCP G* 2009, I, 138, n° 14, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RD banc. fin.* 2009, n° 44, obs. F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *RTD com.* 2009, p. 418, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2010, pan. p. 1046, obs. D. R. MARTIN ; *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 5, obs. Y. PICOD.

⁷¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 avril 2013, n° 12-18.169, *Bull.* à paraître.

L. 311-31 et D. 311-13 du code de la consommation dans leur rédaction applicable à la cause] »⁷¹⁷.

161. Doctrine du « laisser croire ». Elle connaît aussi un certain succès en jurisprudence, et là encore aussi bien auprès des juges du fond⁷¹⁸ que de la Cour de cassation. Ainsi la première chambre civile considère que la clause selon laquelle « la remise en état (du véhicule en cas de défaut) ne peut avoir pour effet de prolonger le délai de garantie » est abusive « dans la mesure où elle est de nature à éluder l'obligation légale d'ajouter toute période d'immobilisation d'au moins sept jours à la durée de la garantie qui reste à courir à la date de la demande d'intervention du consommateur [...], la clause litigieuse avait pour objet ou pour effet de laisser croire [...] au consommateur qu'il était privé de son droit, créant ainsi déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »⁷¹⁹. Ainsi la clause est abusive parce qu'elle laisse croire au consommateur qu'il ne peut bénéficier de la prolongation de la garantie, prolongation d'ordre public prévue à l'article L. 211-16 du Code de la consommation.

4. En doctrine

162. Faveur pour le cumul. La doctrine approuve assez majoritairement l'idée selon laquelle une clause illicite stipulée dans un contrat de consommation est aussi abusive. Certains semblent même confondre les deux termes, les employer l'un pour l'autre sans vraiment y prêter attention⁷²⁰.

⁷¹⁷ Nous soulignons.

⁷¹⁸ V. quelques exemples tirés du site Internet de la Commission des clauses abusives (http://www.finances.gouv.fr/clauses_abusives/juris/index.htm) dans lesquels on retrouve les expressions « laisser ou faire croire », « laisser ou faire penser », « donner à penser » ou « laisser entendre » : TI Saintes, 4 décembre 2006 ; TI Vanves, 28 décembre 2005 ; TGI Bobigny, 21 mars 2006 ; TGI Bourges, 19 mars 2009 ; TGI Grenoble, 29 janvier 2001 ; 6 septembre 2001 ; 31 janvier 2002 ; 20 mars 2003 ; 27 octobre 2008 ; 2 novembre 2009 ; TGI Lille, 16 novembre 2006 ; TGI Lyon, 21 avril 1993 ; TGI Nanterre, 2 septembre 2003 ; 9 février 2006 ; TGI Paris, 16 avril 1991 ; 9 novembre 2005 ; 21 février 2006 ; 13 septembre 2006 ; CA Agen, 14 décembre 2005 ; CA Grenoble, 10 février 2004 ; 16 mars 2004 ; 30 mars 2004 ; 1^{er} juin 2004 ; 7 novembre 2005 ; 10 janvier 2006 ; CA Lyon, 29 avril 2004 ; CA Paris, 3 avril 2008 ; CA Versailles, 18 octobre 2004 ; 20 mai 2005 ; 15 septembre 2005.

⁷¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, préc.. Nous soulignons.

⁷²⁰ Pour la synonymie des termes en doctrine, v. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998, p. 267 : « la conformité à l'ordre public économique : les clauses abusives » (intitulé) ; É. KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *La copropriété des immeubles bâtis*, 4^e éd., Litec, 1989, n° 107 s. (« clauses abusives », pour dire clauses illicites au sens de l'art. 8 de la loi de 1965) ; Ph. MALINVAUD, « La protection des consommateurs », *D.* 1981, chron. 49, p. 57 (clauses illicites énumérées dans une subdivision consacrées aux clauses abusives).

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

D'autres, par contre, revendiquent clairement le cumul et l'appellent de leurs vœux⁷²¹. À ce titre, l'illustration la plus probante est sans aucun doute l'une des propositions de la commission de réforme du droit de la consommation, présidée par Monsieur Calais-Auloy, dans les années 1980. En effet, dans ses trois rapports⁷²², la Commission prévoyait d'ajouter à la définition générale des clauses abusives, une liste de « clauses nécessairement abusives »⁷²³ – qui étaient interdites car l'abus n'y faisait pas de doute – et parmi lesquelles se trouvaient les « clauses qui dérogent à des dispositions légales impératives ». Plus récemment, Madame Fenouillet ne trouve aucun obstacle théorique au cumul des qualifications :

« Qu'une clause puisse répondre, « en même temps », aux critères de la clause illicite (car elle est contraire au fond ou en la forme à telle ou telle disposition du Code de la consommation : elle supprime le délai de réflexion, elle omet des mentions obligatoires, etc.) et à ceux de la clause abusive (car elle introduit un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties : elle restreint ou supprime tel droit, crée ou aggrave telle obligation, etc.) ne paraît pas impossible »⁷²⁴.

Il est frappant de constater que le cumul des qualifications d'illicite et d'abusif non seulement est très répandu en pratique, mais encore concerne une multitude variée de clauses. Néanmoins, certaines semblent plus concernées que d'autres par cette pratique et constituent ainsi des exemples topiques permettant d'étudier plus précisément les ressorts de ce cumul.

⁷²¹ A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 15 : « Relever le caractère abusif [d'une clause illicite] n'est ni contestable ni superfétatoire » ; J. Ghestin, *op. cit.* ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », in *L'abus de droit et les concepts équivalents, principe et application actuelles*, Actes du 18^e colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, n° 36, p. 78 s. ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », n° 59, in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, ss dir. J. Ghestin, Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, LGDJ, 1991, p. 1 s. ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX VAN-MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », n° 58, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss dir. J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, p. 1 s..

⁷²² *Vers un nouveau droit de la consommation*, Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé de la consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, 1984 ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1985 et *Propositions pour un code de la consommation*, Rapport de la commission de codification du droit de la consommation au Premier ministre, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1990.

⁷²³ Ainsi qu'une liste de « clauses abusives sous réserve de l'interprétation des tribunaux » (dans le premier rapport seulement) et de « clauses présumées abusives » (dans les trois rapports).

⁷²⁴ D. Fenouillet, obs. *RDC* 2007/2, p. 337. Elle considère par ailleurs qu'aucun principe (exclusion d'une règle générale par une règle spéciale ; priorité temporelle de la sanction de l'illicite) n'impose de faire prévaloir l'une des qualifications sur l'autre. Et qu'au contraire « les règles protectrices du consommateur ayant été édictées à son profit, on se demande si ce n'est pas à lui qu'il appartient de décider de se prévaloir des unes ou des autres, en fonction de son intérêt », « la seule limite qu'il convient de poser est que la qualification de "clause abusive" ne doit pas être admise lorsque les critères qui sont les siens font défaut et à des fins purement pragmatiques ».

B. Exemples topiques du cumul

163. Plan. Il existe des exemples de stipulations illicites aussi bien en vertu du droit commun (1) qu'en vertu du droit de la consommation (2) qui ont été déclarées abusives.

1. Les clauses illicites en droit commun qualifiées d'abusives

164. Plan. Les exemples les plus probants de clauses illicites en droit commun qui ont été qualifiées d'abusives sont celles relatives au recours en justice⁷²⁵, notamment les clauses attributives de compétence territoriale (a), les clauses compromissaires (b) et les clauses abrégatives de prescription (c). En dehors de ce domaine, nous pouvons citer le cas des clauses excluant les garanties dues par le vendeur professionnel (d).

a. *Les clauses attributives de compétence territoriale*⁷²⁶

165. Illicéité des clauses attributives de compétence territoriale⁷²⁷. L'article 48 du Code de procédure civile pose l'interdiction de principe de ces clauses qui ont pour objet de déterminer quelle sera la juridiction compétente *ratione loci* pour connaître d'un éventuel litige naissant à propos du contrat conclu entre les parties. Plus précisément, il dispose :

⁷²⁵ S. PIERRE-MAURICE, « Les clauses abusives relatives au recours en justice et la superposition de règles protectrices », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, ss dir. X. HENRY, PU Nancy, 2009, p. 241.

⁷²⁶ M. DOUCHY-OUDOT, v° Compétence, in *Rép. proc. civ.*, mars 2010, n° 147 à 154 ; W. DROSS, v° Attributive de compétence, in *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2008, p. 54 s. ; L. (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, *Océano*, aff. C-240/98), « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire », *RED consom.* 2000, 261 ; E. PATAUT, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 807 s.

⁷²⁷ L'affirmation vaut pour le droit interne. Dans les rapports internationaux, les clauses attributives de compétence territoriale sont, en principe, licites, que ce soit sur le fondement du droit international privé commun (depuis Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 1985, *Compagnie des signaux*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; D. 1986, IR p. 265, obs. B. AUDIT ; *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 4^e éd., Dalloz, 2001, n° 72, p. 659) ou sur celui du droit international privé de l'Union européenne (Règl. UE n° 215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, L 351/1, 20/12/2012, art. 17 s., qui prévoit une licéité de principe, mais à certaines conditions). La question de la validité de ces clauses sous l'angle du droit des clauses abusives retrouvera alors tout son intérêt. En effet, que ce soit en droit international privé commun ou européen, l'alternative sera la même : « La loi applicable à la substance de la clause sera [...] ou bien la loi d'un pays de l'Union, auquel cas la transposition de la directive "clauses abusives" forcera le juge à invalider la clause, ou bien la loi d'un pays tiers, auquel cas les conditions de l'article L. 135-1 du Code de la consommation seront presque toujours réunies. La législation sur les clauses abusives trouvera donc toujours à s'appliquer et [...] la clause de compétence sera, dans presque toutes les situations, considérée comme abusive » (E. PATAUT, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », art. préc., spéc. p. 819). L'article L. 135-1 c. consom. prévoit, en effet, que si le consommateur est domicilié sur le territoire d'un État de l'UE et que le contrat y est proposé ou exécuté, la législation française sur les clauses abusives est impérativement applicable.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

« Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

En d'autres termes, les clauses attributives de compétence territoriale peuvent être valables uniquement si elles sont stipulées entre commerçants. Elles sont, par contre, illicites dès lors que l'une des parties n'est pas commerçante, elles le sont donc dans les contrats de consommation conclus entre un consommateur ou non-professionnel⁷²⁸ et un professionnel. Cette solution s'explique par une volonté protectrice des cocontractants du professionnel qui risquent d'être dissuadés d'agir en justice, en raison de l'éloignement du tribunal désigné dans la clause, tribunal qui sera le plus souvent celui du siège du professionnel vendeur ou fabricant.

166. Caractère abusif des clauses attributives de compétence territoriale. Les clauses attributives de compétence sont assez unanimement déclarées abusives, malgré leur caractère illicite. Ainsi, même si elles ne sont pas expressément citées à l'article R. 132-2, 10°, du Code de la consommation⁷²⁹, déjà mentionné, il est assez largement admis que ce texte les vise implicitement puisqu'elles sont de nature à entraver l'exercice d'actions en justice⁷³⁰.

Surtout, la Commission des clauses abusives les a systématiquement dénoncées comme abusives, au point qu'il s'agit sans aucun doute de l'une des clauses les plus critiquées par elle⁷³¹.

⁷²⁸ A condition qu'il soit non commerçant. Dans le cas contraire, la clause serait valable et le mécanisme des clauses abusives retrouverait tout son intérêt.

⁷²⁹ La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 prévoit, au contraire, qu'est toujours abusive (noire) la clause qui a pour objet ou pour effet « d'imposer, pour tous les litiges naissant du contrat, la compétence exclusive du tribunal du lieu où le professionnel est domicilié à moins que le tribunal choisi soit également celui du lieu où le consommateur est domicilié » (art. 84, e), Annexe I, COM (2011) 635 final).

⁷³⁰ Dans le même sens, v. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2010, n° 184.

⁷³¹ *Recomm.* n° 79-02, 5°, *BOSP* 24/02/1979 ; *Recomm.* n° 80-01, 7°, *BOSP* 15/05/1980 ; *Recomm.* n° 80-04, II-15°, *BOSP* 17/10/1980 ; *Recomm.* n° 81-02, 17°, *BOCC* 16/01/1981 ; *Recomm.* n° 82-01, B-10°, *BOCC* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 82-02, B-16°, *BOCC* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 84-01, A-12°, *BOCC* 20/11/1984 ; *Recomm.* n° 84-03, B-9°, *BOCC* 05/12/1984 ; *Recomm.* n° 85-02, B-21°, *BOCC* 04/09/1985 ; *Recomm.* n° 87-02, 10°, *BOCCRF* 13/08/1987 ; *Recomm.* n° 91-01, C, *BOCCRF* 06/09/1991 ; *Recomm.* n° 91-02, 20°, *BOCCRF* 06/09/1991 ; *Recomm.* n° 94-03, 8°, *BOCCRF* 27/09/1994 ; *Recomm.* n° 94-04, b), *BOCCRF* 27/10/1994, rect. 09/12/1994 ; *Recomm.* n° 94-05, B-1°, *BOCCRF* 28/12/1994 ; *Recomm.* n° 95-01, 9°, *BOCCRF* 18/05/1995 ; *Recomm.* n° 95-02, 8°, *BOCCRF* 18/05/1995 ; *Recomm.* n° 96-01, 9°, *BOCCRF* 24/01/19956 ; *Recomm.* n° 97-01, B-21°, *BOCCRF* 11/06/1997 ; *Recomm.* n° 97-02, 1°-a), *BOCCRF* 12/12/1997 ; *Recomm.* n° 99-01, III-7°, *BOCCRF* 31/03/1999 ; *Recomm.* n° 02-02, C-35°, *BOCCRF* 30/05/2002 ; *Recomm.* n° 02-03, 15°, *BOCCRF* 30/05/2002 ; *Recomm.* n° 03-01, I-1°, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 04-01, 15°, *BOCCRF* 12/03/2004 ; *Recomm.* n° 04-03, 10°, *BOCCRF* 30/09/2004 ; *Recomm.* n° 05-01, 12°, *BOCCRF* 23/06/2005 ; *Recomm.* n° 05-03, 9°, *BOCCRF* 16/12/2005 ; *Recomm.* n° 07-02, 14°, *BOCCRF* 24/12/2007 ; *Recomm.*

La question s'est aussi posée en ces termes devant les tribunaux qui les ont, à leur tour, déclarées abusives⁷³².

*b. Les clauses compromissoires*⁷³³

167. Nullité des clauses compromissoires en droit de la consommation⁷³⁴. La clause compromissoire est la stipulation par laquelle les contractants conviennent de porter devant un ou plusieurs arbitres les litiges qui pourraient éventuellement naître du contrat. En ce qui nous concerne, elle oblige ainsi le non-professionnel ou le consommateur à recourir à l'arbitre et non au juge étatique. Elle a toujours été nulle en droit de la consommation⁷³⁵.

En effet, dans sa rédaction initiale⁷³⁶, l'article 2061 du code civil prévoyait :

« La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi ».

En d'autres termes, le principe était la nullité de la clause compromissoire sauf dispositions contraires. Or de telles dispositions n'existant pas en droit de la consommation, elle y était nulle.

Cet article a été modifié par la loi du 15 mai 2001⁷³⁷ et dispose désormais :

n° 08-01, 12°, *BOCCRF* 23/04/2008 ; *Recomm.* n° 08-02, 12°, *BOCCRF* 23/04/2008 ; *Recomm.* n° 08-03, C-17°, *BOCCRF* 14/12/2008 ; *Recomm.* n° 10-01, 31°, *BOCCRF* 25/05/2010 ; *Recomm.* n° 10-02, 16°, *BOCCRF* 25/06/2010 ; *Recomm.* n° 12-01, III-22°, *BOCCRF* 18/05/2012.

⁷³² V. les décisions suivantes, toutes reproduites sur le site Internet de la Commission des clauses abusives (http://www.finances.gouv.fr/cloauses_abusives/juris/index.htm) : TGI Dijon, 25 novembre 1991 ; TGI Lyon, 21 avril 1993 ; TGI Tours, 11 février 1993 ; TGI Versailles, 10 février 1993 ; CA Grenoble, 11 juin 2001 ; CA Lyon, 28 novembre 1991 ; 21 septembre 1995 ; CA Orléans, 21 mars 1995 ; CA Rennes, 28 janvier 2005 ; CA Toulouse, 6 décembre 1995 ; CA Versailles, 2 juin 1994.

⁷³³ B. MOREAU, v° Arbitrage en droit interne, *in Rép. proc. civ.*, mars 2010, n° 88 à 137 ; W. Dross, v° Compromissoire, *in Clausier, op. cit.*, p. 77 s..

⁷³⁴ Cette affirmation n'est valable que pour les contrats internes. Dans les contrats internationaux, la clause compromissoire est licite (depuis Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Jaguar, Contrats, conc. consom.* 1997, comm. 143, note L. LEVENEUR ; *Dr et patr.* 1997, p. 180, obs. P. LAROCHE DE ROUSSANE ; *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. GAILLARD ; *JDI Clunet* 1998, p. 969, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87 s., note V. HEUZÉ ; *RGDP* 1998, p. 156, obs. M.-Cl. RIVIER ; *RTD com.* 1998, p. 330 s., obs. J.-Cl. DUBARRY et E. LOQUIN). En revanche, elle ne sera pas valable sous l'angle de la législation sur les clauses abusives (en vertu du même raisonnement que celui applicable aux clauses attributives de compétence, v. *supra* n° 165. C'est d'ailleurs la solution prônée par la « Réponse ministérielle relative à l'application de l'article 2061 du Code civil en matière internationale », *Rev. arb.* 2002, p. 241, obs. Ph. FOUCHARD.

⁷³⁵ C'est même l'objet du premier grand arrêt du droit de la consommation, v. T. CLAY, « La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne », *D.* 2003, p. 2469 : « La nullité de principe de la clause compromissoire remonte au célèbre arrêt Prunier, rendu par la Cour de cassation il y plus d'un siècle et demi, laquelle suivait un raisonnement emprunté à ce que l'on qualifierait aujourd'hui de droit de la consommation. La Haute juridiction a en effet annulé le 18 juillet 1843, sous la présidence de Portalis fils, une clause compromissoire en raison de la position de faiblesse supposée de l'un des contractants à l'égard de l'autre. On peut, sans exagérer, voir dans cette décision le premier arrêt du droit de la consommation » (Cass. Civ., 10 juillet 1843, *Prunier*, *S.* 1843, 1, p. 561, note DEVILLENEUVE et concl. HELLO).

⁷³⁶ L. n° 72-626, 5 juillet 1972, instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

⁷³⁷ L. n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE). V. T. Clay, « La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne », art. préc. ; Ch. JARROSSON, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G* 2001, I, 333 ; E. LOQUIN, « Loi du 15 mai 2001, article

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

« Sous réserves des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison de l'activité professionnelle ».

Le principe est donc la validité de la clause compromissoire stipulée entre professionnels, ce qui implique *a contrario* la nullité de celle convenue entre particuliers. Reste à savoir si elle est nulle ou valable dans un acte mixte⁷³⁸, c'est-à-dire conclu entre un particulier et un professionnel, une seule des parties agissant alors « à raison de l'activité professionnelle ». La majorité des auteurs considère que la clause compromissoire est nulle dans un acte mixte⁷³⁹, et donc nulle dans les contrats de consommation. C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée en exigeant le bilatéralisme de l'activité professionnelle pour l'application de l'article 2061 du Code civil⁷⁴⁰.

168. Caractère abusif des clauses compromissoires. Elles sont explicitement visées à l'article R. 132-2 du Code de la consommation, déjà mentionnée, selon lequel sont présumées abusives « sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de »⁷⁴¹ :

« 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 légales⁷⁴² ou à passer exclusivement par des modes alternatifs de règlement des litiges »⁷⁴³.

126 modifiant les articles L. 411-4 et suivants du Code de l'organisation judiciaire et 2061 du Code civil », *RTD com.* 2001 p. 642 ; Ph. MARINI et F. FAGES, « La réforme de la clause compromissoire », *D.* 2001, chron. p. 2658 ; B. MOREAU et L. DEGOS, « La clause compromissoire réhabilitée », *Gaz. Pal.* 2001, doct. p. 963 ; *Dossier Dr. et patr.* mai 2002, p. 40 s..

⁷³⁸ Sur cette question, v. I. GALLMEISTER, « De la validité de la clause compromissoire dans un acte mixte », *LPA* 29 octobre 2004, n° 217, p. 12.

⁷³⁹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 497 ; S. AMRANI-MEKKI, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009/4, p. 1617 ; Ch. Jarrosson, art. préc. ; B. Moreau, v° Arbitrage en droit interne, *op. cit.*, spéc. n° 111 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats, conc. consom.* 2008, ét. 7, n° 19.

Contra, W. Dross, v° Compromissoire, in *Clausier, op. cit.*, p. 77 s. ; I. Gallmeister, art. préc..

⁷⁴⁰ Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 206, note L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.* 2011, n°s 329-330, p. 33, obs. B. CERVEAU ; *JCP G* 2011, doct. p. 1397, n° 5, obs. T. CLAY ; *Rev. arb.* 2011, p. 950, note J. BILLEMONTY ; *RDC* 2011, p. 1279, obs. Y.-M. SERINET ; *RGDA* 2011, p. 1139, obs. R. SCHULZ ; Cass. 1^{ère} civ., 29 février 2012, *JCP G* 2012, p. 405, note J. MONÉGER ; *JCP G* 2012, doct. p. 843, n° 1, obs. J. ORTSCHIEDT ; *Procédures* 2012, 21, note L. WEILLER.

⁷⁴¹ Sur la conséquence de cette qualification, à savoir que l'art. R. 132-2, 10° en vient à autoriser le professionnel à démontrer le caractère non abusif d'une clause par ailleurs nulle, v. *infra* n° 200.

⁷⁴² Nous soulignons. Sachant qu'un tel organisme d'arbitrage couvert par des dispositions légales n'existe pas en France, mais existe dans d'autres pays de l'Union Européenne comme l'Espagne ou le Portugal.

⁷⁴³ Si ces clauses sont « grises » en droit positif français, le droit communautaire prévoit, lui, d'en faire des clauses « noires » (art. 84, d), Annexe I, de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011, COM (2011) 635 final).

De même, la Commission des clauses abusives a très tôt dénoncé les clauses compromissaires comme constituant des clauses abusives⁷⁴⁴.

c. Les clauses abrégatives de prescription

169. Licéité des clauses abrégatives de prescription et incertitude sur le caractère abusif. Jusqu'à la loi du 17 juin 2008, les clauses abrégatives de prescription⁷⁴⁵ étaient licites⁷⁴⁶ en vertu de la liberté contractuelle, autant en droit commun qu'en droit de la consommation.

Leur caractère abusif était, en revanche, discuté. De son côté, la Commission des clauses abusives a désigné comme abusives les stipulations visant à « imposer un délai de prescription pour agir en justice ou réduire celui fixé par la loi »⁷⁴⁷. La Cour de cassation paraissait, quant à elle, plus hésitante. Dans un arrêt du 14 février 2008⁷⁴⁸, elle a refusé de la qualifier d'abusives, tandis qu'elle a accepté de le faire dans un arrêt du 8 janvier 2009⁷⁴⁹. En réalité, il semble que ce soient les circonstances propres à chaque espèce qui expliquent la différence de solution. Dans le premier arrêt qui concernait un contrat de déménagement, le délai d'un an stipulé pour intenter une action en justice au titre des pertes et avaries est jugé « suffisant » car il « n'empêchait pas ni ne rendait particulièrement plus difficile l'exercice par le consommateur de son droit à agir en justice ». Dans la seconde espèce portant sur une convention de compte bancaire, la clause litigieuse postulait l'approbation par le client des écritures et opérations mentionnées dans le relevé le compte dans un délai de trois mois à compter de l'édition de ce dernier. La Cour estime qu'elle « est de nature à susciter ou entretenir la conviction du titulaire du compte qu'il se trouve privé de la possibilité de les contester, alors même qu'il n'aurait pu en connaître l'inexactitude qu'au-delà du délai, et a pour objet et pour effet d'entraver l'exercice par le consommateur de son droit d'agir en justice ».

⁷⁴⁴ *Recomm.* n° 79-02, 2°, *BOSP* 24/02/1979 ; *Recomm.* n° 81-02, 17°, *BOSP* 16/01/1981 ; *Recomm.* n° 91-01, C, *BOCCRF* 06/09/1991 ; *Recomm.* n° 94-04, *BOCCRF* 27/10/1994, rectificatif du 9/12/1994 ; *Recomm.* n° 97-02, 1°)-a, *BOCCRF* 12/12/1997.

⁷⁴⁵ Sur ces clauses, v. S. Pierre-Maurice, art. préc. ; W. Dross, v° Prescription, *Clausier, op. cit.*, p. 422 s..

⁷⁴⁶ V. not. Cass. civ., 4 décembre 1895, *DP* 1896, I, p. 241, note SARRUT ; Cass. 1^{ère} civ., 6 octobre 1976, *D.* 1950, p. 261, note LEREBOURG-PIGEONNIÈRE.

⁷⁴⁷ *Recomm.* n° 79-02, 4°, *BOSP* 24/02/1979. V. aussi *Avis* n° 07-01 relatif à un contrat de déménagement, selon lequel la clause qui limite à un an le délai de prescription pour agir en cas d'avaries, perte ou retard auxquels peut donner lieu le déménagement est abusive car « ce délai d'un an apparaît insuffisant et de nature à priver le consommateur de la possibilité de faire valoir utilement ses droits en justice ».

⁷⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 février 2008, consultable sur le site Internet de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/ccass080214.htm>.

⁷⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, préc..

170. Illicéité des clauses abrégatives de prescription depuis la loi du 17 juin 2008. La loi du 17 juin 2008 a modifié le sort réservé aux clauses abrégatives de prescription en droit de la consommation. En effet, alors qu'elle autorise l'aménagement conventionnel de la prescription à l'article 2254 du Code civil, cet aménagement est expressément rendu impossible à l'article L. 137-1 du Code de la consommation selon lequel « par dérogation à l'article 2254 du code civil, les parties au contrat entre un professionnel et un consommateur ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci ». Dès lors, le débat sur le caractère abusif de ces clauses n'a plus lieu d'être.

d. Les clauses excluant les garanties dues par le vendeur professionnel

171. Nullité des clauses excluant la garantie contre les vices cachés et la garantie de conformité. Le vendeur professionnel qui vend un bien à un consommateur est, en principe, tenu de la garantie contre les vices cachés des articles 1641 et suivants du Code civil (droit commun) et de la garantie de conformité des articles L. 211-1 et suivants du Code de la consommation (droit spécial). Or ces garanties sont toutes deux d'ordre public.

En effet, en matière de garantie des vices cachés, l'article 1643 du Code civil autorise les clauses exclusives ou limitatives pour les vices dont le vendeur n'a pas connaissance⁷⁵⁰. Néanmoins, la jurisprudence considère que tout vendeur professionnel connaît les défauts de la chose qu'il vend⁷⁵¹. Dès lors, en application de l'article 1643, le vendeur professionnel ne peut valablement supprimer ou réduire, par des clauses du contrat la garantie légale qu'il doit à ses clients. Cette garantie est donc d'ordre public pour le vendeur professionnel lorsque l'acheteur est un consommateur⁷⁵².

De même, l'article L. 211-17 du Code de la consommation dispose que les clauses qui écartent directement ou indirectement la garantie de conformité sont réputées non écrites.

172. Caractère abusif des clauses excluant la garantie contre les vices cachés et la garantie de conformité. Les clauses excluant la garantie contre les vices cachés ont régulièrement été stigmatisées comme abusives. En ce sens, on peut notamment citer la

⁷⁵⁰ Sur ces clauses, v. W. Dross, v° Exclusive ou limitative de garantie (vice cachés), in *Clausier, op. cit.*, p. 180 s..

⁷⁵¹ Depuis Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 1954, *JCP* 1955, II, 8565.

⁷⁵² Lorsque l'acheteur est un professionnel de la même spécialité, ces clauses sont valables depuis Cass. com., 8 octobre 1973, *JCP* 1975, II, 17927, obs. J. GHESTIN.

première recommandation adoptée par la Commission des clauses abusives qui est entièrement consacrée aux clauses abusives portant sur la garantie légale⁷⁵³. De même, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré abusive la clause prévoyant que le concessionnaire n'est pas le préposé du constructeur et qu'il est seul responsable vis-à-vis de l'acheteur parce qu'elle « laissait croire au consommateur qu'il était démuné envers le fabricant alors qu'elle ne saurait exonérer celui-ci de la garantie légale des vices cachés »⁷⁵⁴.

Quant aux clauses excluant la garantie de conformité du Code de la consommation, il semble qu'elles peuvent être irréfragablement présumées abusives sur le fondement de l'article R. 132-1, 4°, du Code de la consommation qui vise les stipulations qui ont pour objet ou pour effet :

« D'accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ».

Comme la garantie de conformité oblige le vendeur à « livrer un bien conforme au contrat » (art. L. 211-4 c. consom.), on peut légitimement penser que l'article R. 132-1, 4°, lui est applicable. Or ce texte interdit indirectement les clauses limitatives ou exonératoires car la possibilité pour le professionnel d'apprécier seul si le bien est conforme aux stipulations du contrat revient à empêcher son cocontractant de prétendre le contraire et d'invoquer la garantie.

2. Les clauses illicites en droit de la consommation qualifiées d'abusives

173. L'exemple des clauses méconnaissant l'exigence d'une offre préalable en cas d'augmentation du montant du crédit à la consommation. Nous retiendrons cet exemple car c'est la clause illicite en droit de la consommation la plus largement dénoncée comme abusive⁷⁵⁵.

174. Illicéité des clauses méconnaissant l'exigence d'une offre préalable en cas d'augmentation du montant du crédit à la consommation. La « loi Châtel » du 28 janvier

⁷⁵³ *Recomm.* n° 79-01, *BOSP* 24/02/1979.

⁷⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, 04-15.645, *Bull. civ.* n° 489, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », *Contrats, conc. consom.* 2007, ét. 2, p. 5, *D.* 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2007, II, 10056, G. PAISANT ; *RLDC* 2007, n° 35, p. 12, obs. S. DOIREAU ; *RLDC* 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; *RTD com.* 2007, p. 437, obs. B. BOULOC.

⁷⁵⁵ Pour d'autres exemples de clauses illicites en droit de la consommation et dénoncées comme abusives par la jurisprudence, v. *supra* n°s 160 s..

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

2005⁷⁵⁶, dont l'objet était d'améliorer les mesures de protection du consommateur-emprunteur dans les opérations de crédit permanent, a modifié l'article L. 311-9⁷⁵⁷ du Code de la consommation en rendant obligatoire pour le prêteur la remise à l'emprunteur d'une offre préalable pour toute augmentation de crédit consentie, et non seulement lors du contrat initial comme c'était le cas jusqu'alors⁷⁵⁸. Ainsi les clients souhaitant accroître leur découvert en compte sont protégés puisqu'ils doivent accepter une offre préalable qui comporte des mentions obligatoires et surtout rappelle la faculté de se rétracter. Toute clause qui contreviendrait à cette règle d'ordre public⁷⁵⁹ est donc illicite, sachant qu'une sanction spécifique est alors prévue. En effet, si l'augmentation de crédit est accordée en vertu d'une offre irrégulière ou inexistante, l'organisme de crédit est déchu du droit de percevoir les intérêts au taux contractuel aux termes de l'article L. 311-33⁷⁶⁰ du Code de la consommation, l'emprunteur n'étant « tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu »⁷⁶¹.

La difficulté vient de stipulations qui, habilement, prévoient deux montants de découverts, le premier immédiatement octroyé à l'emprunteur, mais pouvant être porté à un second montant à sa demande et après accord préalable du prêteur. Dans ce cas, les clauses laissent croire que l'offre porte sur le montant maximal consenti, et qu'il n'y a donc pas d'augmentation de crédit nécessitant une nouvelle offre préalable. Néanmoins, on peut tout à fait arguer de leur illicéité, étant donné qu'elles permettent de contourner une règle impérative⁷⁶².

175. Caractère abusif des clauses méconnaissant l'exigence d'une offre préalable en cas d'augmentation du montant du crédit à la consommation. Dans deux avis relatifs à

⁷⁵⁶ L. n° 2005-67 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur.

⁷⁵⁷ Art. L. 611-16 c. consom. nv..

⁷⁵⁸ Art. L. 311-9 al. 1^{er} c. consom. Cette exigence est applicable aux contrats de crédit souscrits à compter du 28 janvier 2005 ainsi qu'à tous les contrats en cours ou reconduits après cette date (L. n° 2008-67, 28 janvier 2005, art. 7). Mais en pratique, elle était d'ores et déjà requise par la Cour de cassation qui avait affirmé, à plusieurs reprises, que l'augmentation du plafond de l'ouverture de crédit, même prévue par le contrat initial, s'analyse en un nouveau crédit devant faire l'objet d'une nouvelle offre préalable (Cass. 1^{ère} civ., 3 juillet 1996, *RJDA* 1/97, n° 84 ; Cass. 1^{ère} civ., 18 juin 2000, *RJDA* 5/00, n° 586 ; Cass. 1^{ère} civ., 26 octobre 2004, n° 02-20.564 ; Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, n° 04-14.748 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, *RJDA* 3/09, n° 261).

⁷⁵⁹ Art. L. 313-16 c. consom..

⁷⁶⁰ Art. L. 311-48 c. consom. nv..

⁷⁶¹ Sur cette sanction, v. B. BOULOC, « La perte du droit aux intérêts », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 81 s..

⁷⁶² Dans le même sens, v. G. RAYMOND, note *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 210.

des contrats de compte permanent⁷⁶³, la Commission des clauses abusives a considéré « les clauses de variation du montant du crédit initialement consenti » comme abusives car :

« Elles ne stipulent pas l'obligation de délivrance d'une nouvelle offre préalable et par conséquent la nécessité d'une acceptation formelle de celle-ci et la faculté, pour les emprunteurs, de rétracter leur consentement ; [...] de telles clauses qui laissent penser que le prêteur ne doit pas, pour chaque nouveau crédit que constitue l'augmentation du montant du crédit initial, délivrer à l'emprunteur une offre préalable que ce dernier doit formellement accepter et que l'emprunteur ne dispose pas, à cette occasion, de la faculté d'ordre public de rétracter son acceptation, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du consommateur »⁷⁶⁴.

En outre, la Cour de cassation a estimé dans un avis rendu le 10 juillet 2006⁷⁶⁵ que :

« L'article L. 132-1 du Code de la consommation répute comme abusive la clause, telle qu'interprétée par le juge, prévoyant l'augmentation du montant du crédit initial sans acceptation par l'emprunteur d'une nouvelle offre de crédit ».

Cette solution a aussi été largement suivie et reprise par les juges du fond⁷⁶⁶.

Le cumul des qualifications de clause illicite et de clause abusive est si répandu en pratique qu'il semble que le manquement à une règle impérative, la contrariété à l'ordre public ne soit plus seulement le critère des clauses illicites, mais soit devenu aussi celui des clauses abusives dans les contrats de consommation. À quoi servirait-il alors d'avoir deux notions distinctes ? La notion de clause abusive n'a d'intérêt que si elle a un champ d'application propre, différent de celui des clauses illicites.

§ 2. Plaidoyer contre le cumul : la distinction des notions de clause illicite et de clause abusive

176. Plan. Le cumul des qualifications de clause illicite et de clause abusive ne présente, d'un point de vue pratique, qu'une opportunité relative (A) tandis que de fort obstacles théoriques s'y opposent par ailleurs (B). C'est pourquoi nous prôtons le non cumul des notions.

⁷⁶³ Avis n° 04-02, Avis n° 04-03. Ces avis ont été suivis par les juges qui les avaient sollicités, v. TI Bourgneuf, 8 décembre 2004 (deux jugements), *D.* 2005, AJ p. 277, obs. V. AVENA-ROBARDET.

⁷⁶⁴ Nous soulignons.

⁷⁶⁵ Cass. civ., avis, 10 juillet 2006, n° 006 0006, *Banque & droit* 2006, n° 110, p. 26 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 210, note G. RAYMOND ; *D.* 2006, p. 2313, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RDC* 2007/2, p. 337, obs. D. FENOUILLET.

⁷⁶⁶ TI Saintes, 4 décembre 2006, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 61, note G. RAYMOND ; CA Douai, 3 mai 2007, n° 06/01174 (site Internet CCA) ; CA Amiens, 20 septembre 2007, n° 06/03225 (site Internet CCA) ; CA Paris, 20 septembre 2007, *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 31, note G. RAYMOND ; CA Colmar, 31 mars 2008, n° 07/01704 (site Internet CCA) ; CA Toulouse, 3 février 2009, *Juris-Data*, n° 2009-000250, *JCP E* 2009, IV, 1369.

A. Opportunité relative du cumul

177. Plan. S'il est vrai que le cumul des qualifications d'abusif et d'illicite présente certains avantages pratiques incontestables (1), il s'avère, en revanche, sur bien des points, tout à fait inutile (2).

1. Avantages du cumul

178. Deux avantages importants. Les partisans du cumul estiment que « la soumission des clauses illicites au régime des clauses abusives permet de multiplier les chances de disparition de ces clauses des contrats »⁷⁶⁷. Cela est vrai en ce que la confusion des notions de clause abusive et de clause illicite permet au non-professionnel ou consommateur de profiter de la « supériorité probatoire » et « procédurale »⁷⁶⁸ dont jouit la première sur la seconde.

179. Avantage probatoire. Confondre clause abusive et clause illicite permet de profiter du régime probatoire avantageux offert par la première. En effet, lorsque la clause illicite figure dans la liste noire ou grise de clauses abusives (ce qui est le cas des exemples topiques que nous avons étudiés), le non-professionnel ou consommateur bénéficie de la présomption irréfutable ou simple de la stipulation litigieuse et il n'a plus rien à prouver. Le non cumul contraint, en revanche, le non-professionnel ou consommateur à rapporter la preuve de la violation de la règle impérative.

180. Avantage procédural : le relevé d'office par le juge⁷⁶⁹. L'autre avantage du cumul des qualifications de clause abusive et de clause illicite réside dans l'étendue du pouvoir du juge face à de telles stipulations. En effet, le juge a l'obligation de relever d'office les stipulations abusives, ce qui n'est pas le cas des clauses illicites pour lesquelles il dispose de cette faculté, mais n'y est pas tenu.

Ainsi le juge doit-il soulever d'office le caractère abusif des stipulations qui lui sont soumises. Cette solution est le fruit d'une longue évolution. Pendant longtemps, le

⁷⁶⁷ J. Ghestin et I. Marchessaux Van-Melle, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », art. préc., n° 36 ; J. Ghestin et I. Marchessaux, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », art. préc., n° 59 ; J. Ghestin et I. Marchessaux Van-Melle, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », art. préc., n° 58. Dans le même sens, v. C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 553.

⁷⁶⁸ Selon les termes employés par S. Pierre-Maurice, art. préc., spéc. p. 263 et 267.

⁷⁶⁹ Pour une comparaison, v. S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *Contrats conc. consom.* 2013, ét. 9.

consommateur devait invoquer lui-même le caractère abusif d'une clause pour que celle-ci pût être réputée non écrite. Cette situation a, d'abord, changé avec l'arrêt *Oceano Grupo* de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) en date du 27 juin 2000⁷⁷⁰. Dans cette affaire, la CJCE a donné au juge national la possibilité de soulever d'office toute violation du droit communautaire en matière de clauses abusives. Ainsi, à compter de cette décision qui fait partie intégrante du droit communautaire et s'impose au juge national⁷⁷¹, les magistrats français disposaient de la faculté de relever d'office le caractère abusif d'une stipulation. La loi du 3 janvier 2008⁷⁷² a, d'ailleurs, consacré ce pouvoir, en l'étendant à toutes les dispositions de ce code avec l'introduction d'un article L. 141-4 dans le Code de la consommation selon lequel :

« Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application »⁷⁷³.

Néanmoins, aujourd'hui, face à une clause abusive, le juge français non seulement peut, mais encore doit soulever d'office son caractère abusif, selon l'arrêt de la CJCE en date du 4 juin 2009⁷⁷⁴. En effet, la Cour décrit ainsi le rôle du juge en la matière :

⁷⁷⁰ CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244/98, *Rec. CJCE* 2000, I, p. 4991, L. Bernardeau, art. préc. ; *RTD civ.* 2000, p. 939, obs. J. RAYNARD ; *JCP G* 2001, II, 10513, note M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISANT ; *RTD civ.* 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2001, p. 291, obs. M. LUBY ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *D.* 2002, somm. comm. p. 3339, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2003, jur. p. 486, note C. NOURISSAT ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 1711, obs. Ph. FLORES et G. BIARDEAUD ; *JCP E* 2003, 279, note C. BAUDE-TEXIDOR et I. FADLALLAH ; *JCP G* 2003, I, 142, n° 1 à 4, obs. X. LAGARDE ; *JCP G* 2003, II, 10082, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2003, p. 410, obs. M. LUBY ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 31, note G. RAYMOND.

⁷⁷¹ Cass. com., 20 octobre 1998, *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. 61, note S. POILLOT-PERUZETTO.

⁷⁷² L. n° 2008-3 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

⁷⁷³ Sur ce texte, v. C. ALLIEZ, « La réforme de l'office du juge en droit de la consommation », *LPA* 2 juillet 2009, n° 131, p. 5 ; S. BAZIN, « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et proc.* 2008, p. 125 ; S. BAZIN, « Retour sur l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et proc.* 2010, p. 110 ; H. CROZE, « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du code de la consommation », *Procédures* 2008, n° 80 ; Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, chron. p. 2227 ; GORCHS, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D.* 2010, p. 1300 ; Gh. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285 ; Gh. POISSONNIER, « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *Contrats, conc. consom.* 2009, ét. 5 ; G. RAYMOND, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 », *Contrats, conc. consom.* 2008, ét. 3 ; N. RZEPECKI, « Le relevé d'office par le juge des dispositions du code de la consommation : principe et régime », *RLDA* juin 2009, p. 41.

⁷⁷⁴ CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, G. PAISANT, « L'obligation de relever d'office du juge national », *JCP G* 2009, 336 ; *D.* 2009, p. 2312, note Gh. POISSONNIER ; *Europe* 2009, n° 8, p. 42, V. MICHEL et M. MEISTER ; *JCP E* 2009, 1970, note L. RASCHEL ; *JCP G* 2009, 369, n° 13, Y.-M. SERINET ; *LEDC* septembre 2009, p. 6, obs. G. GUERLIN ; *Procédures* 2009, n° 8, p. 19, note C. NOURISSAT ; *RDC* 2009/4, p. 1467, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; *RDC* 2010/1, p. 59, obs. O. DESHAYES ; *RLDC* 2009, n° 63, p. 13, obs. V. MAUGERI. Solution depuis réitérée, CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Nogueira*, aff. C-40/08, *JOUE* C 282 du 21/11/2009, p. 7, *Procédures* 2009, comm. 400, note C. NOURISSAT ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 49, p. 12, obs. Gh. POISSONNIER et J.-Ph. TRICOIT.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

« [II] ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement abusive d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, y compris lorsqu'il s'interroge sur sa propre compétence territoriale »⁷⁷⁵.

Elle justifie sa décision au motif qu'il est peu probable que le consommateur détecte lui-même les irrégularités contractuelles dont il est victime et qu'il connaisse les dispositions légales qui lui sont favorables. Le relevé d'office par le juge prend, en effet, tout son sens dans les litiges de consommation, où l'inégalité structurelle entre les parties au contrat ne peut être compensée que par une intervention extérieure à celles-ci⁷⁷⁶ : « La protection effective du consommateur suppose un rôle actif du juge dans l'examen du contrat »⁷⁷⁷.

Le projet de loi n° 1015, relatif à la consommation, déposé à l'Assemblée nationale le 2 mai 2013, prévoit, en son article 28, de mettre le droit français en conformité avec celui de l'Union européenne, en ajoutant, à l'article L. 141-4 du Code de la consommation, un alinéa ainsi rédigé :

« Il [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 ».

Les clauses illicites en vertu du droit de la consommation ont connu une évolution comparable. Pendant longtemps, le juge n'a pas eu le pouvoir de les relever d'office⁷⁷⁸ au motif qu'il ne pouvait se prononcer que sur ce qui lui était demandé, conformément à l'article 5 du code de procédure civile et parce qu'on estimait que les dispositions d'ordre public de protection ne pouvaient être invoquées que par la seule partie protégée. Cette position affaiblissait l'effectivité du droit de la consommation et surtout contrevenait à l'approche retenue par la CJCE qui affirmait, au contraire, le pouvoir du juge national de soulever d'office toute violation du droit communautaire de la consommation, notamment en matière de clause abusive⁷⁷⁹ ou de crédit à la consommation⁷⁸⁰. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui a

⁷⁷⁵ CJCE, 29 juin 2009, *Pannon*, préc., point 32. Nous soulignons.

Le devoir du juge de relever d'office les clauses abusives est néanmoins encadré : le juge doit disposer des éléments de fait et de droit nécessaires à cet effet, le consommateur peut s'y opposer et le tout doit avoir lieu dans le respect des principes du contradictoire et d'immutabilité de l'objet du litige.

⁷⁷⁶ CJCE, 29 juin 2009, *Pannon*, préc. point 65.

⁷⁷⁷ G. BIARDEAUD et P. FLORES, *Le contentieux du droit de la consommation*, éd. ENM, 2005, vol. 1, p. 94.

⁷⁷⁸ V. Cass. com., 3 mai 1995, F. EUDIER, « Le juge a-t-il le pouvoir de relever d'office une règle d'ordre public de protection ? », *D.* 1997, p. 124 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, *D.* 2004, AJ p. 947, obs. V. AVENA-ROBARDET.

⁷⁷⁹ CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, préc. ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, préc..

⁷⁸⁰ CJCE, 4 oct. 2007, *Rampion*, aff. C-429/05, H. CLARET, « Crédit à la consommation : quelques précisions apportées par la CJCE », *D.* 2008, p. 458 s. ; O. CREPELET, « L'arrêt "Rampion et Godard" ou le cas insolite de l'ouverture de crédit à la consommation souscrite en vue de financer une opération déterminée », *RED consom.* 2007/4, p. 595 s. ; M. HO-DAC, « Offre de crédit à la consommation n'indiquant pas le bien financé »,

poussé le législateur à intervenir, ce qui a donné lieu à l'introduction de l'article L. 141-4 dans le Code de la consommation. Par ailleurs, 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'office⁷⁸¹. Néanmoins, la solution ainsi posée par l'article L. 141-4 paraît désuète, au moins pour ce qui concerne le droit communautaire de la consommation, puisque la position de la CJUE a évolué et qu'elle considère désormais que le juge national a l'obligation de soulever d'office toutes les violations en la matière⁷⁸². C'est pourquoi il faudrait lire aujourd'hui l'article L. 114-4 du Code de la consommation comme posant un devoir de relevé d'office à chaque fois qu'est en cause la violation d'une disposition d'origine communautaire.

JCP E 2008, n° 4, p. 40 s. ; C. NOURISSAT, « Nouvelle précision sur le relevé d'office du juge », *Procédures* 2008, n° 3, p. 17 s. ; G. PAISANT, « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », *JCP G* 2008, p. 43 s. ; J.-P. PIZZIO, « Le marché intérieur des consommateurs, le droit de la consommation d'origine communautaire et son application dans les États membres de l'Union européenne (deuxième partie) », *RLDA* 2008, n° 33, p. 69 s. ; G. POISSONNIER et J.-P. TRICOIT, *Gaz. Pal.* n° 346 du 12 déc. 2007, note p. 11 s. ; G. RAYMOND, *Contrats conc. consom.* 2007, comm. 12, p. 31 s. ; A. RIGAUX, *Europe* 2007, n° 12, note p. 32 s.

⁷⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, V. AVENA-ROBARDET, « Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé », *D.* 2009, p. 365 ; O. GOUT, « Protection des consommateurs, un nouveau souffle en matière de soulevé d'office de la nullité par le juge », *JCP E* 2009, n° 7, p. 21 s. ; X. LAGARDE, « Office du juge : la fin d'une jurisprudence », *RDBF* 2009, n° 2, p. 43 s. ; X. LAGARDE, « Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation », *JCP G* 2009, n° 9, p. 30 s. ; S. PIEDELIÈVRE, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, n° 13, p. 908 s. ; G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285 ; L. RACHEL, « Pouvoir de relever d'office la violation des dispositions du Code de la consommation », *Procédures* 2009, n° 3, p. 19 s. ; N. RZEPECKI, « Le relevé d'office par le juge des dispositions du Code de la consommation : principe et régime », *RLDA* n° 39, p. 41 s. ; A. SALGUEIRO, « L'adage *da mihi factum, dabo tibi jus* appliqué au moyen relevé d'office tiré de la forclusion », *JCP E* 2009, n° 24, p. 14 s. ; E. SAVAUX, « Spectaculaire, mais difficilement évitable, revirement de jurisprudence concernant l'office du juge en matière de crédit à la consommation », *Defrénois* 2009, n° 6, p. 663 s. ; *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 3, p. 33 s., note G. RAYMOND ; *JCP G* 2009, n° 19, p. 17 s., note B. BOULOC ; *RDC* 2009/3, p. 1078 s., note D. FENOUILLET.

⁷⁸² CJCE, 4^{ème} ch., 4 juin 2009, *Pannon* préc. ; CJCE, 17 déc. 2009, *Martin Martin*, aff. C-227/08, L. IDOT, « Office du juge en cas de non-information sur le délai de rétractation », *Europe* févr. 2010, comm. n° 88, p. 35 ; L. IDOT, « Protection des consommateurs. Office du juge en cas de non-information sur le délai de rétractation », *JCP E* 2010, n° 12, p. 22 ; M. COMBET, « L'obligation d'information du droit de rétractation du professionnel et la protection du consommateur : la Cour de justice n'en ferait-elle pas trop ? », *RLDA* 2010, n° 47, p. 60 s. ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Démarchage à domicile et office du juge », *RDC* 2010/4, p. 652 ; M. DEPINCE, « Arrêt Martin Martin : Le juge national peut soulever d'office les mesures protectrices du consommateur en matière de démarchage », *RED consom.* 2011, p. 383 s. ; Y. PICOD, « Relevé d'office et nullité du contrat en cas de défaut d'information du consommateur », *JCP E* 2010, n° 3, p. 44 ; S. PIEDELIÈVRE, *Gaz. Pal.* 2010, n° 41-42, obs. p. 23 s. ; E. POILLOT, *D.* 2010, pan. p. 796 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *JCP G* 2010, n° 18, p. 966 s. ; G. RAYMOND, *Contrats conc. Consom.* 2010, comm. 6, p. 35 s., selon lequel l'article 4 de la directive CEE du Conseil n° 85/577, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction nationale déclare d'office la nullité d'un contrat relevant du champ d'application de cette directive au motif que le consommateur n'a pas été informé de son droit de résiliation, alors même que cette nullité n'a, à aucun moment, été invoquée par le consommateur devant les juridictions nationales compétentes.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

En ce qui concerne les clauses illicites en vertu du droit commun, leur sort quant à leur relevé d'office a longtemps été incertain. Selon la doctrine majoritaire⁷⁸³, le juge aurait l'obligation de relever d'office les moyens de pur droit et la faculté de soulever ceux mélangés de droit et de fait. Mais la jurisprudence en la matière manquait de clarté, car l'interprétation des décisions était difficile faute de savoir toujours si le moyen en cause était ou non de pur droit⁷⁸⁴. L'Assemblée plénière est intervenue, pour dissiper ces incertitudes, par un arrêt en date du 21 décembre 2007⁷⁸⁵ selon lequel :

« Si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ».

Malgré la formulation peu claire de l'attendu de principe, la majorité des commentateurs s'accordent pour dire que le juge a désormais la faculté, et non le devoir, de soulever d'office les moyens qu'ils soient de pur droit ou mélangés de droit et de fait.

Pour résumer, le juge étant obligé de relever d'office les clauses abusives, il apparaît que cette qualification est avantageuse car elle permet de combattre systématiquement toute stipulation ayant ce caractère. Au contraire, une clause illicite risque d'être maintenue dans le contrat et opposée au non-professionnel ou au consommateur qui ne l'aurait pas vue, si le juge décide de ne pas user de sa faculté de la soulever d'office (hormis le cas où l'illicéité constitue une violation du droit communautaire de la consommation). Peut-être peut-on nuancer le propos en pensant que dans un litige de consommation, le juge n'hésitera pas à recourir à cette faculté.

⁷⁸³ Pour un panorama complet, v. O. DESHAYES, « L'office du juge à la recherche de sens (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007) », *D.* 2008, chron. p. 1102, n° 14.

⁷⁸⁴ V. sur l'état de cette question, O. Deshayes, chron. préc., n° 16 à 18.

⁷⁸⁵ Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 101, *BICC*, n° 680, rapport du conseiller D. LORIFERNE, avis du premier avocat général R. de GOUTTES ; O. Deshayes, art. préc. ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 92, note L. LEVENEUR ; *D.* 2008, AJ p. 228, obs. L. DARGENT ; *Dr. et proc.* 2008, p. 103, Ch. LEFORT ; *JCP G* 2008, I, 138, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2008, II, 10006, note L. WEILLER ; *RCA* 2008, comm. 112, note S. HOCQUET-BERG ; *RDC* 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *RDI* 2008, p. 102, obs. Ph. MALINVAUD.

2. Inutilité du cumul

181. Plan. Sur plusieurs points, le cumul entre les notions de clause abusive et de clause illicite est inutile⁷⁸⁶ dans le sens où la qualification de clause abusive n'apporte rien de plus par rapport à ce qu'offre déjà celle de clause illicite.

182. Dimension pédagogique. Tous les défenseurs de l'idée de cumul entre les notions de clause illicite et de clause abusive prétendent qu'il aurait une vertu pédagogique. Cette idée repose sur le constat que les dispositions impératives sont, en général, mal connues du non-professionnel ou du consommateur, situation dont le professionnel profite pour, « abusivement », stipuler des clauses illicites⁷⁸⁷. Il en découle qu'elles risquent « d'avoir, en fait, une efficacité dont tout le monde s'accorde à souligner qu'elle est inadmissible »⁷⁸⁸. L'illicéité et les sanctions qu'elle emporte ne constitueraient donc pas en elles-mêmes une protection suffisante. La vertu pédagogique du cumul se fait jour : la dénonciation de la clause sur les deux fondements améliorerait la diffusion des clauses illicites auprès des non-professionnels et des consommateurs, et par là même « facilite[rait] la connaissance effective de l'interdiction »⁷⁸⁹ et « renforce[rait] l'autorité du droit existant »⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ Cette idée se retrouve en doctrine, v. not. H. BRICKS, *Les clauses abusives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 175, 1982, n° 11 : « "Clause abusive" n'est pas synonyme de "clause illicite". Il est vrai que certaines clauses abusives sont aussi illicites, c'est-à-dire contraires à une règle d'ordre public. Mais paradoxalement, ce sont celles qui posent le moins de problème à l'adhérent. Pour échapper à de telles dispositions, il lui suffira de démontrer leur caractère illicite » ; W. Dross, v° Attributive de compétence, *in Clausier, op. cit.*, p. 54 s. : « L'article 48 du nouveau Code de procédure civile valide les clauses attributives de compétence territoriale à condition qu'elles soient conclues entre commerçants uniquement, ce qui rend en principe sans objet la législation sur les clauses abusives » ; Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, « La recommandation de la Commission des clauses abusives concernant le contrat de construction de maisons individuelles », *RDI* 1981, p. 155, spéc. p. 162 : « La Commission des clauses abusives critique les clauses dérogeant aux règles légales de compétence territoriale ou d'attribution. On ne peut qu'être d'accord sur ce point, mais on ne voit pas l'intérêt qu'il y a à les déclarer abusives puisqu'elles sont déjà interdites par des textes d'ordre public ».

⁷⁸⁷ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. : « Certes ces clauses sont d'ores et déjà frappées de nullité. Mais il s'agit là d'une sanction tout à fait insuffisante. Les consommateurs, dans leur majorité, ignorent la nullité de la clause. Ou s'ils la connaissent, ils hésitent à faire un procès. De là résulte que de nombreuses clauses, pourtant contraires à des règles impératives, continuent à figurer dans les contrats préédigés et reçoivent application comme si elles étaient valables. Pour empêcher cette pratique intolérable, il faut déclarer ces clauses abusives pour faire en sorte qu'elles disparaissent matériellement des contrats » ; A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 16 : « Si les professionnels insèrent si facilement des clauses illicites, c'est parce que le non-professionnel ignore le plus souvent la nullité des clauses qu'il accepte ».

⁷⁸⁸ J. Ghestin, *op. cit.*, n° 610-2. Même idée déjà in Résolution (76) 47 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et Exposé des motifs, Strasbourg 1977, n° 24, p. 16.

⁷⁸⁹ *La notion de clause abusive et le rôle de la Commission des clauses abusives à l'égard des clauses illicites ou illégales*, rapport préc., spéc. p. 28.

⁷⁹⁰ A. Sinay-Cytermann, art. préc., spéc. n° 21.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

L'argument ne convainc pas et est empreint d'une certaine naïveté. Pourquoi le non-professionnel ou le consommateur aurait-il une meilleure connaissance des listes réglementaires de clauses abusives, des travaux de la Commission des clauses abusives et de la jurisprudence rendue en la matière que des dispositions légales interdisant les clauses illicites ? On peut certes saluer l'important travail réalisé par la Commission sur son site Internet ⁷⁹¹ qui recense ses recommandations et avis ainsi que les jurisprudences communautaire, administrative et judiciaire. Reste qu'il est difficile pour un non juriste de s'y retrouver dans ces diverses sources. Surtout il ne faut pas oublier que le plaideur est, le plus souvent, assisté d'un conseil : c'est lui qui est censé être au fait des clauses illicites et des clauses abusives !

Récemment, la Commission des clauses abusives elle-même a d'ailleurs nié l'efficacité du cumul des qualifications. En effet, lors de la préparation de ce qui deviendra le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, elle a rendu, conformément à sa mission, un avis sur le projet de décret. Celui-ci prévoyait de ne pas reprendre le point q) de l'annexe à l'article L. 132-1, stigmatisant entre autres les clauses attributives de compétence territoriale et compromissaires. Or, dans son avis, la Commission affirme à ce propos :

« Les clauses visées aux points h) et q) de l'annexe n'ont pas à être reprises dans la liste des clauses noires ou grises énoncées dans le présent projet dès lors qu'elles sont déjà considérées illicites par le droit positif français »⁷⁹².

La portée pédagogique du cumul semble nulle et conforte l'idée qu'il est inutile de dénoncer des clauses illicites comme abusives.

183. Intervention ou non du juge dans la mise en œuvre de la sanction. Le réputé non écrit est une sanction qui opère en principe de plein droit, ce qui signifie qu'il « n'y a pas besoin du juge pour que la clause litigieuse soit privée de valeur obligatoire »⁷⁹³. Le caractère automatique de cette sanction conférerait donc un avantage indéniable à la qualification d'abusif. La remarque a une portée limitée car elle ne vaut que dans les cas où l'illicéité n'est pas elle-même sanctionnée par le réputé non écrit, comme c'est le cas des clauses attributives de compétence territoriales. Par ailleurs, en pratique, et au regard des exemples topiques précédemment décrits, cet atout n'est pas évident.

⁷⁹¹ http://www.finances.gouv.fr/cloauses_abusives/.

⁷⁹² Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, Annexe IV, in *Rapport d'activité pour l'année 2008 de la Commission des clauses abusives*, BOCCRF 05/03/2009.

⁷⁹³ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, coll. Recherches Juridiques, t. 13, 2006, n° 142.

D'une part, il faut noter que la déchéance du droit aux intérêts de l'article L. 311-33⁷⁹⁴ du Code de la consommation est aussi une sanction automatique, qui opère de plein droit comme le réputé non écrit⁷⁹⁵. Ainsi qualifier la clause méconnaissant l'exigence d'une offre préalable en cas d'augmentation du montant du crédit à la consommation d'abusives ne présente à ce titre que peu d'intérêt.

D'autre part, la qualification de clause abusive serait préférable à celle de clause nulle, car la première est mise en œuvre de manière non contentieuse alors que la seconde nécessite l'intervention du juge, la nullité n'étant constituée que par son prononcé en justice. Le non-professionnel ou le consommateur pourrait donc opposer au professionnel l'absence de force contraignante de la disposition abusive tandis qu'il serait obligé de saisir le juge pour obtenir la nullité d'une clause litigieuse. Mais cette différence théorique perd beaucoup de sa force en pratique. En effet, de deux choses l'une : ou il n'y a pas de différend entre le professionnel et son cocontractant sur la valeur de la stipulation, et le premier acceptera alors qu'elle ne soit pas appliquée entre eux ; ou il existe un différend entre les parties et le second devra recourir au juge qu'il agisse sur le fondement du caractère abusif ou nul de la clause.

184. Délai d'action. Certains auteurs ont mis en exergue l'avantage que présentait la qualification de clause abusive sur celle de clause illicite quant au délai d'action⁷⁹⁶. En effet, jusqu'en 2008, la prescription de l'action fondée sur le caractère abusif d'une clause était le délai trentenaire de droit commun⁷⁹⁷, alors que les prescriptions des actions fondées sur le caractère illicite se voyaient souvent appliqués des délais plus courts⁷⁹⁸. Aujourd'hui cette considération ne vaut plus, car depuis la loi du 17 juin 2008⁷⁹⁹, le délai de prescription de l'action contre les clauses abusives est aligné sur le délai de droit commun de l'article 2224 du Code civil, à savoir cinq ans, ce qui minimise les différences de régime entre les qualifications.

⁷⁹⁴ Art. L. 311-48 c. consom. nv..

⁷⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 2001, *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 143, note G. RAYMOND.

⁷⁹⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », ét. préc., n° 18.

⁷⁹⁷ En effet, cette action relève du droit commun des contrats, v. dans le même sens G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, coll. Litec Professionnels droit commercial, 2008.

⁷⁹⁸ Par exemple, l'art. L. 311-37 c. consom. *a contrario*, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, qui prévoit un délai de prescription de cinq ans s'agissant de l'action d'un non-professionnel ou d'un consommateur en nullité d'une clause d'un crédit à la consommation (soit le délai de droit commun des actions en nullité, art. 1304 c. civ.), étant donné que le délai de forclusion de deux ans est limité aux actions en paiement intentées par le prêteur à l'encontre de l'emprunteur.

⁷⁹⁹ L. n° 2008-561 portant réforme de la prescription en matière civile.

185. Action des associations de consommateurs en suppression des clauses abusives.

La qualification de clause abusive serait aussi avantageuse du fait de l'existence de l'action en suppression des clauses abusives. En effet, la loi du 5 janvier 1988⁸⁰⁰ a octroyé aux associations agréées de consommateurs la faculté de demander aux juridictions civiles la suppression des clauses abusives dans les modèles de conventions. L'action est de nature préventive, c'est-à-dire qu'elle tend à la suppression matérielle de clauses dans les documents qui serviront de base à des contrats futurs entre professionnels et consommateurs, et non pas à l'annulation de clauses dans des contrats déjà conclus⁸⁰¹.

La directive communautaire du 19 mai 1998⁸⁰² a rendu nécessaire la réforme de cette action par l'ordonnance du 23 août 2001⁸⁰³ qui a élargi la portée de l'article L. 421-6 du Code de la consommation :

« Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au *Journal officiel des Communautés européennes* en application de l'article 4 de la directive n° 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1^{er} de la directive précitée.

Le juge peut à ce titre 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 son alinéa premier prévoit les actions en cessation d'agissements illicites⁸⁰⁴, entendus comme ceux qui contreviennent aux dispositions transposant un certain nombre de directives

⁸⁰⁰ Art. 6 L. n° 88-14, devenu l'art. L. 421-6 c. consom.

Sur la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, v. J. CALAIS-AULOY, « Les actions en justice des associations de consommateurs, commentaire de la loi du 5 janvier 1988 », *D.* 1988, chron. p. 193 ; G. PAISANT, « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *D.* 1988, chron. p. 253 ; E. PUTMAN, « La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs », *RRJ* 1988, p. 341 ; G. VINEY, « 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, 335 ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. p. 201, PELLISSIER ; *Gaz. Pal.* 1998, 1, doct. p. 268, L. BIHL ; et sur sa mise en œuvre, v. A. MORIN, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », *REDC* 1991, 3 ; A. MORIN, « Les actions en suppression des clauses abusives en France, bilan d'application de l'article 6 de la loi du 5 janvier 1988 », *INC Hebdo* 1993, n° 820 ; R. MARTIN, « Notes sur l'action en suppression des clauses abusives », *Contrats, conc. consom.* 1994, chron. 8 ; A. MORIN, « Les actions en suppression de clauses abusives, les apports récents de la jurisprudence », *INC Hebdo* 1994, n° 860 ; G. CHABOT, « L'action des associations agréées de consommateurs en suppression des clauses abusives », *LPA* 10 octobre 2000, n° 202, p. 16.

⁸⁰¹ Sur le caractère préventif de l'action des associations de consommateurs, v. *supra* n° 114 s..

⁸⁰² *Dir.* n° 98/27/CE, 19 mai 1998, relative aux actions en cessation, *JOCE* n° L 166, 11 juin 1998, p. 51.

⁸⁰³ *Ord.* n° 2001-741, 23 août 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

⁸⁰⁴ Cela ne concerne que certains agissements illicites : ceux qui contreviennent aux dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1^{er} de la directive de 1998 (aujourd'hui remplacée par la directive

communautaires (dont celle relative aux clauses abusives), tandis que son alinéa second consacre une action en cessation spécifique, celle en suppression des clauses illicites ou abusives. Cet alinéa est d'ailleurs un autre argument contre le cumul des qualifications, le législateur semblant lui-même nettement les distinguer.

La réforme ayant eu lieu par ordonnance, on ignore ce qui a poussé le pouvoir réglementaire à envisager non seulement la suppression des stipulations abusives, comme c'était le cas jusqu'alors, mais aussi celle des clauses illicites. En conséquence, la formule a été interprétée de diverses manières. Des auteurs⁸⁰⁵ ont soutenu que les clauses illicites concernées étaient uniquement celles qui l'étaient en vertu de l'alinéa premier de l'article L. 421-6, c'est-à-dire au regard « des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1^{er} de la directive 98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection du consommateur ». Certains, comme Monsieur Fages, doutaient « qu'au nom de cette possibilité d'agir en suppression d'une clause illicite une association soit fondée à faire assurer le respect de tout texte législatif ou réglementaire »⁸⁰⁶. En faveur de cette solution, on peut d'ailleurs remarquer que l'alinéa 2 comporte l'expression « à ce titre » qui renvoie à l'alinéa 1^{er}. D'autres assurent, au contraire, que le texte offre la possibilité d'agir contre les clauses illicites quelle que soit l'origine de l'illicéité⁸⁰⁷. Cette position se défend si l'on considère que l'action prévue au second alinéa est particulière et a un caractère propre, étant donné que rien n'obligeait le rédacteur du texte à la prévoir puisque la suppression des clauses abusives était déjà visée à l'alinéa 1^{er}. En outre, il y est question de clause illicite et non d'agissement illicite, ce qui est différent. Quoi qu'il en soit, en pratique, les associations de consommateurs se sont autorisées à dénoncer les clauses illicites de toutes sortes sur le fondement de l'article L. 421-6, alinéa 2, et aucun juge ne les en a empêchées jusqu'alors⁸⁰⁸.

n° 2009/22/CE du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs, *JOUE* n° L 110, 1^{er} mai 2009, p. 30-36).

⁸⁰⁵ B. FAGES, « Clauses abusives dans les contrats de fourniture d'accès à Internet », *JCP G* 2005, II, 10022 ; X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », *JCP G* 2006, I, 110.

⁸⁰⁶ B. Fages, note préc..

⁸⁰⁷ *Concurrence Consommation*, 2013-2014, Éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2013, n° 2890.

⁸⁰⁸ V. par ex. TGI Nanterre, 2 juin 2004, B. Fages, note préc. : en l'espèce, l'association UFC Que Choisir agissait en arguant non seulement du caractère abusif de nombreuses stipulations au regard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, mais aussi du caractère illicite de certaines autres. Les juges font droit à leur demande en déclarant des clauses illicites, par exemple, sur le fondement de l'article L. 311-1 du Code de la propriété intellectuelle ou de l'article 32, alinéa 3, de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

De plus, les associations de consommateurs peuvent aussi agir en suppression des clauses illicites sur le fondement soit de l'article L. 421-2 du Code de la consommation dans le cadre de l'action civile, soit de l'article L. 421-7 au titre d'une action en intervention.

Tout autant que celle d'abusives, la qualification d'illicite permet donc aux associations de consommateurs d'agir en justice.

Le bilan des intérêts pratiques du cumul est mitigé et insuffisant pour balayer les raisons théoriques qui nous poussent à distinguer clause illicite et clause théorique.

B. Les obstacles théoriques au cumul

186. Plan. L'argument principal s'opposant au cumul entre les deux qualifications tient à leur différence d'objet (1) : la clause illicite suppose une absence totale de liberté contractuelle tandis que la clause abusive représente un abus de cette liberté. Le cumul est de plus regrettable car il engendre un risque de sanction différente entre l'illicite et l'abusif (2).

1. La différence d'objet entre les notions

187. Une clause abusive est une clause illicite. Une stipulation qui est abusive parce qu'elle crée, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, est aussi illicite, en ce qu'elle est contraire à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, qui est une disposition impérative, comme le prévoit son alinéa 9 : « Les dispositions du présent article sont d'ordre public ». En d'autres termes, la clause est illicite parce qu'abusives⁸⁰⁹. Le lien de cause à effet entre les deux qualifications est particulièrement bien illustré par la liste noire de clauses abusives :

« Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites⁸¹⁰, [...] »⁸¹¹.

De même, avant l'adoption du décret du 18 mars 2009 pouvait-on lire aux articles R. 132-1 et R. 132-2-1 du Code de la consommation :

⁸⁰⁹ Cette idée se trouve en doctrine, v. not. G. Paisant, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., n° 14 : « Toute clause jugée abusive au sens de l'article L. 132-1 est, pour cette raison, illicite et réputée non écrite ».

⁸¹⁰ Nous soulignons.

⁸¹¹ Art. R. 132-1 c. consom. nv., D. n° 2009-302, 18 mars 2009.

« Dans les contrats [...] est interdite comme abusive⁸¹² [...] ».

L'inverse, à savoir qu'une clause est abusive parce qu'illicite, ne se vérifie pas.

188. Une clause déjà illicite n'est pas abusive⁸¹³. A l'inverse, une clause qui serait illicite parce que contraire à une disposition d'ordre public (autre que L. 132-1 c. consom.) ne peut être abusive, la qualification d'illicéité rendant superfétatoire celle d'abus. La raison tient à l'objet respectif des deux notions qui est différent⁸¹⁴.

En effet, l'illicéité correspond à une absence totale de liberté contractuelle étant donné que le contractant doit observer les règles impératives auxquelles il ne peut déroger en aucun cas. La notion de clause abusive s'analyse, quant à elle, comme le franchissement des limites d'un droit, plus précisément de la liberté contractuelle⁸¹⁵, ce qui suppose l'existence de cette prérogative dont le contractant ne respecte pas les bornes. Il semble donc « paradoxal, voire juridiquement inexact »⁸¹⁶, de qualifier d'abusives une clause illicite. L'incohérence est totale puisque cela revient à dire qu'on a abusé du droit de stipuler une clause que, précisément, on n'avait pas le droit de stipuler.

La distinction ne semble pas faire de doute, dès les travaux préparatoires de la loi du 10 janvier 1978 : « Elles ne sont pas illégales ces clauses : elles sont, pour reprendre la terminologie européenne, abusives »⁸¹⁷. De ce constat ressort la « spécificité du système des clauses abusives »⁸¹⁸ par rapport à celles qui sont illicites. Lorsque la stipulation est spécialement visée et sanctionnée par la loi, elle est illicite et le juge doit lui appliquer la sanction spécifiquement prévue par ladite loi⁸¹⁹, cette sanction étant alors suffisante et le recours à la notion de clause abusive inutile et inapproprié⁸²⁰ ; au contraire, comme le soulignent des auteurs, « la clause qui peut être sanctionnée comme abusive est une

⁸¹² Nous soulignons.

⁸¹³ Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc., n° 14 : « Ce raisonnement n'est pas sans artifice car l'illicite et l'abus ne devraient 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. 132-1 ».

⁸¹⁴ Dans le même sens, v. A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 13.

⁸¹⁵ V. *supra* n° 147 s..

⁸¹⁶ A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 13.

⁸¹⁷ Discussion et adoption du projet de loi sur la protection et l'information des consommateurs par le Sénat le 13 octobre 1977, *JORF*, Débats parlementaires, Sénat, 1977-1978, n° 63 du vendredi 14 octobre 1977, p. 2292.

⁸¹⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 15^e éd., Sirey, coll. Université, 2012, n° 186.

⁸¹⁹ Sanction qui peut être très variée : nullité, réputé non écrit ou sanction spécifique, par exemple, la déchéance du droit aux intérêts (anc. art. L. 311-33 et art. L. 311-48 nv. c. consom. en matière de crédit à la consommation).

⁸²⁰ Dans le même sens, v. M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, th. préc., n° 131 : « Une clause qui contreviendrait à une disposition impérative serait en effet écartée, sans le secours de l'article L. 132-1 du Code de la consommation » ; X. Lagarde, art. préc., selon lequel il faut « renoncer à s'interroger sur l'existence d'un éventuel abus dès lors qu'une illicéité est constatée ».

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

stipulation que la loi ne prohibe pas »⁸²¹. En d'autres termes, soit le professionnel est privé de toute liberté contractuelle, parce que tenu de respecter des dispositions d'ordre public, et il commet une illicéité en rédigeant une clause qui leur est contraire ; soit le professionnel est en pleine possession de sa liberté contractuelle, mais il peut commettre un abus s'il en franchit les limites.

2. Le risque d'inadéquation des sanctions

189. Position du problème. L'enjeu du cumul ou du non cumul des qualifications de clause illicite et de clause abusive réside dans l'application du régime propre à chacune des notions⁸²², et notamment dans la mise en œuvre de leurs sanctions respectives. D'un côté, « les clauses abusives sont réputées non écrites »⁸²³. De l'autre, l'illicéité peut avoir des sanctions variées et spécifiques, distinctes de la sanction applicable à la clause abusive.

190. Hypothèses de conflit patent entre les sanctions. Le risque de divergence de régime entre les notions est particulièrement aigu lorsque l'illicéité entraîne une sanction spécifique, et il semble alors logique de respecter ce dispositif propre⁸²⁴. La question se pose notamment pour l'exemple donné plus haut de la clause méconnaissant l'exigence d'une offre préalable en cas d'augmentation du montant du crédit à la consommation. Dans ce cas, la sanction prévue par Code de la consommation⁸²⁵ est la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur, l'emprunteur n'étant tenu qu'au remboursement du capital suivant l'échéancier prévu. Seul l'établissement de crédit est alors sanctionné. Mais si cette clause est aussi abusive, elle est réputée non écrite⁸²⁶. Or elle conditionne l'existence même du contrat, et celui-ci sera déclaré

⁸²¹ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, n° 186.

⁸²² N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., n° 11.

⁸²³ Art. L. 132-1 al. 6 c. consom..

⁸²⁴ X. Lagarde, art. préc..

⁸²⁵ Anc. art. L. 311-33 et art. L. 311-48 nv. c. consom..

⁸²⁶ Si cette clause est reconnue abusive, le réputé non écrit est, en effet, la seule sanction possible car la jurisprudence a posé le principe de la spécialité de la peine civile que constitue la déchéance du droit aux intérêts en vertu duquel elle n'est donc pas applicable aux clauses abusives, v. Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 139, *D.* 2000, p. 317, obs. C. RONDEY ; *Contrats conc. consom.* 2000, comm. 166, note G. RAYMOND ; Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 2004, *D.* 2005, p. 443, obs. J.-Ph. TRICOIT ; *D.* 2005, p. 2222, note X. LAGARDE ; *RTD com.* 2005, p. 157, obs. D. LEGAIS ; *RTD com.* 2005, p. 584, obs. B. BOULOC, qui retient que viole, par fausse application, les articles L. 311-37, alinéa 1er et L. 132-1, alinéa 6, du Code de la consommation, un tribunal qui écarte, sur le fondement de l'arrêt du 21 novembre 2002 de la Cour de justice des Communautés européennes propre aux clauses abusives, la fin de non-recevoir tirée de la forclusion biennale, tout en retenant que l'offre préalable était entachée d'irrégularités qui, seules, appelaient la sanction de la déchéance du droit aux intérêts, laquelle n'a pas vocation à recevoir application à l'égard des clauses abusives, qui ne peuvent qu'être réputées non écrites.

sans effet, du moins pour ce qui concerne l'augmentation du crédit⁸²⁷. Et l'établissement et le consommateur sont alors sanctionnés puisque ce dernier risque de devoir restituer immédiatement le montant du crédit obtenu en augmentation. Ainsi qu'on l'a constaté, « paradoxalement, la sanction retenue n'est finalement peut-être pas la plus efficace »⁸²⁸, ni la plus protectrice des intérêts des non-professionnels ou consommateurs.

200. Hypothèses de conflit latent entre les sanctions. Dans certains cas, le risque de conflit n'existe pas à première vue. Il en est ainsi lorsque l'illicéité et l'abus reçoivent la même sanction. Prenons l'exemple de la clause attributive de compétence⁸²⁹ : qu'elle soit déclarée illicite sur le fondement de l'article 48 du code de procédure civile ou abusive sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, le résultat est le même, elle sera réputée non écrite.

Dans d'autres cas, le risque de divergence paraît minime lorsque les sanctions sont proches. Par exemple, la clause compromissoire encourt la nullité partielle sur le fondement de son caractère illicite et le réputé non écrit sur le fondement de son caractère abusif⁸³⁰. Or, même s'il existe des différences entre les deux sanctions⁸³¹, leur effet est globalement le même : le contrat est maintenu sans la clause⁸³².

Pourtant si l'analyse est poussée plus loin, il existe une véritable divergence dans la mise en œuvre de ces sanctions, accentuée par le décret du 18 mars 2009 instaurant les listes « noire » et « grise » de clauses abusives. En effet, les clauses attributives de compétence territoriale et les clauses compromissoires sont respectivement réputées non écrites et nulles sur le fondement de leur illicéité, d'une part, et sont seulement présumées abusives⁸³³, d'autre part. Or illicéité et présomption d'abus semblent difficilement conciliables⁸³⁴ car elles emportent des conséquences radicalement différentes sur les moyens de défense du professionnel. En effet, si le non-professionnel ou consommateur agit sur le fondement de

⁸²⁷ Art. L. 132-1 al. 8 c. consom..

⁸²⁸ N. Sauphanor-Brouillaud, « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », art. préc., n° 13, à propos de la jurisprudence reconnaissant le caractère abusif des clauses méconnaissant l'exigence d'une offre préalable en cas d'augmentation du montant du crédit à la consommation.

⁸²⁹ V. *supra* n°s 165 s..

⁸³⁰ V. *supra* n°s 16 s..

⁸³¹ S. Gaudemet, th. préc., n°s 89 s..

⁸³² Pour les différences procédurales entre les deux sanctions, v. *supra* n° 183.

⁸³³ Puisqu'elles sont visées à l'art. R. 132-2 c. consom. qui fixe la liste « grise » de clauses abusives.

⁸³⁴ Dans le même sens, v. S. Amrani-Mekki, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », art. préc. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises" », *JCP G* 2009, act. 168.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

l'illicéité de ces stipulations, le professionnel ne pourra pas rapporter la preuve de leur caractère non illicite – la violation d'une disposition d'ordre public étant manifeste – et la clause sera nécessairement éradiquée. Au contraire, si l'action est fondée sur son caractère abusif, le professionnel pourra rapporter la preuve contraire. S'il y parvenait, cela aboutirait à la situation paradoxale dans laquelle une clause, bien qu'interdite en raison de son caractère illicite, serait maintenue dans un contrat au vu de son caractère non abusif !

Il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. Certes, on imagine mal comment un professionnel pourrait prouver que forcer le non-professionnel ou consommateur à plaider à des centaines de kilomètres de son domicile n'emporte pas un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties, au détriment de ce dernier. En revanche, le professionnel peut trouver des moyens de démontrer l'absence de caractère abusif d'une clause compromissaire, par exemple, en rapportant la preuve que « l'arbitre est indépendant et impartial », « que l'égalité des armes des parties est assurée dans la procédure arbitrale », en d'autres termes, « que le procès arbitral a pu se tenir de manière équitable pour que le droit au juge effectif soit garanti au consommateur »⁸³⁵, ce qui est envisageable notamment si une institution est désignée comme arbitre dans la clause. Où l'on voit que le cumul, qui a été pensé comme une mesure protectrice du non-professionnel ou du consommateur, se retourne en réalité contre eux⁸³⁶.

201. En conclusion, les clauses illicites ne doivent pas être qualifiées d'abusives, ce dont il découle que seule une clause *a priori* licite, c'est-à-dire non interdite par la loi, peut être qualifiée d'abusive⁸³⁷.

SECTION II. LEGALITE DE LA CLAUSE ET CARACTERE ABUSIF

202. Position du problème. Une clause est légale⁸³⁸, au sens large, lorsqu'elle est « conforme au Droit »⁸³⁹, c'est-à-dire qu'elle se contente d'être la copie d'une disposition légale, qu'elle soit impérative ou supplétive. Une telle stipulation peut-elle être qualifiée d'abusive ? La directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats

⁸³⁵ S. Amrani-Mekki, art. préc..

⁸³⁶ Dans le même sens, v. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 326.

⁸³⁷ H. Bricks, th. préc., n° 11 : « Bon nombre de stipulations parfaitement licites n'en sont pas moins abusives, dans la mesure où précisément, elles entraînent un déséquilibre dans le contrat à l'avantage exclusif d'une partie ».

⁸³⁸ Th. REVET, « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 277 s..

⁸³⁹ V° Légal, e, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 4.

conclus avec les consommateurs apportait une réponse à cette question (Sous-section 1), qui n'a pas été reprise par la loi du 1^{er} février 1995, de telle sorte qu'il faudra étudier l'état de la question en droit positif français (Sous-section 2).

SOUS-SECTION I : EN DROIT COMMUNAUTAIRE

203. Énoncé de la solution communautaire. L'article 1^{er} § 2 de la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs dispose :

« Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les Etats ou la Communauté sont parties, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive ».

En d'autres termes, est exclue du champ d'application de la directive toute une catégorie, non négligeable, de stipulations contractuelles, celles « qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives », de telle sorte que le professionnel est ainsi autorisé à insérer des clauses « qui seront en tout état de cause opposables au consommateur et échapperont à tout contrôle d'abus »⁸⁴⁰.

204. Justifications. Regrettée par certains⁸⁴¹, l'exclusion prévue par l'article 1^{er} § 2 trouve pourtant une explication logique au treizième considérant de la directive du 5 avril 1993 :

« Considérant que les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives ; que, par conséquent, il ne s'avère pas nécessaire⁸⁴² de soumettre aux dispositions de la présente directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives [...] ».

Ces stipulations sont donc présumées non abusives, et ce de manière irréfragable, « simplement de par leur origine »⁸⁴³. En effet, elles ne sont pas l'œuvre du rédacteur du contrat, mais celle du pouvoir législatif ou réglementaire. Or si une suspicion d'abus plane sur

⁸⁴⁰ H. HALL et C. TIXADOR, *Application de la directive 93/13 aux prestations de services publics*, Rapport de synthèse, INC, novembre 1997, intro. p. 94.

⁸⁴¹ H. Hall et C. Tixador, rapport préc., intro. p. 94 : « En introduisant une limitation au contrôle des clauses reflétant les dispositions législatives ou réglementaires impératives, la protection des consommateurs est gravement touchée ».

⁸⁴² Nous soulignons.

⁸⁴³ H. Hall et C. Tixador, rapport préc., intro. p. 94.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

le professionnel lorsqu'il rédige les clauses⁸⁴⁴, une telle défiance ne peut se comprendre à l'égard des autorités publiques chargées d'édicter la loi ou le règlement⁸⁴⁵.

Pour les clauses réglementaires, il existe, en outre, une autre justification tenant à la spécificité de ces actes manifestant l'exercice d'une prérogative de puissance publique⁸⁴⁶. Elles ne peuvent être abusives car « leur caractère exorbitant du droit commun est en principe justifié par un intérêt public »⁸⁴⁷ (et ce même si le droit communautaire des clauses abusives s'applique aux opérateurs économiques publics⁸⁴⁸). Cela ne signifie pas qu'elles soient à l'abri de toute critique, mais elles « doivent faire l'objet d'un autre type de contrôle : celui qui s'exerce classiquement à l'encontre des actes de l'administration⁸⁴⁹ »⁸⁵⁰.

205. Portée de l'exclusion : « Dispositions légales et réglementaires ». Aux termes de l'article 1^{er} § 2 de la directive communautaire du 5 avril 1993, il est possible d'identifier deux « noyaux durs » échappant à l'application du droit communautaire des clauses abusives : les clauses de nature légale et les clauses de nature réglementaire, ce qui concerne un nombre assez considérable de contrats dont les stipulations sont exemptes de tout contrôle de leur caractère abusif.

Les premières n'appellent pas de remarques particulières et sont facilement identifiables, il s'agit de toutes les clauses qui reprennent une disposition issue d'une loi, qu'elle soit codifiée ou non.

Les secondes sont toutes les stipulations qui reprennent une disposition issue d'un règlement, quel que soit le cadre dans lequel elle intervient, ce qui recouvre un grand nombre de cas en droit français. Elles se rencontrent d'abord « dans certains contrats de pur droit

⁸⁴⁴ Rappelons que seule « une clause d'un contrat n'ayant pas l'objet d'une négociation individuelle » peut être abusive au sens de la directive (art. 3 § 1).

⁸⁴⁵ J. BASEDOW, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDC* 1-1998, p. 7 s., spéc. p. 13 : « À la base de cette exception se trouve évidemment la considération selon laquelle les clauses contractuelles qui se conforment au droit soit dispositif, soit impératif ne peuvent être abusives ».

⁸⁴⁶ S. PELLINGHELLI-STEICHEN, « Les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux au regard du contrôle des clauses abusives », *LPA* 14 juillet 1997, n° 84, p. 11.

⁸⁴⁷ C. BERGEAL, concl. sous CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *CJEG* décembre 2001, p. 496, n° 4.1.2. Dans le même sens, v. S. Pellinghelli-Steichen, art. préc..

⁸⁴⁸ *Dir.* 5 avril 1993, art. 2, c) : « "professionnel" : 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 ».

⁸⁴⁹ Soit en droit français, le principe de légalité et sa sanction, sur lequel v. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001, n° 1200 s.. V. aussi G. VEDEL, *La soumission de l'administration à la loi*, Le Caire, 1952 ; Ch. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, n° 11, p. 25 ; J. RIVERO, « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *Mélanges Waline* 1974, p. 701.

⁸⁵⁰ S. Pellinghelli-Steichen, art. préc..

privé »⁸⁵¹ : ainsi dans les modèles types d'offre préalable de crédit à la consommation⁸⁵², ou encore des contrats-types de transports⁸⁵³. Elles se trouvent aussi « dans les contrats dits de service public⁸⁵⁴ : ainsi pour la distribution de l'eau ou de l'électricité »⁸⁵⁵.

206. Portée de l'exclusion : « Dispositions impératives ». Pour saisir l'étendue de l'exclusion, encore faut-il savoir ce que vise précisément l'expression « dispositions législatives ou réglementaires impératives », puisque seules ces dernières peuvent échapper au contrôle de leur caractère abusif selon la directive du 5 avril 1993. Son treizième considérant *in fine* fournit des consignes d'interprétation, en précisant que :

« L'expression "dispositions législatives ou réglementaires impératives" figurant à l'article 1^{er} paragraphe 2 couvre également les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu ».

Il apparaît à sa lecture que le mot « impératives » n'a pas le même sens qu'en droit français et qu'il n'implique pas notre distinction classique entre règles contraignantes et supplétives⁸⁵⁶. Ainsi, selon un auteur allemand, « l'exclusion se rapporte [...] aussi aux clauses reflétant des règles de droit qui sont appliquées seulement en l'absence de dérogations contractuelles, c'est-à-dire aux clauses reflétant le droit dispositif⁸⁵⁷ »⁸⁵⁸. En d'autres termes, il semble qu'au sens du droit français, toute stipulation reflétant des dispositions législatives ou réglementaires, qu'elles soient impératives ou supplétives, est évincée de la protection contre les clauses abusives, ce qui étend encore le champ de l'exclusion.

Reste à savoir si le droit français consacre cette solution communautaire.

⁸⁵¹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 180.

⁸⁵² Arrêté 14 mai 2007, annexe à l'art. R. 311-6 c. consom..

⁸⁵³ Par exemple en matière de transport de voyageurs, v. D. n° 2008-828 du 22 août 2008 portant approbation du contrat type applicable aux services occasionnels collectifs de transports intérieurs publics routiers de personnes.

⁸⁵⁴ On a vu que la législation des clauses abusives était applicable aux relations entre usagers et services publics, V. *supra* n° 77.

⁸⁵⁵ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 180. Dans le même sens, v. S. Pellinghelli-Steichen, art. préc..

⁸⁵⁶ Dans le même sens, v. CESCE, avis, « Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », JOCE n° C 116/25, p. 117 ; J. Basedow, art. préc., spéc. p. 13 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », JCP G 1995, I, 3854, n° 6 ; X. Lagarde, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », art. préc. ; M. TENREIRO, « Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993) », *Contrats, conc. consom.* 1993, chron. 7, p. 1. *Contra*, v. L. VOGEL in Code européen des affaires, 1995, p. 771, note 3.

⁸⁵⁷ Pris dans le sens de droit supplétif.

⁸⁵⁸ J. Basedow, art. préc., spéc. p. 13.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

SOUS-SECTION II : EN DROIT FRANÇAIS

207. Position française. La restriction posée à l'article 1^{er} § 2 de la directive n'a pas été reprise par la loi du 1^{er} février 1995⁸⁵⁹. L'article L. 132-1 du Code de la consommation n'introduit, en effet, aucune limite tenant au caractère légal ou réglementaire que peuvent revêtir certaines stipulations, de telle sorte que la loi française en matière de clauses abusives paraît avoir un champ d'application plus large que la directive, et être en cela plus sévère que cette dernière. Cette apparente extension du domaine des clauses abusives est néanmoins conforme à la directive qui prévoit la possibilité pour chaque État membre d'assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur, au moyen de dispositions nationales plus strictes⁸⁶⁰.

Mais la non reprise de la restriction prévue à l'article 1^{er} § 2 de la directive est-elle significative ? C'est ce qu'il faut vérifier en déterminant si une clause peut être abusive alors qu'elle est conforme à la loi (§ 1) ou au règlement (§ 2).

§ 1. Clause conforme à une disposition législative

208. Plan. En réalité, Il est exclu qu'une clause conforme à une disposition légale puisse revêtir un caractère abusif en droit français (A), ce qui se justifie tout à fait (B).

A. Exclusion du caractère abusif

209. Caractère alternatif des qualifications. Bien que le droit français n'ait pas repris la restriction de l'article 1^{er} § 2 de la directive communautaire, les qualifications de clause légale, au sens de clause conforme à une loi, et de clause abusive paraissent exclusives l'une de l'autre. L'idée est largement partagée en doctrine⁸⁶¹ :

⁸⁵⁹ Cette position n'est pas une exception française : d'autres Etats membres ont transposé la directive du 5 avril 1993 sans l'exclusion de l'article 1^{er} § 2, comme l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la Grèce, les Pays-Bas et la Suède ; certains Etats ont, eux, repris cette restriction, tels l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, le Portugal et le Royaume-Uni. Pour un panorama complet et détaillé, v. H. Hall et C. Tixador, *Application de la directive 93/13 aux prestations de services publics*, rapport préc., p. 102 s..

⁸⁶⁰ *Dir.* 5 avril 1993, art. 8 : « Les Etats 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 ».

⁸⁶¹ Pour une position plus nuancée, v. G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99 : « Si l'on peut penser qu'il sera difficile - mais pas exclu - de faire juger le caractère abusif d'une clause reproduisant une disposition légale ». Pour une position plus généralisante, v. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss la dir. de J. GHESTIN et M. FONTAINE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, XIX, n° 29 : « Un autre problème peut naître

« Une clause conforme à un texte de loi ne peut pas revêtir un caractère abusif, même si elle crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur »⁸⁶² ;

« De telles clauses [« qui sont conformes à un texte législatif »] ne peuvent revêtir un caractère abusif »⁸⁶³.

L'idée a aussi été affirmée en jurisprudence pour les stipulations qui seraient conformes à une disposition légale aussi bien impérative que supplétive.

210. Clause conforme à une disposition légale impérative. Une telle stipulation ne saurait être abusive⁸⁶⁴. Ce cas est particulièrement révélateur de l'absence de liberté contractuelle puisque les parties, professionnel et consommateur, n'ont pas eu le choix dans la stipulation de la clause dont le contenu leur est imposé par le législateur. C'est d'ailleurs la solution retenue en jurisprudence.

Ainsi, le 1^{er} février 2005, la première chambre civile⁸⁶⁵ a décidé, au visa de « l'article L. 132-1 du code de la consommation, ensemble l'article 10.1 de la loi du 10 juillet 1965 dans sa rédaction issue de la loi du 13 décembre 2000 », que :

« Après l'entrée en vigueur du second des textes susvisés duquel il résulte que les frais nécessaires exposés par le syndicat à compter de la mise en demeure

de la coexistence d'une législation générale sur les clauses abusives et d'une réglementation impérative de tel ou tel contrat. Une clause conforme à cette dernière réglementation, voire imposée par elle, ne peut sans doute être considérée comme abusive. Mais le régime des clauses abusives peut retrouver son empire à propos de toutes les stipulations non couvertes par le régime spécial. » ; J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », art. préc., n° 21 ; J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., n° 6 : « Une clause imposée par une disposition légale ou réglementaire ne pourrait néanmoins être efficacement déclarée abusive » ; X. Lagarde, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », art. préc. : « Les clauses légales ou réglementaires, c'est-à-dire celles dont le contenu est imposé ou autorisé par un texte de même nature, échappent en principe à un contrôle de l'abus ».

⁸⁶² *Concurrence Consommation*, *op. cit.*, n° 3656.

⁸⁶³ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 180.

⁸⁶⁴ Dans le même sens, v. J. Kullmann, « Les relations entre assureurs et assurés en droit français », art. préc., n° 64 : « Les clauses qui reproduisent fidèlement des clauses-types ou des conditions minimales prévues par la loi ou le règlement doivent échapper à la qualification de clauses abusives. Le juge n'est pas en droit de sanctionner une stipulation dont la présence même dans le contrat est imposée par un texte d'ordre public ». *Contra*, v. D. Fenouillet, obs. *RDC* 2006/3, p. 737 : « Lorsque la loi autorise, explicitement ou implicitement, telle clause : il en résulte une présomption de non abus, mais cette présomption n'est *a priori* qu'une présomption simple ».

⁸⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-19692, *Bull. civ. I*, n° 64, p. 56, X. LAGARDE, « Clauses de conciliation : le régime se précise », *RDC* 2005/4, p. 1141 ; J. MESTRE ET B. FAGES, « Une belle façon de fêter le dixième anniversaire de la loi du 1^{er} février 1995 sur les clauses abusives » ; C. PELLETIER, « Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation. À propos de l'article 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 et d'un arrêt de Cass. 1^{er} civ. du 1^{er} février 2005 », *RTD civ.* 2005, p. 393, *JCP G* 2005, act. 133 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 95, note G. RAYMOND ; *Deffrénois* 2005, chron. p. 1178, Chr. ATIAS ; *JCP G* 2005, I, n° 141, n° 14, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2005/3, jur. p. 718, D. FENOUILLET.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

peuvent être imputés au copropriétaire défaillant, en sorte que la clause stipulée en conformité de ce texte ne peut revêtir un caractère abusif⁸⁶⁶ ».

En d'autres termes, la clause d'un contrat-type de syndic permettant d'imputer aux copropriétaires pris individuellement les frais de recouvrement liés au non-paiement des charges et appels de fonds échappe à la sanction des clauses abusives au motif qu'elle est conforme à l'article 10-1 de la loi du 10 juillet 1965 autorisant le syndicat à imputer au copropriétaire défaillant les dépenses exposées pour la mise en demeure, sachant que cet article est impératif⁸⁶⁷.

De même, dans un arrêt en date du 31 mai 2006, rendu après avis de la première chambre civile, la chambre commerciale⁸⁶⁸ a pu affirmer dans un attendu de principe :

« La clause pénale d'un contrat de prêt immobilier fixant le montant de l'indemnité due par l'emprunteur dont la défaillance a entraîné la résolution du contrat ne peut revêtir un caractère abusif dès lors qu'elle a été stipulée en application des articles L. 312-22 et R. 312-3 du Code de la consommation ».

L'article L. 312-22 du Code de la consommation, qui est d'ordre public⁸⁶⁹, prévoit en effet qu'en cas de défaillance de l'emprunteur et si la résolution du prêt immobilier est prononcée, le prêteur peut exiger, outre le remboursement du capital et le paiement des intérêts échus, « une indemnité qui, sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du Code civil, ne peut excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret ». C'est l'article R. 312-3 du Code de la consommation qui institue les limites réglementaires envisagées à l'article L. 312-22. L'indemnité prévue en cas de résolution « ne peut dépasser 7% des sommes dues au titre du capital restant dû ainsi que des intérêts échus et non versés » (al. 3). Dès lors, comme le constate Monsieur Raymond, « on ne voit donc pas comment il serait possible de qualifier d'abusives une clause qui reste dans les limites légales et réglementaires »⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Nous soulignons.

⁸⁶⁷ L. n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 43 al. 1 (Mod., L. n° 85-1470, 31 décembre 1985 ; L. n° 96-1107, 18 décembre 1996 ; L. n° 2006-872, 13 juillet 2006) : « Toutes clauses contraires aux dispositions des articles « 6 à 37 » [...] sont réputées non écrites ».

⁸⁶⁸ Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 102, p. 100, *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 148, note G. RAYMOND ; *D.* 2006, p. 1445, obs. X. DELPECH ; *D.* 2006, p. 1618, note J. FRANÇOIS ; *JCP E* 2006, n° 1890, note D. LEGAIS ; *RDC* 2006/3, p. 737, obs. D. FENOUILLET ; *RDI* 2006, p. 294, obs. H. HUGAS-DARRASPEN ; *D.* 2007, p. 753, obs. D. R. MARTIN et H. SYNDET ; *LPA* 5 mars 2007, n° 46, chron. É. COLLOMP ; *RDC* 2007/2, jur. p. 300, note G. VINEY.

⁸⁶⁹ Art. L. 313-16 c. consom. : « Les dispositions des chapitres I et II et des sections II à VIII du chapitre III du présent titre sont d'ordre public », ce qui signifie que sont d'ordre public les articles L. 311-1 s. (Chapitre I^{er}, « Crédit à la consommation » du titre I « Crédit » du Livre III « Endettement »), L. 312-1 s. (Chapitre II, « Crédit immobilier ») et les art. L. 313-7 à -16 (Sections II à VIII du Chapitre III, « Dispositions communes aux chapitres I^{er} et II »).

⁸⁷⁰ G. Raymond, note préc..

211. Clause conforme à une disposition légale supplétive. Une stipulation de ce genre ne peut être abusive⁸⁷¹. D'abord, les contractants n'ont pas fait usage de leur liberté contractuelle puisqu'ils se sont contentés de se conformer au droit supplétif. De plus, comme l'explique un auteur, « si les parties peuvent librement déroger aux lois supplétives, l'adhésion à ces lois ne saurait être constitutive d'abus »⁸⁷² ; dès lors « on ne peut voir de l'abus là où les rédacteurs du Code civil n'ont vu que du normal »⁸⁷³. C'est pourquoi les juges refusent de qualifier une clause d'abusives après avoir constaté qu'elle ne déroge pas aux dispositions légales applicables en cas de silence des parties⁸⁷⁴. Ainsi, selon la jurisprudence, n'est pas abusive la stipulation d'un contrat de location par laquelle « le preneur ne peut prétendre à aucune indemnisation du véhicule, même si celui-ci est hors d'usage pendant plus de quarante jours » dans la mesure où « le Code civil exonère le bailleur de l'obligation de dédommagement si la chose louée est détruite en tout ou partie par un cas fortuit ou de force majeure »⁸⁷⁵, ni la clause imposant à l'assuré de prouver que le vol dont il a été victime s'est bien déroulé selon les circonstances ouvrant droit à la garantie, en ce qu'elle est conforme à l'article 1315 du Code civil⁸⁷⁶. La même idée se retrouve dans un des arrêts en date du 14 novembre 2006 relatifs à un contrat de vente de véhicule automobile⁸⁷⁷. En l'espèce, la clause qui stipule que « la résiliation de la commande entraîne l'annulation de la reprise. Dans ce cas, et si le véhicule a été entre-temps revendu, le montant de la valeur de reprise est indiquée sur le présent bon de commande sera restituée au client », n'est pas abusive dès lors qu'elle permet de replacer les cocontractants dans leur situation respective avant l'annulation de la commande, sur la base de l'estimation, librement convenue, du véhicule repris, dont le prix de revente ne dépend pas de la seule volonté du revendeur. En d'autres termes, la stipulation n'est pas abusive car elle se contente d'organiser les restitutions dues en droit commun à la

⁸⁷¹ Dans le même sens, v. M.-S. Payet, th. préc., n° 133 ; J. Basedow, art. préc., spéc. p. 13 : « Il est aussi significatif dans ce contexte que les juges ne déclarent pas abusives, illégales ou immorales les clauses d'un contrat qui se conforment aux dispositions du droit dispositif. » ; C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 555.

⁸⁷² M.-S. Payet, th. préc., n° 133.

⁸⁷³ M.-S. Payet, th. préc., n° 133.

⁸⁷⁴ On observe la même tendance à la Commission des clauses abusives. Dans deux avis, elle estime que les clauses qui lui sont soumises ne sont pas abusives au motif implicite qu'elles sont conformes au droit supplétif, v. *Avis* n° 95-03 selon lequel la clause est « conforme au droit commun du louage de chose » ; *Avis* n° 05-04 selon lequel les stipulations expriment le droit commun de la propriété ».

⁸⁷⁵ CA Grenoble, 13 juin 1991, *JCP G* 1992, II, 21819, note G. PAISANT (il s'agissait ici de l'article 1722 c. civ.).

⁸⁷⁶ TGI Paris, 29 juin 1994, *LPA* 1995, n° 106, p. 7, A. KARIMI, confirmée par CA Paris, 3 avril 1996, *D.* 1996, IR p. 142, et pourvoi rejeté par Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1998, *Bull. civ.* n° 240, *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. 120, note G. RAYMOND ; *D. Aff.* 1998, p. 1389, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 1999, somm. p. 111, obs. D. MAZEAUD ; *Deffrénois* 1998, p. 1417, D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 96, obs. J. MESTRE.

⁸⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, pourvoi n° 04-15646, préc..

suite d'une résolution. Un dernier arrêt en date du 10 juin 2009⁸⁷⁸ illustre l'absence de caractère abusif d'une clause conforme à une disposition légale supplétive, de manière tout à fait explicite. En l'espèce, la clause d'un contrat de location d'emplacement pour mobil home relative aux dégradations n'est pas abusive car elle « ne constitu[e] que l'application des règles de droit commun de l'article 1382 du code civil ».

B. Justifications

212. Justification principale. Les arguments permettant d'exclure du contrôle de l'article L. 132-1 du Code de la consommation les stipulations qui se conforment à une disposition légale sont nombreux. Néanmoins, selon nous, la justification principale de cette solution tient à l'objet même de la notion de clause abusive, à savoir sanctionner un abus de liberté contractuelle. Une stipulation légale n'est pas le fruit de la liberté contractuelle de son auteur. Ou il était tenu d'observer ces dispositions, ce qu'il a fait, ou il a renoncé à en user en se contentant de respecter les règles supplétives de volonté. Dès lors cette solution est commandée par un impératif de sécurité juridique : « 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 ou dans l'autre, il ne commet aucune illicéité »⁸⁷⁹. Il semble, en effet, anormal de pouvoir lui reprocher un comportement abusif alors qu'il s'est seulement plié aux exigences légales.

213. Autres justifications. Le deuxième argument est tiré du principe de la séparation des pouvoirs. En effet, comme le souligne Monsieur Lagarde, « dire d'une clause légale qu'elle est abusive revient à dire que la loi est illicite »⁸⁸⁰, ce que ne peut faire ni le juge judiciaire ni le juge administratif. Si une disposition légale paraît véritablement abusive, le seul remède envisageable est une réforme législative⁸⁸¹.

Il existe, par ailleurs, un obstacle technique à la reconnaissance du caractère abusif d'une stipulation d'origine légale. En effet, si, en dépit du principe de la séparation des pouvoirs, un juge acceptait de déclarer abusive une clause légale, cette dernière serait réputée non écrite⁸⁸².

⁸⁷⁸ Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 258, note G. RAYMOND ; *D.* 2009, AJ p. 1685, obs. X. DELPECH ; *Defrénois* 2009, p. 2340, note E. SAVAUX ; *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 5, obs. Y. PICOD ; *JCP* 2009, n° 28, p. 22 ; *RDC* 2009/4, p. 1434, obs. D. FENOUILLET ; *RJDA* 2009, n° 784 ; *RLDC* sept. 2009, p. 14, obs. V. MAUGERI.

⁸⁷⁹ X. Lagarde, art. préc..

⁸⁸⁰ X. Lagarde, art. préc. Dans le même sens, v. Th. Revet, art. préc., spéc. p. 291.

⁸⁸¹ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 180.

⁸⁸² Conformément à l'article L. 132-1 al. 6 c. consom..

Cette sanction conduit à la négation de sa valeur obligatoire et à son éradication, mais le contrat est lui, en principe, maintenu⁸⁸³ et continue de s'appliquer sans elle. Souvent sa seule suppression suffit à rendre à la convention sa cohérence. Néanmoins il arrive qu'il en résulte une lacune dans le contrat : « L'amputation caractéristique de la sanction du réputé non écrit est indissociable de la "réparation" du contrat qu'elle implique éventuellement »⁸⁸⁴. Dans ce cas, « il convient de remplacer la clause dépourvue de valeur juridique par la disposition qui permet la réalisation de l'objectif poursuivi d'un commun accord par les parties »⁸⁸⁵. En d'autres termes, il faut se référer aux règles légales lorsque celles-ci existent⁸⁸⁶. Dans notre hypothèse, la règle légale qui est censée remplacer la clause déclarée abusive serait donc cette même disposition que l'on viendrait de supprimer !

Une clause conforme à une disposition législative, qu'elle soit impérative ou supplétive, ne pouvant donc en aucun cas être déclarée abusive. Reste à déterminer ce qu'il en est pour une stipulation qui reprendrait des normes réglementaires.

§ 2. Clause conforme à une disposition réglementaire

214. Plan. Une clause d'origine réglementaire peut être déclarée abusive (A), mais seulement par les juridictions administratives (B).

A. Possible caractère abusif

215. Position française. La réserve de l'article 2 § 1 de la directive n'a pas été reprise en droit français, et la portée de cette non reprise, en ce qui concerne les clauses d'origine réglementaire, a été clairement expliquée dans les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} février 1995 :

« La loi française vise tous les contrats alors que le 2 de l'article premier de la directive 93/13 écarte "les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives [...]".

⁸⁸³ Art. L. 132-1 al. 8 c. consom..

⁸⁸⁴ S. Gaudemet, th. préc., n° 84.

⁸⁸⁵ S. Gaudemet, th. préc., n° 530.

⁸⁸⁶ S. Gaudemet, th. préc., n° 531. V. aussi J. ROCHFELD, « Les clairs-obscurs de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 982, spéc. p. 991, qui relève l'hésitation de la doctrine et des tribunaux relativement au « remplacement de la disposition éradiquée par une autre disposition puisée dans un modèle supplétif ou impératif ». Contre le remplacement, v. V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, I, 3691, n° 28 ; J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chron. p. 64 ; B. TEYSSIE, « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D.* 1976, chron. p. 287.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

Le gouvernement a souhaité maintenir le champ d'application de la législation française et offrir ainsi aux consommateurs une protection aussi large. La rédaction de la loi française permet notamment d'inclure les dispositions réglementaires contenues dans les contrats administratifs (comme les contrats d'abonnement au gaz ou à l'électricité, les titres de transport public, les marchés publics ou les concessions de service public ou d'ouvrage public) et les contrats de transport aérien »⁸⁸⁷.

La lecture des travaux préparatoires indique donc clairement la volonté du législateur d'inclure les clauses réglementaires, et notamment celles des contrats de services publics, dans le domaine de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Comme ils l'indiquent, cette solution n'était d'ailleurs pas nouvelle en droit français. En effet, la question s'était posée dès la loi du 10 janvier 1978 et la Commission des clauses abusives y avait rapidement répondu, dans son rapport d'activité pour l'année 1978⁸⁸⁸ :

« Tous les contrats, quelle qu'en soit la nature, tombent sous le coup des dispositions de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, et donc sous l'emprise de l'article 35, dès lors qu'ils concernent une vente de biens ou de services entre un professionnel, d'une part, et un non-professionnel, d'autre part. La loi n'autorise pas de faire a priori de distinction selon la qualité des parties au contrat ; elle permet au pouvoir réglementaire de n'opérer des distinctions dans les décrets pris en application de l'article 35 que selon la nature des biens et des services concernés.

Les contrats réglementés, ou dont la rédaction est conforme à des modèles types homologués par les pouvoirs publics, sont donc soumis aux dispositions de la loi. Il a été estimé, en effet, que ce n'est pas parce qu'un contrat était approuvé par l'autorité publique que par là même, et automatiquement, il devrait échapper à son domaine d'application, sauf, bien entendu, dérogations expresses prévues par des textes particuliers »⁸⁸⁹.

Ainsi les clauses réglementaires entraînent dans le champ d'application de la loi du 10 janvier 1978, et la solution a toujours été maintenue, avec une évolution toutefois. En effet, la Commission s'est enhardie, passant d'une recommandation de leur modification à celle de leur suppression pure et simple⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ J.-P. CHARITÉ, *Rapport n° 1775* sur le projet de loi, adopté par le Sénat, concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, au nom de la commission de la production et des échanges, AN, 7 décembre 1994, spéc. p. 11-12. Nous soulignons.

V. aussi, A. FOSSET, *Rapport n° 64* sur le projet de loi concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, au nom de la commission des affaires économiques, Sénat, 9 novembre 1994, spéc. p. 26, évoquant aussi des « contrats administratifs », et déclaration FOSSET, *JO Sénat (CR)* 16/11/1994, p. 5567.

⁸⁸⁸ *BOSP* 13/06/79, p. 172.

⁸⁸⁹ In Chapitre III « Conclusions au terme d'une année d'activité », « I- Éléments de doctrine interne », « B- Application de la loi aux contrats réglementés ». Nous soulignons.

⁸⁹⁰ Dans un premier temps, la Commission avait estimé que face à une clause qui reprenait une disposition de nature réglementaire insérée dans un cahier type de concession ou d'affermage, il lui appartenait, « après avoir formulé sa recommandation, de proposer conformément à l'article 38 de la loi précitée [L. n° 78-23 du 10 janvier

216. Contrats concernés. Les clauses réglementaires des contrats proposés par les services publics administratifs ou industriels et commerciaux pourront être soumises au contrôle de leur caractère abusif⁸⁹¹. Mais la solution est aussi valable pour les clauses d'origine réglementaire qui se rencontrent « dans certains contrats de pur droit privé »⁸⁹² : ainsi dans les modèles types d'offre préalable de crédit à la consommation⁸⁹³, ou encore des contrats-types de transports⁸⁹⁴.

217. Approbation de la solution. Une grande partie de la doctrine approuve que les clauses réglementaires soient soumises au contrôle des clauses abusives pour plusieurs raisons⁸⁹⁵, l'idée essentielle étant que « le sceau de l'administration ne donne pas un label de conformité à l'équité et à l'équilibre du contrat »⁸⁹⁶.

La remarque est encore plus vraie pour les contrats de services publics, la situation de l'utilisateur se rapprochant de plus en plus de celui de simple client⁸⁹⁷ et n'étant à ce titre pas plus enviable que celle du consommateur. C'est pourquoi l'utilisateur de services publics mérite une protection contre les clauses abusives, d'autant plus que le droit administratif classique ne permet pas toujours de lutter efficacement contre ce type de clauses, « en particulier lorsque l'abus résulte, non d'une clause isolée du contrat, mais du rapprochement et de la combinaison de l'ensemble des clauses, technique de contrôle que permet le droit des clauses abusives »⁸⁹⁸.

1978], les modifications réglementaires qui lui paraissent souhaitables » (*Recomm.* n° 85-01, *BOCC* 17/01/1985), ce à quoi elle a finalement renoncé : « La suppression de toutes les clauses présentant un caractère abusif dans de tels documents peut être directement recommandée, en application de l'article L. 132-4 [aujourd'hui art. L. 531-2] du Code de la consommation, sans qu'il soit nécessaire désormais de proposer la modification de décrets » (*Recomm.* n° 01-01, *BOCCRF* 23/05/2001).

⁸⁹¹ Sur la nature réglementaire des clauses de ces contrats, v. *supra* n° 104.

⁸⁹² J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 180.

⁸⁹³ *Arrêté* 14 mai 2007, annexe à l'art. R. 311-6 c. consom..

⁸⁹⁴ Par exemple en matière de transport de voyageurs, v. *D.* n° 2008-828 du 22 août 2008 portant approbation du contrat type applicable aux services occasionnels collectifs de transports intérieurs publics routiers de personnes.

⁸⁹⁵ Certains pourtant la regrettent, mais sans vraiment expliquer pourquoi, v. J. Kullmann, « Les relations entre assureurs et assurés en droit français », art. préc. : « De son côté, la commission des clauses abusives a estimé que l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 serait applicable "aux contrats réglementés ou dont la rédaction est conforme à des modèles-types homologués par les pouvoirs publics", cette dernière remarque nous semblant critiquable ».

⁸⁹⁶ R. MARTIN, « La réforme des clauses abusives. Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *ADL* 1995, p. 879, n° 10.

⁸⁹⁷ Dans le même sens, v. C. Bergeal, concl. préc., n° 4.1.4. ; M. GUYOMAR et P. COLLIN, note *AJDA* 2001, p. 853, ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, obs. *JCP G* 2001, I, 370, n° 1 à 9, spéc. n° 6. Sur cette évolution, v. J. AMAR, *De l'utilisateur au consommateur de service public*, PUAM, th. préc..

⁸⁹⁸ C. Bergeal, concl. préc., n° 4.1.4.

218. Conséquences. Si l'article L. 132-1 du Code de la consommation est applicable aux clauses de nature réglementaire, cela autorise les non-professionnels ou consommateurs à demander au juge qu'il les déclare réputées non écrites⁸⁹⁹ dès lors qu'elles créent un déséquilibre significatif à leur détriment. Toutefois l'intervention du juge pose une question délicate de compétence juridictionnelle⁹⁰⁰ car « dire qu'une clause réglementaire est abusive conduit à constater l'illégalité d'un acte administratif »⁹⁰¹. Seul le juge administratif dispose de ce pouvoir.

B. Appréciation du caractère abusif par les juridictions administratives

219. Plan. Les juridictions judiciaires sont incompétentes pour apprécier le caractère abusif d'une clause de nature réglementaire (1) car seules les juridictions administratives sont compétentes pour le faire (2).

1. Incompétence des juridictions judiciaires

220. Exclusion de la compétence du juge judiciaire. Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont certes normalement compétents pour appliquer la législation en matière de clauses abusives, mais ils ne peuvent pas, en principe, apprécier la légalité des textes réglementaires, conformément à la jurisprudence *Septfonds*⁹⁰². En effet, suivant l'idée que seule l'autorité administrative a le pouvoir de revenir sur son règlement, cette décision du Tribunal des conflits interdit au juge judiciaire d'apprécier la légalité d'un acte administratif et lui impose de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge administratif en ait contrôlé la légalité. Dès lors le juge judiciaire ne peut déclarer une clause réglementaire abusive et en écarter l'application⁹⁰³.

⁸⁹⁹ En ce sens, v. R. Martin, art. préc., n° 10 : « Cela veut dire que les usagers des services publics peuvent contester les clauses figurant dans les contrats passés avec les établissements qui les gèrent, alors même que les conditions en sont fixées par les dispositions réglementaires ».

⁹⁰⁰ Dans le même sens, v. J. HUET, « La détermination des clauses abusives dans les contrats de services publics et les moyens de leur élimination : quel droit ? Quels juges ? », *LPA* 6 février 1998, n° 16, p. 7 ; R. Martin, art. préc., n° 10 ; G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc. ; S. Pellinghelli-Steichen, *LPA* 14 juillet 1997, n° 84, p. 11 : « Si la nature réglementaire que peuvent revêtir certaines clauses du contrat entre le service public industriel et commercial et l'utilisateur n'est pas un obstacle en droit interne à leur qualification de clauses abusives, l'existence de ces clauses va poser, en revanche, un problème de compétence juridictionnelle ».

⁹⁰¹ X. Lagarde, art. préc..

⁹⁰² TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, *Rec.* p. 498, *S.* 1923, 3, 49, HAURIOU ; *D.* 1924, 3, 41, concl. MATTER ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e éd., Dalloz, 2011, n° 39.

⁹⁰³ Cela a été envisagé très tôt par un auteur, J.-P. GRIDEL, « 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 : « L'insertion de tout ou partie de ce même règlement dans un contrat a-t-elle pour conséquence de permettre au juge judiciaire,

La Cour de cassation a retenu très tôt cette solution, dans un arrêt de sa première chambre civile en date du 31 mai 1988⁹⁰⁴ :

« Les dispositions dudit cahier des charges [type approuvé par le décret du 17 mars 1980], et notamment son article 64, ont un caractère réglementaire, de sorte 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, ont un caractère abusif au sens de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 ».

La Cour affirme donc très clairement que les stipulations imposant certaines conditions particulières à l'usager du service d'eau – en l'espèce la protection du compteur contre le gel – ont un caractère réglementaire du fait qu'elles découlent du cahier des charges type imposé au fermier, fournisseur dudit service, ce qui empêche le juge judiciaire de se prononcer sur leur légalité. En d'autres termes, c'est au juge administratif de dire si ces clauses sont abusives ou non, « s'il entend même le dire »⁹⁰⁵.

En dépit de sa clarté apparente, la solution a fait l'objet d'une autre interprétation. Comme la Cour semble lier le caractère réglementaire des clauses du cahier des charges au fait qu'il ait été approuvé par décret, cela signifierait *a contrario* que les clauses réglementaires d'un cahier des charges type non approuvé par décret pourraient faire l'objet d'un contrôle judiciaire⁹⁰⁶. Cette interprétation reprend celle qu'on avait bien voulu donner à la recommandation n° 85-01 de la Commission des clauses abusives relative aux contrats de distribution d'eau. En effet, elle y visait deux décrets intervenus en matière de distribution d'eau⁹⁰⁷, ce qui a pu être compris « comme ne laissant à la compétence du juge administratif que les clauses du règlement du service des eaux qui reprennent une disposition décrétable insérée dans un cahier des charges type »⁹⁰⁸, soit les clauses réglementaires par leur origine tandis que « les hypothèses dans lesquelles la clause a un caractère réglementaire par son objet – l'organisation et le fonctionnement du service – ou parce qu'elle est issue d'un acte

devant qui la nullité serait invoquée, d'apprécier lui-même la validité de la stipulation-disposition ? Il apparaît que ce serait là, nonobstant l'autorité relative de la décision, tourner le principe selon lequel les juridictions judiciaires non répressives ne peuvent vider elles-mêmes les exceptions d'illégalité des actes administratifs invoquées devant elles ». Dans le même sens, v. X. Lagarde, art. préc. ; G. Paisant, art. préc. ; F.-X. TESTU, « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995) », *D. Aff.* 1996, p. 372.

⁹⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 161, p. 111, *D.* 1988, somm. p. 406, obs. J.-L. AUBERT.

⁹⁰⁵ J. Huet, art. préc..

⁹⁰⁶ En ce sens, J.-L. Aubert, obs. *D.* 1988, somm. p. 406, J ; S. Pellinghelli-Steichen, art. préc..

⁹⁰⁷ L'un portant approbation d'un cahier des charges type pour la concession, l'autre portant approbation d'un cahier des charges type pour l'affermage.

⁹⁰⁸ J.-P. CHAZAL, v° Clauses abusives, in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2002, n° 39.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

réglementaire – le cahier des charges type »⁹⁰⁹ relèveraient de la compétence du juge judiciaire.

Cette interprétation est toutefois critiquable car la jurisprudence administrative a admis que les contrats de concession ou d'affermage sont des actes mixtes et que les cahiers des charges types sont des actes réglementaires, et ce indépendamment de toute approbation par décret⁹¹⁰.

Pourtant, elle a prospéré parmi les juges judiciaires du fond qui se sont octroyé la possibilité de déclarer abusive une clause réglementaire issue d'un autre texte qu'un décret⁹¹¹.

Il a donc fallu une nouvelle intervention de la Cour de cassation dans un arrêt du 22 novembre 1994⁹¹² qui réaffirme, avec vigueur, au visa de « la loi des 16-24 août 1790 »⁹¹³ et du « principe de la séparation des pouvoirs », que prive de base légale sa décision le tribunal d'instance qui a retenu « que les relations entre l'usager et un syndicat intercommunal des eaux avaient un caractère contractuel » et qu'il était compétent pour apprécier le caractère abusif d'une clause posant le principe d'une consommation minimale, sans rechercher comme il y était invité, « si l'article 26 du règlement du service n'avait pas un caractère réglementaire, les tribunaux judiciaires ne pouvant, alors en apprécier la légalité ».

En l'espèce, s'agissant une nouvelle fois de distribution d'eau, la Cour reproche au tribunal de ne pas avoir vérifié au préalable si la clause imposant une consommation minimale ne

⁹⁰⁹ S. Pellinghelli-Steichen, art. préc..

⁹¹⁰ V. *supra* n° 104.

⁹¹¹ TGI Mâcon, 25 février 1991, *Union fédérale des consommateurs de Saône-et-Loire c/ Syndicat intercommunal des eaux de Mâcon et ses environs et SDEI* (Gaz. Pal. 1992, 3, somm. p. 515) qui s'est reconnu compétent pour apprécier la légalité de clauses non issues d'un décret, mais du règlement du service liant des usagers au gestionnaire d'un service public industriel et commercial de distribution de l'eau, et a déclaré un certain nombre d'entre elles abusives, ce qui a été critiqué, v. not. R. MOULIN, « Clauses abusives : l'administration est-elle un professionnel comme les autres ? Conseil d'Etat, section, 11 juillet 2001 : Société des eaux du Nord », *LPA* 24 avril 2002, n° 82, p. 9, qui dénonce « une démarche juridiquement contestable : pour justifier la compétence judiciaire, les actes invoqués étaient dits non réglementaires alors qu'ils l'étaient manifestement ».

Statuant sur l'appel contre ce jugement, la Cour d'appel de Dijon (2 juillet 1992, *RJDA* 1993, n° 970) a, quant à elle, considéré que « le règlement du service des eaux, élaboré, adopté et modifiable suivant les mêmes modalités que le contrat d'affermage, a la même nature réglementaire que celui-ci, de sorte que les tribunaux judiciaires ne peuvent, sans méconnaître le principe de séparation des pouvoirs, déclarer que les clauses figurant dans ce document ont un caractère abusif ». Elle semblait donc opter pour une seconde interprétation selon laquelle les clauses du contrat d'abonnement ont une nature réglementaire chaque fois qu'elles reprennent une disposition à caractère réglementaire du cahier des charges, ce qui entraîne la compétence du juge administratif pour en apprécier la validité.

⁹¹² Cass. 1^{ère} civ., 22 novembre 1994, *Bull. civ. I*, n° 343, p. 247, *D.* 1995, IR p. 16 ; *CJEG* 1995, p. 267, P. SABLIERE ; v. pour un commentaire J. Huet, « La détermination des clauses abusives dans les contrats de services publics et les moyens de leur élimination : quel droit ? Quels juges ? », art. préc..

⁹¹³ La décision est effectivement une application du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire posé par cette loi, « suivant laquelle les autorités judiciaires sont distinctes des autorités administratives et ne peuvent connaître ni du fonctionnement, ni des décisions de celles-ci, distinction d'où résultent une division du pouvoir de juger entre deux ordres de juridictions – l'ordre judiciaire et l'ordre administratif – et la mise en place d'un système de régulation des compétences confié au tribunal des conflits », v° Séparation, in *Vocabulaire juridique, op. cit.*, sens I, 2.

présentait pas un caractère réglementaire, ce qui le priverait de sa compétence. Cette décision apparaît comme clairement défavorable à une extension de la compétence judiciaire sur les clauses d'un règlement du service des eaux non approuvé par décret.

221. Question préjudicielle⁹¹⁴. Ainsi, dans le cadre d'un débat porté devant le juge judiciaire, si la clause litigieuse a un caractère réglementaire – que ce soit par son origine ou par son objet –, il devra donc surseoir à statuer et renvoyer les parties à saisir la juridiction administrative qui appréciera la légalité de l'acte : il s'agit d'une question préjudicielle à laquelle le juge judiciaire doit procéder conformément à la jurisprudence du Tribunal des conflits⁹¹⁵.

C'est par exemple ce qu'a fait le tribunal d'instance de Bourgneuf, dans deux jugements en date du 8 décembre 2004⁹¹⁶. Après une analyse minutieuse des clauses présentes dans des contrats de crédit à la consommation, les juges décident que certaines d'entre elles, notamment celles fixant le montant du découvert autorisé « ne sont pas les reproductions fidèles des modèles réglementaires, mais constituent des adaptations contractuelles entre le prêteur et le consommateur-emprunteur dont l'appréciation du caractère abusif ressort de la seule compétence du juge judiciaire » ; mais que, par contre, « l'appréciation du caractère abusif d'une clause contenue dans un modèle réglementaire⁹¹⁷ appartient au seul juge administratif et constitue une condition préalable à l'appréciation du caractère abusif de la clause contractualisée par les contractants privés par application du modèle réglementaire ». Pour finir, le tribunal « renvoie les parties devant le Conseil d'État à l'effet de lui permettre de juger si [lesdites clauses] présentent un caractère abusif au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ».

C'est une chose que les tribunaux de l'ordre judiciaire se déclarent incompétents pour apprécier la validité de clauses réglementaires au regard de la législation sur les clauses

⁹¹⁴ V° Préjudiciel, elle, in *Vocabulaire juridique, op. cit.* : « Se dit principalement du point de droit (question préjudicielle) qui doit être jugé avant un autre dont il commande la solution, mais qui ne peut l'être que par une juridiction autre que celle qui connaît de ce dernier, de telle sorte que celle-ci doit surseoir à statuer sur le point subordonné et renvoyer à la juridiction compétente le point à juger en premier ».

⁹¹⁵ TC, 20 mars 1943, *Société béthunoise d'éclairage*, Rec. p. 322.

⁹¹⁶ TI Bourgneuf, 8 décembre 2004, préc..

⁹¹⁷ Plus précisément, deux clauses reproduisant fidèlement les modèles types d'offre préalable de crédit n^{os} 4, 5 et 6 (dans leur rédaction antérieure à l'arrêté du 19 décembre 2006 applicable à compter du 25 juin 2007) annexés à l'article R. 311-6 du code de la consommation : celle prévoyant la fixation du taux d'intérêt des contrats de crédit à la consommation par utilisation de la notion légale de taux effectif global à défaut d'indication d'un taux convention et celle stipulant la révision du taux d'intérêt suivant les variations du taux de base bancaire.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

abusives⁹¹⁸ ; c'en est une autre que les juridictions administratives se déclarent compétentes pour le faire⁹¹⁹.

2. Compétence des juridictions administratives

222. Compétence du juge administratif. Le Conseil d'État a reconnu la compétence des juridictions administratives pour apprécier la validité de clauses réglementaires au regard de la législation sur les clauses abusives en deux étapes décisives.

223. Décision *Cainaud*. La première étape est la décision *Cainaud* du 29 juin 1994⁹²⁰ dans laquelle le Conseil d'État accepte de contrôler le caractère abusif de clauses contenues dans un règlement du service des eaux, mais sans pour autant faire application du Code de la consommation. Plus précisément, en l'espèce, un usager d'un service d'eau fait un recours contre la délibération municipale approuvant le règlement du service des eaux dont il soutient qu'il contenait des clauses abusives. Ce à quoi le Conseil d'État répond que « les stipulations précitées ne peuvent, en tout état de cause, constituer des clauses qui seraient de nature à conférer un avantage excessif au fermier et que le conseil municipal n'aurait pu légalement approuver ». L'intérêt de la solution réside dans le fait que le juge administratif accepte de vérifier si les conditions contractuelles critiquées par l'abonné constituent, ou non, des clauses abusives – et ce même si, en l'espèce, il a estimé que les clauses qui étaient soumises à son contrôle ne l'étaient pas⁹²¹. La portée de la solution était, en revanche, plus incertaine⁹²², car

⁹¹⁸ Malgré la position claire de la Cour de cassation, certains juges du fond résistent, v., par ex., CA Amiens, 20 septembre 2007 selon laquelle, même si la clause d'une convention de compte permanent est la reproduction fidèle de l'un des modèles-types prévus par l'art. R. 311-6 c. consom., elle peut être appréciée par le juge judiciaire au regard des dispositions de l'art. L. 132-1 du même code dès lors que, compte tenu de la hiérarchie des normes, un texte de nature législative prime sur les décrets et arrêtés pris pour son application.

⁹¹⁹ En faveur de cette compétence, v. J.-P. Gridel, art. préc. : « Nous pensons donc que dans ces hypothèses, il reviendrait au juge administratif de dire finalement si la validité de la clause peut aussi être retenue lorsqu'elle semble prohibée au regard de la règle impérative pour tous les contrats de droit privé qu'est aujourd'hui l'art. 35 ».

⁹²⁰ CE, 29 juin 1994, *Cainaud*, citée par J. Huet, art. préc..

⁹²¹ Le litige portait sur des clauses du règlement mettant à la charge de l'abonné la surveillance des robinets de purge et des joints après compteur dont il était prévu qu'ils pouvaient avoir été posés par le fermier. Le Conseil d'État a considéré que, si « la garde et la surveillance de la partie du branchement située en domaine privé sont à la charge de l'abonné, avec toutes les conséquences que cette notion comporte en matière de responsabilité », néanmoins « ces dispositions n'ont pas pour effet d'exonérer le fermier de la responsabilité qu'il encourt à l'égard des usagers à raison des dommages qui pourraient naître de la pose ou du choix des pièces situées en aval du compteur ».

⁹²² J. Huet, art. préc. : « L'arrêt de 1994 est un peu l'arrêt Blanco des clauses abusives en matière de droit public ». *Contra*, v. C. Bergeal, concl. préc. : « Il est difficile, pensons-nous cependant, de voir dans cette décision qui répond par un "en tout état de cause" et qui n'a été ni publiée ni fichée, un arrêt Blanco du droit des clauses abusives ; nous estimons pour notre part, que vous n'avez jamais encore réellement tranché de l'application du droit des clauses abusives au service public ».

le Conseil d'État admet certes l'application des principes du droit privé (la référence à « l'avantage excessif », formulation tirée de la loi du 10 janvier 1978 étant à ce titre parlante), mais refuse d'appliquer les règles de droit privé elles-mêmes, l'absence de citation de cette loi aux visas de la décision étant tout aussi parlante.

224. Décision *Société des eaux du Nord*. La seconde étape est la décision *Société des Eaux du Nord* du 11 juillet 2001⁹²³ dans laquelle le Conseil d'État franchit un cap en faisant une application directe de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁹²⁴.

En l'espèce, les victimes d'un dégât des eaux ont cherché à engager la responsabilité de la Société des Eaux du Nord qui avait été chargée d'assurer ce service public par la ville de Lille. Mais cette dernière invoquait l'article 12 du règlement du service aux termes duquel le client abonné avait à sa charge toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de l'existence et du fonctionnement de la partie du branchement située en dehors du domaine public et en amont du compteur, sauf s'il apparaissait une faute du service des eaux. Le tribunal d'instance de Lille⁹²⁵ a dès lors saisi par la voie de la question préjudicielle le juge administratif pour l'appréciation de la légalité de la clause litigieuse d'origine réglementaire. Le tribunal administratif⁹²⁶ a déclaré cette clause illégale. Au visa du « code de la consommation, notamment son article L. 132-1 »⁹²⁷, le Conseil d'Etat déclare cette disposition abusive.

⁹²³ CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, J. AMAR, « De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics : à propos de l'arrêt Société du Nord rendu par le Conseil d'Etat le 11 juillet 2001 », *D.* 2001, p. 2810 ; J. Amar, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », *chron. préc.* ; J. MESTRE et B. FAGES, « Deux renforts dans la lutte contre les clauses abusives », *RTD civ.* 2001, p. 878 ; R. MOULIN, « Clauses abusives : l'administration est-elle un professionnel comme les autres ? Conseil d'Etat, section, 11 juillet 2001 : Société des eaux du Nord », *LPA* 24 avril 2002, n° 82, p. 9 ; *AJDA* 2001, p. 853, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *AJDA* 2001, p. 893, note G. J. GUGLIELMI ; *Gaz. Pal.* 23 février 2002, n° 54, p. 3, note J. SYLVESTRE ; *JCP G* 2001, I, 370, n° 1 à 9, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP E* 2002, n° 124, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDP* 2001, p. 1510, note G. ECKERT ; *Resp. civ. et assur.* 2002, comm. 2, note Ch. GUETTIER ; *RTD com.* 2002, p. 51, obs. G. ORSONI.

⁹²⁴ Le juge administratif faisait déjà une application directe des dispositions du Code pénal, v. CE ass., 6 décembre 1996, *Sté Lambda*, *Rec.* p. 465, *AJDA* 1997, p. 205) ; de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, v. CE sect., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, *Rec.* p. 406, concl. STAHL, *AJDA* 1997, p. 945, note T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD ; CE sect., 22 novembre 2000, *Sté L. et P. Publicité SARL*, *RFDA* 2001, p. 872, concl. S. AUSTRY ; *AJDA* 2001, p. 198, note M.-C. ROUAULT ; ou encore du Code des assurances, v. CE, 29 décembre 2000, *Beule et autres*, *Rec.* p. 655 ; *LPA* 17 mai 2001, p. 14, concl. S. BOISSARD.

⁹²⁵ TI Lille, 12 décembre 1997 cité par J. Sylvestre, note préc..

⁹²⁶ TA Lille, 14 juin 1993 cité par J. Sylvestre, note préc..

⁹²⁷ La formulation du visa qui fait référence au Code de la consommation dans son ensemble, et non seulement à l'article L. 132-1, porte à croire que le juge administratif pourra utiliser n'importe laquelle des dispositions du code utile à son interprétation.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

L'un des apports de cette décision⁹²⁸ réside donc dans l'intégration du droit des clauses abusives, et plus largement du Code de la consommation, dans le bloc de légalité soumis au contrôle du juge administratif⁹²⁹, ce qui lui permet ainsi « de contrôler à leurs aunes les clauses réglementaires figurant dans les cahiers des charges annexés aux contrats de concession de services publics »⁹³⁰.

La solution est désormais bien établie et s'applique aussi bien aux clauses réglementaires d'un contrat de service public qu'à celles d'un contrat de droit privé. Le Conseil d'État a ainsi décidé que l'article L. 132-1 était applicable au décret du 6 avril 1999 approuvant le contrat type applicable en matière de transports publics routiers de marchandises⁹³¹.

225. Types d'action devant le juge administratif. Il ressort de ces deux décisions fondatrices de l'applicabilité directe du Code de la consommation, et notamment de son article L. 132-1, que le juge administratif pourra se prononcer soit dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, comme dans l'affaire *Société des Eaux du Nord*, soit dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte administratif approuvant le règlement du service public, comme dans l'arrêt *Cainaud*, ou plus largement contre les dispositions réglementaires du contrat liant l'autorité administrative au fournisseur du service, possibilité offerte par l'arrêt *Cayzeele*⁹³².

⁹²⁸ Cet arrêt présente deux autres apports majeurs : d'abord, il faut relever que l'applicabilité directe de l'article L. 132-1 du Code de la consommation profite ici à deux sociétés, personnes morales, qui dans la jurisprudence judiciaire actuelle n'aurait pu se prévaloir du statut protecteur de consommateur, v. supra n° 90 ; ensuite, il faut noter que l'appréciation de la notion de clause abusive par le juge administratif sera différente de celle du juge judiciaire, puisqu'il devra tenir compte des « caractéristiques particulières » du service public, v. *infra* n° 226.

⁹²⁹ Comme l'y invitaient certains auteurs, son commissaire du gouvernement, v. C. Bergeal, concl. préc., n° 4.1.4. et certains auteurs, v. P. DELVOLVE, « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », *Dr. adm.* octobre 1993, p. 3 s. : « Ainsi pourraient être conciliées la garantie du service public et la protection des consommateurs, y compris lorsque ce sont des usagers des services publics » ; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 326, 2000, n° 219.

⁹³⁰ J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, art. préc., n° 40. Dans le même sens, v. G. J. Guglielmi, note préc. ; M. Guyomar et P. Collin, note préc. ; N. Sauphanor-Brouillaud, obs. *JCP G* 2001, I, 370, n° 1 à 9, spéc. n° 4.

⁹³¹ CE, 6 juillet 2005, *D.* 2005 p. 2094, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2005, II, 10154, concl. Fr. DONNAT ; *RTD civ.* 2005 p. 779, obs. J. MESTRE et B. FAGES, selon lequel les clauses plafonnant l'indemnisation en cas de perte ou d'avarie ne présentent pas de caractère abusif au sens des dispositions de l'art. L. 132-1 c. consom..

⁹³² CE, ass., 10 juillet 1996, *Cayzeele*, *Rec.* p. 274 : *AJDA* 1996, p. 732, chron. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT ; *RFDA* 1997, p. 89, note P. DELVOLVE ; *JCP G* 1997, I, 4019, n° 75, obs. J. PETIT ; *CJEG*, n° 526, p. 382, note Ph. TERNEYRE, qui admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une clause réglementaire d'un contrat de concession du service d'enlèvement des ordures ménagères. Cette solution rompt avec une jurisprudence interdisant aux tiers (ici l'utilisateur) à un contrat liant l'administration et le fournisseur du service de venir le critiquer en admettant que de ce contrat découlent des clauses particulières pour les contrats passés avec les usagers, et que dès lors il intéresse directement ces derniers.

226. Appréciation de la solution⁹³³. De nombreux auteurs se satisfont de ce que les clauses de nature réglementaire incorporées dans un contrat entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur puissent être soumises à un contrôle de leur caractère éventuellement abusif devant les juridictions administratives⁹³⁴.

Mais d'autres dénoncent les conséquences fâcheuses de la dualité de juridictions. D'abord, certains soulignent la perte de temps inhérente au renvoi préjudiciel⁹³⁵. Mais surtout les critiques se focalisent sur les risques de divergences d'appréciation entre les deux ordres juridictionnels⁹³⁶. Selon eux, ce risque serait d'ailleurs tellement grand qu'il serait souhaitable d'abandonner la jurisprudence *Septfonds*⁹³⁷ pour permettre au juge judiciaire de contrôler la légalité des actes administratifs et pour réaliser ainsi « une unification de la compétence contentieuse en matière de clauses abusives »⁹³⁸.

Une telle solution ne nous paraît cependant pas souhaitable. En effet, elle serait, au contraire, encore plus propice à des divergences d'interprétation puisque le juge judiciaire pourrait dès lors se prononcer sur le caractère abusif de clauses réglementaires et le juge administratif pourrait encore le faire s'il était saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir. Une même clause réglementaire pourrait donc être jugée différemment selon le contentieux dont elle fait l'objet. Or, un tel danger n'existe pas à l'heure actuelle puisque tout le contentieux des clauses réglementaires est soumis au même juge, le juge administratif. Il est évident que l'appréciation d'une clause par le juge administratif risque d'être différente de celle du juge judiciaire, notamment pour les clauses réglementaires des contrats liant les usagers aux fournisseurs de services publics, le Conseil d'État ayant bien précisé qu'il fallait

⁹³³ On peut se demander si les solutions énoncées ne sont pas remises en cause par la jurisprudence *SCEA du Chéneau* (TC, 17 octobre 2011, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e éd., Dalloz, 2013, n° 117). Dans cette décision, le Tribunal des conflits apporte deux exceptions à sa jurisprudence *Septfonds*. Il a, en effet, décidé que le juge judiciaire n'était plus tenu de poser une question préjudicielle au Conseil d'État en vue de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif lorsqu'il existe, sur le point litigieux, une jurisprudence bien établie de ce dernier ou lorsque la contestation concerne la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne. Cependant, concernant l'appréciation du caractère abusif des clauses conformes à une disposition réglementaire, aucune de ces exceptions ne paraît pouvoir jouer. La deuxième exception semble totalement exclue, puisqu'un requérant ne peut contester une clause réglementaire au regard du droit européen des clauses abusives qui refuse de contrôler leur caractère abusif (v. *supra* n°s 203 s.). La première exception pourrait s'appliquer à l'avenir, mais pas à l'heure actuelle, car il n'existe pas de jurisprudence établie du Conseil d'État en matière de clauses abusives (deux arrêts rendus, seulement, à notre connaissance, v. CE, sect., 11 juillet 2001 et CE, 6 juillet 2005).

⁹³⁴ J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, art. préc., n° 41.

⁹³⁵ J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, art. préc., n° 41.

⁹³⁶ J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, art. préc., n° 41 ; R. Martin, art. préc., n° 10.

⁹³⁷ Ou de « considérer que les clauses de nature réglementaire, une fois incorporées dans un contrat ou lorsque celui-ci opère un renvoi, prennent immédiatement une nature contractuelle aux yeux des parties. Le juge judiciaire pourrait donc, sur le fondement de l'article L. 132-1, les éradiquer du contrat si elles revêtent un caractère abusif, sans porter atteinte à la validité du règlement, sauvegardant ainsi le principe de la séparation des pouvoirs », v. J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, art. préc., n° 41.

⁹³⁸ J.-P. Chazal, v° Clauses abusives, art. préc., n° 41.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

tenir compte des « caractéristiques particulières » du service public⁹³⁹. Mais cela ne semble pas du tout choquant, à partir du moment où les clauses abusives ne peuvent pas faire l'objet d'une stigmatisation *a priori* et que leur appréciation doit se faire « en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion »⁹⁴⁰. Le juge judiciaire lui-même peut déclarer une clause d'un contrat abusive, alors que la même clause dans un autre contrat ne le sera pas.

En outre, la solution actuelle est plus satisfaisante du point de vue de la théorie juridique. En effet, il semble difficile de reprocher au professionnel d'avoir stipulé une clause abusive alors qu'il s'est contenté de reprendre une disposition réglementaire. Si c'est le juge administratif qui prononce l'illégalité d'un texte, « 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 »⁹⁴¹.

227. Proposition alternative : un contrôle *a priori* des clauses réglementaires⁹⁴². Reste qu'il n'est guère satisfaisant que l'on puisse trouver des contrats comportant des clauses abusives alors qu'ils ont été approuvés par l'autorité administrative. Dès lors, il serait utile de prévoir un contrôle *a priori* des contrats réglementés : l'idée serait de les soumettre au moment de leur élaboration à l'avis de la Commission des clauses abusives. Cela devrait être possible au moins pour tous les contrats réglementés prévus par le Code de la consommation et pour les contrats de services publics. Le contrôle *a posteriori* par le juge administratif resterait possible⁹⁴³, mais l'intervention de la Commission dans la formation des contrats réglementés pourrait avoir un effet préventif salutaire.

⁹³⁹ Pour des décisions dans lesquelles les juges se réclament de cette réserve pour écarter le caractère abusif d'une clause, v. TA Nîmes, 30 juin 2010 cité par M. DEPINCE, « Les leçons tirées de la soumission des services publics à caractère commercial et administratif au droit de la consommation », in « Le droit public de la consommation, dix ans après l'arrêt "Société des Eaux du Nord" », *Lamy droit public des affaires*, n° 158, juin 2011, p.1 s., spéc. p. 3 ; CAA Nantes, 29 décembre 2005, *AJDA* 26 juin 2006, p. 1289, note J. FIALAIRE.

⁹⁴⁰ Art. L. 132-1 al. 5 c. consom..

⁹⁴¹ X. Lagarde, art. préc..

⁹⁴² Cette proposition s'inspire des travaux de H. Hall et C. Tixador, rapport préc., p. 261 : « Les régulateurs devraient avoir pour rôle de mettre en place les conditions contractuelles générales pour la fourniture des services publics, d'élaboration des contrats types et ce toujours avec le concours des représentants des consommateurs. Ce moyen semble le seul efficace pour un contrôle *a priori* des clauses abusives pouvant figurer dans les contrats de services publics ».

⁹⁴³ *Contra*, v. H. Hall et C. Tixador, rapport préc., p. 261 qui semble cantonner le contrôle *a posteriori* au cas où le régulateur ne se serait pas prononcé : « Si le régulateur n'a pas participé à l'élaboration des contrats types dans les services publics, les clauses litigieuses devraient alors toujours être contrôlées dans le cadre de la directive », ce qui est inenvisageable en droit français car la Commission des clauses abusives est une autorité administrative consultative qui ne dispose pas de tels pouvoirs.

228. Conclusion de la section. Le lien entre liberté contractuelle et clause abusive nous permet de mieux cerner la notion de clause abusive. Une clause légale, c'est-à-dire conforme à une disposition législative, qu'elle soit impérative ou supplétive, ne peut être qualifiée d'abusives, tandis qu'une clause réglementaire peut l'être, mais uniquement par les juridictions de l'ordre administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir ou d'une question préjudicielle.

229. Conclusion du chapitre. La fonction du dispositif de lutte contre les clauses abusives est de sanctionner un abus de la liberté contractuelle ; il est donc un moyen d'encadrer ce pouvoir. Il en découle qu'en l'absence de liberté contractuelle, la qualification de clause abusive n'a pas de sens. C'est pourquoi ni une clause illicite ni une clause légale ne devraient recevoir cette qualification.

Reste à déterminer les cas où la qualification peut valablement jouer : lorsque le professionnel dispose *a priori* de sa liberté contractuelle⁹⁴⁴ ! Plus précisément, le champ de la liberté contractuelle se définit négativement par rapport à ce qui n'est pas libre : elle existe excepté en présence de dispositions impératives et excepté en cas de soumission au droit supplétif. Par conséquent, on en déduit qu'il y a liberté contractuelle – et donc potentiellement clause abusive – en l'absence de dispositions impératives, lorsque le contractant fait usage de sa liberté contractuelle, ce qui vise deux cas. Soit en présence de dispositions supplétives : le contractant use de sa liberté pour stipuler une clause qui y déroge⁹⁴⁵, par exemple en rédigeant une clause limitative ou exclusive de la garantie d'éviction du fait d'un tiers⁹⁴⁶ ; soit dans le silence de la loi : le contractant use de sa liberté pour créer une clause *sui generis*⁹⁴⁷, par exemple en stipulant une clause de médiation conventionnelle⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 553 : « La qualification [de clause abusive] n'a de portée autonome que si les contractants disposent de la liberté de principe de déterminer le contenu du contrat ».

⁹⁴⁵ G. TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », art. préc., spéc. p. 223 : « Auparavant faisons l'examen critique du principe qui est à la base des abus que l'on veut combattre. La liberté contractuelle fait du contrat la véritable loi des parties. Le corollaire effarant mais indiscuté suit donc : tous les articles du Code civil qui traitent des divers contrats sont de droit supplétif et peuvent être mis de côté par le simple accord apparent qui se constate dans un écrit ».

⁹⁴⁶ L'art. 1626 c. civ. oblige le vendeur à garantir l'acquéreur contre les risques d'éviction du fait d'un tiers ; cependant des clauses réduisant ou supprimant cette garantie sont admises dans la mesure où ce texte est supplétif (art. 1627 c. civ.).

⁹⁴⁷ H. ROLAND, v° *Sui generis*, in *Lexique juridique – Expressions latines*, 5^e éd., Litec, coll. Objectif Droit dico, 2010 : « De son propre genre ».

⁹⁴⁸ La médiation est un mode alternatif de règlement des litiges par lequel les parties tentent de trouver d'elles-mêmes une solution avec l'aide d'un tiers. Des dispositions organisent la médiation judiciaire (art. 131-1 à 131-15 c. proc. civ.), mais aucun texte ne régit la médiation conventionnelle, de telle sorte que les clauses qui la prévoient sont *sui generis*.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

Ainsi apparaît un nouvel élément de délimitation du domaine de la notion de clause abusive : cette qualification n'est envisageable que si la clause litigieuse est dérogoire au droit supplétif⁹⁴⁹ ou qu'elle est une œuvre *sui generis*.

Il reste à rechercher en quoi le second objet de la notion de clause abusive, à savoir le contrôle du contenu contractuel, permet d'élaborer de nouvelles frontières à la notion.

⁹⁴⁹ I. de LAMBERTERIE, « Les clauses abusives et le consommateur », Rapport français, *RIDC* 1982, p. 673, note n° 44 qui, à propos de l'avantage excessif conféré par les clauses abusives, relevait que « cet avantage [est] le plus souvent dérogoire au droit commun » ; M.-S. Payet, th. préc., n° 131 : « Une seule certitude en la matière : les stipulations abusives font partie des aménagements laissés au pouvoir de la volonté du Code civil. » ; *Ibid.*, n° 133 : « Les stipulations abusives concernées par l'article L. 132-1 du Code de la consommation sont donc, par définition, autorisées par le droit commun et naissent de la liberté contractuelle de leur auteur. De ce point de départ, naît une interrogation : une clause abusive déroge-t-elle, par nature, aux règles supplétives de volonté ? La réponse est, à l'évidence, positive [...]. Ainsi se trouve défini le domaine d'intervention du juge. Une clause abusive déroge, par nature, aux dispositions supplétives de la volonté ». Est-ce pour autant un critère d'identification des clauses abusives ?, v. *infra* n°s 469 s..

CHAPITRE II.

LE CONTROLE DU CONTENU CONTRACTUEL

230. Contenu contractuel et clause abusive. La stipulation d'une clause abusive, en tant qu'elle est indissociable d'un abus de liberté contractuelle, est exclue soit lorsque le professionnel est privé de celle-ci, soit lorsqu'il n'en use pas⁹⁵⁰. Pour pousser plus loin l'analyse, il faut se demander de quelle prérogative issue de la liberté contractuelle le professionnel est susceptible d'abuser.

La liberté contractuelle confère un triple pouvoir à son titulaire : contracter ou ne pas contracter, choisir librement son contractant, déterminer librement le contenu du contrat⁹⁵¹. Or c'est de ce troisième pouvoir dont le professionnel profite. En découle une information primordiale sur la qualification de clause abusive. Si elle n'est envisageable que lorsque le professionnel abuse de sa liberté de déterminer le contenu contractuel, il en résulte qu'elle est applicable seulement si l'abus résulte du fond, du contenu de la stipulation, et non de sa forme. Cette idée est contenue dans l'expression de « déséquilibre significatif des droits et obligations des parties au contrat »⁹⁵² qui montre que la clause abusive affecte le *negotium* du contrat, par opposition à l'*instrumentum*⁹⁵³. La notion de clause abusive permet ainsi de vérifier le bien fondé des obligations auxquelles le non-professionnel ou consommateur consent⁹⁵⁴. Ainsi, comme le résume Monsieur Lagarde, « l'abus se définit donc en considération d'un contenu ; c'est une notion de fond. C'est donc en bonne logique le contraire d'une notion de forme »⁹⁵⁵.

231. Forme contractuelle et obligation de transparence. Outre le mécanisme des clauses abusives de l'article L. 132-1 chargé de lutter contre les abus dans le contenu contractuel, le

⁹⁵⁰ V. *supra* n° 150 s..

⁹⁵¹ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 24.

⁹⁵² Art. L. 132-1 c. consom..

⁹⁵³ G. Paisant, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., n° 9.

⁹⁵⁴ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, n° 359 s., spéc. n° 362 ; X. LAGARDE, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », *D.* 2005, p. 2222 ; X. Lagarde, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », art. préc. : « Il n'y a de clause abusive qu'en l'état d'un contenu contractuel déséquilibré » ; P. LOKIEC, « Clauses abusives et crédit à la consommation », *RD banc. et fin.* mai-juin 2004, n° 3, p. 221, spéc. n° 6 ; J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 985, qui estime que le contrôle instauré à l'article L. 132-1 du Code de la consommation « est conçu comme celui du contenu du contrat, interventionniste et offensif, fondé sur l'idée que le consommateur seul n'est pas apte à se défendre et peut être assisté par le juge dans la protection de ses intérêts ».

⁹⁵⁵ X. Lagarde, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », note préc. et « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », art. préc..

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

Code de la consommation comporte aussi des dispositions relatives à « l'interprétation et la forme des contrats »⁹⁵⁶ conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, notamment l'article L. 133-2, issu de la loi du 1^{er} février 1995 :

« Les clauses des contrats proposés par des professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.

Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6 ».

Cette « obligation de clarté »⁹⁵⁷ découle directement de la directive du 5 avril 1993 qui pose cette même obligation, dite de transparence, dans le sens de ce « qui laisse paraître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer »⁹⁵⁸, dans son article 5 :

« Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible »⁹⁵⁹.

Cependant, cette exigence n'est pas pour autant nouvelle en droit français et « la jurisprudence assurait déjà la protection des consommateurs contre les pièges inhérents à la présentation et à la rédaction des documents contractuels que leur font signer les professionnels aux services desquels ils recourent ou dont ils achètent les produits »⁹⁶⁰. Elle s'explique par la conviction que « le libre choix et l'information permettent au consommateur de prendre une décision responsable et avertie qui lui assure protection de ses intérêts »⁹⁶¹.

L'obligation de transparence, qui « s'affiche comme un contrôle formel de l'incorporation de la clause dans le contrat considéré »⁹⁶², comporte une double exigence et de présentation et

⁹⁵⁶ C'est l'intitulé du Chapitre III du Titre III « Conditions générales des contrats » du Livre I^{er} « Information des consommateurs et formation des contrats » du Code de la consommation.

⁹⁵⁷ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 166. Sur la notion de transparence, v. G. PAISANT, « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », *Mélanges Roger Decottignies*, PUG, 2003, p. 233 s. ; J. Rochfeld, art. préc..

⁹⁵⁸ Dictionnaire Le Robert.

⁹⁵⁹ La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 (COM (2011) 635 final), pose aussi l'« obligation de transparence des clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle », à l'art. 82 de l'annexe I, qui dispose : « Lorsqu'un professionnel propose des clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle avec le consommateur au sens de l'article 7, il a l'obligation de veiller à ce qu'elles soient rédigées et communiquées de façon claire et compréhensible ».

⁹⁶⁰ G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc.. Dans le même sens, v. J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., spéc. n° 9 ; J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 983.

V. aussi pour ce constat antérieurement à la loi du 1^{er} février 1995, G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973, n° 91 s. ; B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 s. ; Fr. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, thèse Paris I, éd. 1994, n° 17 s. ; F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP* 1993, I, 3673.

⁹⁶¹ J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 984.

⁹⁶² J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 987.

de rédaction claire et compréhensible. Cela ressort clairement du texte français et c'est ainsi qu'est aussi interprété l'article 5 de la directive : « Le terme "clair" se rapporte à la présentation extérieure, le terme "compréhensible" à l'intelligibilité »⁹⁶³. En d'autres termes, les clauses d'un contrat de consommation doivent être formellement bien présentées et formellement bien rédigées. Les problèmes de forme contractuelle semblent donc être traités indépendamment de la question du déséquilibre contractuel⁹⁶⁴. Le vice atteignant la forme du contrat n'affecte donc en rien son équilibre, ni ne permet d'en préjuger.

232. Clause abusive et obligation de transparence. Pourtant, en pratique, la distinction entre les questions de contenu et de forme contractuels est loin d'être aussi claire, car des clauses formellement mal présentées ou rédigées sont souvent qualifiées d'abusives. Il faut donc se demander tour à tour si la présentation d'une clause (Section I) ou sa rédaction (Section II) peuvent induire, à elles seules, son caractère abusif.

SECTION I. PRESENTATION DE LA CLAUSE ET CARACTERE ABUSIF

233. Contenu de l'exigence de présentation claire. Comme le rappellent des auteurs, « le principe du consensualisme, en vigueur en droit français, conduit à admettre une liberté complète dans la présentation matérielle des documents contractuels »⁹⁶⁵. Néanmoins, l'article L. 133-2, alinéa 1^{er}, pose l'exigence de présentation claire des clauses contractuelles. Elle s'explique par le fait qu'en droit de la consommation, c'est le professionnel qui est le maître de la présentation formelle du contrat – étant entendu qu'il en est le plus souvent le rédacteur ou qu'il en utilise des modèles pré-rédigés. Les moins vertueux en profitent pour piéger le non-professionnel ou consommateur en essayant de lui « cacher » certaines clauses et en faisant tout pour ne pas attirer son attention sur celles-ci. Ce qui est à craindre, c'est que les professionnels entendent les opposer à leurs cocontractants alors qu'ils n'en ont pas eu connaissance. Cela peut se manifester de différentes manières.

⁹⁶³ H. MICKLITZ, « Atelier 4 : Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur (article 5) », in *La directive « Clauses abusives », 5 ans après, Evaluation et perspectives pour l'avenir*, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, p. 159.

⁹⁶⁴ L'idée est confortée par le fait que les clauses abusives et les exigences de bonne présentation et rédaction fassent l'objet de deux chapitres distincts du Code de la consommation, ainsi que par le titre de la loi du 1^{er} février 1995 qui fait la distinction : « Concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial ».

⁹⁶⁵ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, art. préc..

234. Clauses figurant sur le document contractuel principal. Bien que figurant sur le document contractuel principal – celui qui est signé par les parties – certaines stipulations ne sont guère accessibles au non-professionnel ou au consommateur, soit en raison de leur illisibilité⁹⁶⁶ (par exemple, due à la petitesse de leurs caractères), soit à cause de leur emplacement dans la convention⁹⁶⁷ (par exemple, une clause figurant au verso alors que la signature doit être apposée au recto ou celle noyée dans le corps du contrat).

235. Clauses ne figurant pas sur le document contractuel principal. Le défaut de présentation peut aussi résulter du fait que les stipulations qui sont censées lier le non-professionnel ou le consommateur figurent sur des documents annexes à celui qui est signé par lui. Plusieurs séries de cas sont envisageables à cet égard. Premièrement, les clauses sont imprimées sur des affiches ou écriteaux, mais le professionnel n'a pas attiré l'attention du non-professionnel ou du consommateur sur ces derniers⁹⁶⁸. Deuxièmement, elles sont portées sur des documents comme des brochures ou des conditions générales dont la remise n'est effectuée par le professionnel que postérieurement à la conclusion du contrat. Troisièmement, elles sont inscrites sur des documents que, par hypothèse, le non-professionnel ou le consommateur ne peut recevoir qu'ultérieurement à la conclusion du contrat, comme les factures, lettres de confirmation, tickets, bons de livraison⁹⁶⁹.

236. Clauses de consentement intégral et clauses de renvoi. Deux autres types de stipulations peuvent poser problème au regard de l'exigence de présentation claire des contrats de consommation. Il en est ainsi de celle, que nous dénommerons clause de consentement intégral, qui constate l'adhésion du signataire à toutes les clauses du contrat signé – et donc même à celles qui seraient illisibles ou mal placées. Il en est de même des clauses de renvoi en vertu desquelles le signataire du contrat adhère aux stipulations reproduites sur des documents annexes (brochures, conditions générales) – et ce même si le professionnel n'a pas donné à son cocontractant les moyens d'en prendre véritablement

⁹⁶⁶ Dans le même sens, v. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 122 ; H. Bricks, th. préc., n° 266 ; A. Karimi, th. préc., n° 390.

⁹⁶⁷ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 122 ; H. Bricks, th. préc., n°s 267 s. ; A. Karimi, th. préc., n° 391.

⁹⁶⁸ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 122 ; H. Bricks, th. préc., n° 244 s. ; A. Karimi, th. préc., n°s 395 s..

⁹⁶⁹ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 122 ; H. Bricks, th. préc., n°s 257 s. ; A. Karimi, th. préc., n° 399.

connaissance, en ne les mettant pas spontanément à sa disposition ou en prévoyant leur remise ultérieurement à la signature⁹⁷⁰.

237. Absence de sanction prévue et conséquences. Ces diverses pratiques sont choquantes et méritent sans aucun doute d'être punies. Néanmoins, l'article 133-2 du Code de la consommation ne prévoit pas de sanction spécifique en cas d'inobservation de l'exigence de présentation claire des clauses contractuelles⁹⁷¹, ce qui conduit irrémédiablement à s'interroger sur celle qui pourrait venir combler cette lacune et à déterminer notamment si une clause mal présentée peut être déclarée abusive sur le seul fondement du vice dans sa présentation. Il arrive, en pratique, que ce soit le cas (§ 1), ce qui est regrettable car les deux exigences se distinguent clairement en théorie (§ 2). Il serait donc préférable que les clauses mal présentées soient sanctionnées, comme en droit commun, par leur inopposabilité (§ 3).

§1. En pratique : le sort contrasté des clauses mal présentées

238. Plan. À l'heure actuelle, les clauses formellement mal présentées ne sont pas sanctionnées de manière uniforme en pratique : parfois qualifiées d'abusives, elles ne le sont pas toujours. Cette divergence existe qu'il s'agisse des clauses figurant sur le document contractuel principal (A), de celles figurant sur un autre document (B), des clauses dites de consentement intégral (C) ou de renvoi (D).

A. Sort des clauses figurant sur le document contractuel principal

239. Plan. La Commission des clauses abusives a toujours dénoncé les clauses mal présentées, mais sans pour autant les qualifier d'abusives (1), ce qu'au contraire, la jurisprudence n'a pas hésité à faire (2).

1. Des clauses non abusives selon la Commission des clauses abusives

240. Les recommandations positives. La Commission s'est rapidement saisie de la question des clauses mal présentées dans le document contractuel principal. En effet, dès la

⁹⁷⁰ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 122 ; H. Bricks, th. préc., n°s 252 s. ; A. Karimi, th. préc., n° 398.

⁹⁷¹ En revanche, l'alinéa 2 de l'article L. 133-2 du Code de la consommation prévoit une sanction pour le défaut de rédaction de la clause, v. *infra* n°s 278 s.. Rien d'étonnant à cela puisque l'article 5 de la directive du 5 avril 1993 ne prévoit, lui aussi, aucune sanction.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

recommandation n° 82-01 relative aux contrats proposés par les transporteurs terrestres de marchandises et les commissionnaires de transport⁹⁷², elle recommande :

« A. - 2° que les conditions générales susceptibles d'être opposées à l'expéditeur ou au destinataire soient intégralement, lisiblement et clairement reproduites sur le document qui leur est respectivement remis avant la conclusion du contrat ;

3° que, lors de la conclusion du contrat, la signature des contractants soit apposée au bas des conditions générales »⁹⁷³.

Comme on le voit, elle a même fait preuve d'innovation dans ce domaine, en adoptant des recommandations positives⁹⁷⁴ qui suggéraient des modifications dans la présentation formelle de certains documents contractuels, par exemple, qu'ils soient imprimés avec des caractères dont la hauteur ne soit pas inférieure au corps 8 ou qu'ils soient signés en bas de chaque page comportant des obligations pour le consommateur. La Commission cible ainsi les deux problèmes majeurs, à savoir le défaut de lisibilité de la clause ou encore la question de son emplacement, d'où l'exigence d'une signature après les conditions générales⁹⁷⁵. Cependant, ces pratiques n'étaient pas pour autant jugées abusives au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. La Commission semble donc faire la distinction entre l'exigence de présentation claire et celle d'un contenu équilibré, comme en atteste son avis n° 07-02⁹⁷⁶ dans lequel elle affirme que la clause litigieuse n'est pas abusive⁹⁷⁷, mais que

« cette appréciation est indépendante du point de savoir si compte tenu de la présentation des documents contractuels (renvois successifs et utilisation de petits

⁹⁷² *Recomm.* n° 82-01, *BOCC* 27/03/1982.

⁹⁷³ Nous soulignons.

⁹⁷⁴ Sur cette notion, v. G. Paisant, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., n° 8 : la recommandation positive « vise à l'insertion de nouveaux éléments dans les modèles de contrats », contrairement à la recommandation négative qui « se limite à préconiser l'élimination des clauses qui selon l'appréciation de la Commission présentent un caractère abusif » ; J. GHESTIN, « Les recommandations de la Commission », *Rev. conc. consom.* 1998, n° 105, *La protection du consommateur contre les clauses abusives*, p. 14, spéc. p. 17 s..

⁹⁷⁵ 1) Sur la lisibilité et l'emplacement de la clause, v. *Recomm.* n° 82-02, A-2° *BOCC* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 82-03, *BOCC* 22/12/1982 ; *Recomm.* n° 85-02, A-1°, A-3°, *BOCC* 04/09/1985 ; *Recomm.* n° 87-02, 1°, 2°, *BOCCRF* 13/08/1987 ; *Recomm.* n° 87-03, I-3°, I-4°, *BOCCRF* 16/12/1987 ; *Recomm.* n° 91-01, A, *BOCCRF* 06/09/1991 ; *Recomm.* n° 91-04, I-1°, I-2°, *BOCCRF* 06/09/1991 ; *Recomm.* n° 94-02, I-1°, I-3°, *BOCCRF* 27/09/1994.

2) Sur l'emplacement de la clause seulement, v. *Recomm.* 85-03, A-2°, *BOCC* 04/11/1985 ; *Recomm.* n° 85-04, III-1°, *BOCC* 06/12/1985 ; *Recomm.* n° 86-01, A-1°, A-2°, A-3°, *BOCCRF* 11/03/1986 ; *Recomm.* 89-01, III-1°, *BOCCRF* 14/07/1989.

3) Sur la lisibilité de la clause seulement, v. *Recomm.* n° 90-01, A-2°, *BOCCRF* 28/08/1990 ; *Recomm.* n° 94-04, *BOCCRF* 27/10/1994, rect. 09/12/1994 ; *Recomm.* n° 94-05, 1°-C et 2°-C, *BOCCRF* 28/12/1994 ; *Recomm.* n° 95-02, *BOCCRF* 25/08/1995 ; *Recomm.* n° 96-02, *BOCCRF* 03/09/1996 ; *Recomm.* n° 97-01, A, *BOCCRF* 17/06/1997 ; *Recomm.* n° 00-01, A, *BOCCRF* 22/06/2000 ; *Recomm.* n° 02-02, A-1°, *BOCCRF* 30/05/2001.

⁹⁷⁶ Relatif à un contrat de téléphonie mobile.

⁹⁷⁷ Il s'agissait d'une clause fixant à vingt-quatre mois la durée initiale du contrat qui n'a pas été jugée abusive dans la mesure où elle prévoyait la possibilité de résiliation pour motifs légitimes.

caractères), le consommateur a pu avoir une connaissance effective de cette durée minimale de 24 mois au moment de son engagement »⁹⁷⁸.

241. Dernière doctrine. Dernièrement, la Commission a néanmoins abandonné les recommandations positives en la matière (depuis la recommandation n° 2002-02), et se contente de relever les défauts de forme dans les considérants introductifs des recommandations :

« Considérant [...] que la Commission déplore également que, lorsqu'un document contractuel est effectivement remis au non-professionnel ou au consommateur, celui-ci manque parfois de lisibilité contrairement aux exigences de l'article L. 133-2 du code de la consommation »⁹⁷⁹.

Les clauses mal présentées figurant dans le document contractuel signé sont donc toujours dénoncées, mais elles ne sont pas considérées comme abusives.

2. Des clauses abusives en jurisprudence

242. Caractère abusif des clauses mal présentées⁹⁸⁰. Alors que les juges du fond étaient déjà favorables au fait de déduire le caractère abusif d'une clause du vice tenant à sa présentation formelle⁹⁸¹, la Cour de cassation s'est prononcée clairement en faveur de cette solution. En effet, dans un arrêt en date du 14 novembre 2006⁹⁸², la première chambre civile n'hésite pas à affirmer :

« Mais attendu que, ayant souverainement estimé que, par comparaison avec les rubriques précédentes et non par rapport aux conditions générales et particulières figurant au verso, la clause litigieuse 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, qui a 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, en a, à bon droit, ordonné la suppression, comme étant abusive »⁹⁸³.

⁹⁷⁸ Nous soulignons.

⁹⁷⁹ *Recomm.* n° 10-01, *BOCCRF* 25/05/2010. V. également *Recomm.* n° 10-02, *BOCCRF* 25/06/2010 ; *Recomm.* n° 11-01, *BOCCRF* 26/04/2012.

⁹⁸⁰ C'est aussi l'avis de Madame Bricks in *Les clauses abusives*, th. préc., n°s 261 s..

⁹⁸¹ TI Vienne, 14 mars 2003, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 118, note G. RAYMOND, selon lequel sont abusives deux clauses d'un contrat de crédit à la consommation, notamment en raison des défauts dans leur présentation formelle, à savoir la petitesse des caractères et le fait qu'une clause soit portée au verso du contrat.

⁹⁸² Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, 04-17.578, *Bull. civ.* n° 489, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », *Contrats, conc. consom.* 2007, ét. 2, p. 5, *D.* 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2007, II, 10056, G. PAISANT ; *RLDC* 2007, n° 35, p. 12, obs. S. DOIREAU ; *RLDC* 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; *RTD com.* 2007, p. 437, obs. B. BOULOC.

⁹⁸³ Nous soulignons.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

La solution est on ne peut plus claire : le défaut de présentation d'une clause du contrat signé implique *ipso facto* son caractère abusif.

B. Sort des clauses ne figurant pas sur le document contractuel principal

243. Commission des clauses abusives. Il existe peu d'éléments, à notre connaissance sur le sort des clauses ne figurant pas sur le document contractuel principal. Seule la Commission des clauses abusives a dénoncé la pratique des professionnels consistant à stipuler des clauses sur d'autres supports que le contrat signé, sans pour autant que l'attention de leur contractant soit attirée sur elles. Elle a notamment exigé que lorsque des stipulations étaient affichées, elles devaient l'être de façon apparente en vue d'attirer l'attention du non-professionnel ou du consommateur⁹⁸⁴, et que lorsque les clauses étaient portées sur des documents annexes (brochures, conditions générales), ceux-ci devaient lui être remis avant la conclusion du contrat⁹⁸⁵. La Commission n'a cependant jamais jugé ces clauses abusives.

243 bis. Le décret du 18 mars 2009. Ce décret vise expressément ce type de stipulations dans la liste noire. Le début de l'article R. 132-1, 1°, du Code de la consommation présume, en effet, irréfragablement abusives les clauses qui tendent à :

« Constaté l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il accepte ».

C. Sort des clauses de consentement intégral

244. Plan. Les mentions qui constatent l'adhésion à toutes les clauses du contrat signé sont parfois considérées comme abusives (1) et parfois non (2).

1. Caractère abusif selon la Commission des clauses abusives et la jurisprudence

245. Dans la recommandation de synthèse de la Commission des clauses abusives⁹⁸⁶. La dénonciation de ces clauses y est claire, vu que la Commission recommande que « soient présumées abusives » les clauses qui ont pour objet ou pour effet de :

« 1° constater l'adhésion du non-professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles dont il n'a pas eu une connaissance effective au moment de la formation du contrat, soit en raison de la présentation matérielle des

⁹⁸⁴ *Recomm.* n° 82-01, A-1°, *BOCC* 27/03/1982, *Recomm.* n° 84-02, A-1°, *BOCC* 05/12/1984.

⁹⁸⁵ *Recomm.* n° 82-02, A-1°, *BOCC* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 84-02, A-2°, *BOCC* 05/12/1984.

⁹⁸⁶ *Recomm.* de synthèse n° 91-02, *BOCCRF* 06/09/1991.

documents contractuels, notamment de leur caractère illisible ou incompréhensible [...] »⁹⁸⁷.

La Commission semble très attachée à cette solution comme en atteste l'avis qu'elle a donné en 2008 sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁹⁸⁸. Elle a, en effet, proposé de considérer comme abusives les stipulations visant à :

« Constaté l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses [...] dont il n'a pas eu l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ».

246. En jurisprudence. La question du sort des clauses de consentement intégral a été peu abordée en jurisprudence. Un arrêt de la cour d'appel de Rennes en date du 14 octobre 2005⁹⁸⁹ va toutefois dans le sens de la reconnaissance de leur caractère abusif. En effet, en l'espèce, la cour d'appel affirme que ne sont pas abusives les clauses d'un contrat de crédit à la consommation figurant au verso du contrat de prêt, bien qu'elles n'aient pas été signées par les emprunteurs, car ceux-ci ont pu en prendre effectivement connaissance du fait de la mention, sous leur signature, selon laquelle « ils déclarent accepter l'offre préalable et, après en avoir pris connaissance, adhérer à toutes les conditions figurant au verso et au recto ». *A contrario* si le non-professionnel ou le consommateur n'avait pu en prendre connaissance, la clause aurait été abusive.

2. Caractère non abusif selon les listes réglementaires de clauses abusives

247. Évolution récente des listes réglementaires de clause abusives. Tandis qu'elles avaient toujours considéré comme abusives les clauses constatant l'adhésion à toutes les stipulations, même mal présentées, du contrat principal, les listes réglementaires ont récemment renoncé à cette position.

248. L'annexe à la directive du 5 avril 1995 et à l'article L. 132-1, dans sa version du 1^{er} février 1995. Dans sa version issue de la loi du 1^{er} février 1995, était annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation « une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier

⁹⁸⁷ Nous soulignons.

⁹⁸⁸ Annexe III, in *Rapport d'activité pour l'année 2008*, BOCCRF 05/03/09.

⁹⁸⁹ CA Rennes, 14 octobre 2005, consultable sur le site Internet de la Commission des clauses abusives, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/car051014f.htm>.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

alinéa », cette liste étant directement reprise de l'annexe à la directive communautaire du 5 avril 1993. Or cette annexe visait les clauses ayant pour objet ou pour effet :

« i) de constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ».

Cette formulation très générale permettait de considérer comme abusives les clauses de renvoi à des stipulations à la typographie ou à l'emplacement peu accessibles, puisque, dans ce cas, le non professionnel ou le consommateur n'avait pas l'occasion d'en prendre valablement connaissance. Encore fallait-il, selon l'article L. 132-1, alinéa 3, que ces clauses remplissent les conditions de l'alinéa 1^{er} à savoir qu'elles créent un déséquilibre significatif. Cette solution a été modifiée par le décret du 18 mars 2009.

249. Le décret du 18 mars 2009. Ce texte a supprimé l'ancienne liste « blanche » pour instaurer une liste « noire » et une liste « grise », respectivement aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation. Or le point i) de l'annexe n'a pas été repris à l'identique. En effet, l'article R. 132-1, 1^o est réducteur par rapport à l'ancienne annexe, car il ne vise plus que les clauses ne figurant pas sur le document contractuel principal. Ainsi, aujourd'hui, plus aucune disposition réglementaire ne semble considérer comme abusives les clauses constatant l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à toutes les stipulations du contrat qu'il signe. Cette solution semble délibérée puisque la Commission des clauses abusives avait proposé, dans son avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁹⁹⁰, une formulation plus large englobant les clauses figurant sur le document principal et celles n'y figurant pas, formulation que les auteurs du décret n'ont pas reprise.

D. Sort des clauses de renvoi

250. Solution répandue. Il existe une tendance forte et ancienne consistant à considérer comme abusives les clauses de renvoi, dès lors que le non-professionnel ou consommateur n'a pas pu prendre connaissance, avant la conclusion du contrat, des documents annexes auxquels il est renvoyé. On la retrouve aussi bien dans les listes réglementaires de clauses abusives que dans les travaux de la Commission des clauses abusives et en jurisprudence⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ *Rapport d'activité pour l'année 2008, annexe III, préc.*

⁹⁹¹ Ainsi qu'en doctrine. Il est frappant de constater que la première thèse consacrée aux clauses abusives dénonçait ces pratiques comme des clauses abusives, v. H. Bricks, th. préc., n^{os} 243 s.

251. Une tendance ancienne (1) : le décret du 24 mars 1978⁹⁹² et son annulation. Le décret du 24 mars 1978 prévoyait en son article 1^{er} :

« Dans les contrats conclus entre des professionnels, d'une part, et, d'autre part, des non-professionnels ou des consommateurs, est interdite comme abusive au sens de l'alinéa premier de l'article 35 de la loi susvisée la clause ayant pour objet ou pour effet de constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe »⁹⁹³.

En d'autres termes, cette disposition condamnait comme abusives les clauses de renvoi. Cette interdiction était très large car elle condamnait la stipulation même d'une clause de renvoi et ce même si le professionnel mettait le consommateur en mesure de consulter les documents annexes⁹⁹⁴.

Néanmoins, cette disposition a été annulée par le Conseil d'État, dans une décision en date du 3 décembre 1980⁹⁹⁵ au motif qu'elle ne rentrait pas dans les catégories de clauses visées par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978⁹⁹⁶ :

« Le Gouvernement a interdit une clause dont l'objet peut porter sur des éléments contractuels autres que ceux limitativement énumérés dans cet alinéa, qui ne révèle pas dans tous les cas un abus de puissance économique et qui ne confère pas nécessairement un avantage excessif aux professionnels ».

252. Une tendance ancienne (2) : l'annexe à la directive du 5 avril 1993 et à l'article L. 132-1, dans sa version du 1^{er} février 1995. La formulation très générale du point i) de l'annexe permettait de déclarer abusives les clauses de renvoi aux stipulations figurant sur des documents annexes, dès lors que le non-professionnel ou le consommateur n'avait pu en prendre effectivement connaissance.

⁹⁹² D. n° 78-464, *JORF* 01/04/0978.

⁹⁹³ Nous soulignons.

⁹⁹⁴ H. Bricks, th. préc., n° 161 : « L'application de l'article 1^{er} du décret de 1978 posait des problèmes pratiques incontestables. L'interdiction des clauses de renvoi rendait nécessaire l'apposition, par l'adhérent, de sa signature au bas de chaque page du document contractuel. Pour des conventions particulièrement « volumineuses » (comme le contrat d'assurance), ce formalisme pouvait paraître fastidieux et souvent inutile ; inutile car, pour le consommateur, signer au bas d'une page ne signifie pas nécessairement que celle-ci a fait l'objet d'une lecture attentive ».

⁹⁹⁵ CE, 3 décembre 1980, *D.* 1981, p. 228, note C. LARROUMET ; *JCP G* 1981, II, 19502, concl. M.-D. HAGELSTEEN, *RTD com.* 1981, p. 340, obs. J. HEMARD.

⁹⁹⁶ Certains ont regretté cette annulation, v. par ex., H. Bricks, th. préc., n° 161 : « L'annulation de cette disposition par le Conseil d'État nous paraît cependant regrettable. Interdire les clauses de renvoi, exiger la signature du consommateur sur chaque document ne garantit pas, il est vrai que le consommateur va effectivement prendre connaissance des diverses mentions indiquées. Cette exigence garantit cependant que, si tel est son désir, le consommateur pourra être informé au moment de la conclusion du contrat de toutes ses conditions de formation et d'exécution ».

253. Une tendance actuelle (1) : le décret du 18 mars 2009. L'article R. 132-1 du Code de la consommation, issu de ce décret, prévoit que « sont de manière irréfragables présumées abusives, au sens des dispositions des premier et troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

« Constaté l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses [...] qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion »⁹⁹⁷.

Il apparaît que les clauses de renvoi ne sont abusives en elles-mêmes. Elles le sont uniquement si le document auquel il est renvoyé n'est pas précisé dans le contrat principal et si le non-professionnel ou consommateur n'a pas été placé en mesure d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat.

254. Une tendance actuelle (2) : les recommandations de la Commission des clauses abusives. À plusieurs reprises, la Commission a condamné les clauses de renvoi⁹⁹⁸ que ce soit par des recommandations particulières⁹⁹⁹ ou dans la recommandation de synthèse¹⁰⁰⁰ selon laquelle doivent être présumées abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de :

« 1° Constaté l'adhésion du non-professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles dont il n'a pas eu une connaissance effective au moment de la formation du contrat, [...] soit en l'absence de justification de leur communication réelle au consommateur ».

255. Une tendance actuelle (3) : la jurisprudence. La position de la jurisprudence sur les clauses de renvoi a été notamment affirmée dans un arrêt du 10 avril 1996¹⁰⁰¹. Alors que la cour d'appel avait énoncé :

« Qu'en droit et de façon générale, sont abusives les clauses qui n'apparaissent pas clairement et en toutes lettres très apparentes dans le contrat spécifique de l'assuré, le seul qui l'intéresse et qui définit les modalités particulières de son contractant »,

⁹⁹⁷ Sur ce texte, v. not. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 648.

⁹⁹⁸ Elle a aussi recommandé l'affichage des conditions générales de manière apparente, v. *Recomm.* n° 82-01, A-1°, *BOCC* 27/03/1982.

⁹⁹⁹ *Recomm.* n° 80-05, C-1°, *BOSP* 26/11/1980 ; *Recomm.* n° 82-01, B-1°, *BOSP* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 82-02, B-1°, *BOSP* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 84-02, A-2°, *BOSP* 05/12/1984 ; *Recomm.* n° 87-01, 1°, *BOSP* 20/03/1987 ; *Recomm.* n° 91-01, B-1°, *BOCCRF* 06/09/1992 ; *Recomm.* n° 94-05, 1°-B-5, *BOCCRF* 28/12/1994 ; *Recomm.* n° 99-02, 1°, *BOCCRF* 27/07/1999 ; *Recomm.* n° 04-02, 1°, *BOCCRF* 06/09/2004.

¹⁰⁰⁰ *Recomm.* de synthèse n° 91-02, *BOCCRF* 06/09/1991.

¹⁰⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, *Bull. civ.* I, n° 177, p. 123, *Assur. fr.* 1996, n° 723, obs. L. FONLLADOSA ; *Contrats, conc. consom.* 1996, comm. 113, note G. RAYMOND ; *JCP* 1996, II, 22694, note G. PAISANT et H. CLARET ; *RGDA* 1997, 135, note M. H. MALLEVILLE ; *RTD civ.* 1997, p. 118, obs. J. MESTRE.

la première chambre civile de la Cour de Cassation estime :

« Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que, dans les conditions particulières de la police, l'assuré avait reconnu avoir reçu un exemplaire des conditions générales et du tableau des garanties annexé à celles-ci et alors que le renvoi fait dans les conditions particulières de la police aux conditions générales ne révélait pas un abus de puissance économique de l'assureur et ne lui conférait aucun avantage excessif, la cour d'appel a violé le texte susvisé [art. L. 132-1 c. consom. dans sa rédaction antérieure à la loi du 1^{er} février 1995] ».

Certes, en l'espèce, la Cour valide la clause de renvoi et lui dénie tout caractère abusif. Cependant, elle ne le fait qu'après avoir retenu que le consommateur avait reçu un exemplaire du document annexe auquel la clause de renvoi faisait référence. En d'autres termes, la clause de renvoi n'est pas abusive dans la mesure où le consommateur a eu la connaissance effective des conditions générales¹⁰⁰². *A contrario*, il est possible d'en déduire que les clauses de renvoi à des documents annexes sont abusives si le non-professionnel ou le consommateur n'a pas été mis en mesure d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat.

256. Conclusion. Le traitement des clauses mal présentées est très variable selon l'autorité qui se prononce, les époques et le type de stipulations en cause, ce qui est regrettable. Quand elles sont considérées abusives, c'est parce, le plus souvent, que le non-professionnel ou le consommateur n'a pas pu en prendre effectivement connaissance. Cette justification est inadéquate, car elle témoigne d'une confusion entre les objets respectifs de l'exigence de clause équilibrée et de celle de présentation claire. Or, selon nous, ces objets doivent être clairement distingués.

§ 2. La distinction théorique entre clause mal présentée et clause abusive

257. Clause abusive et objet du contrat. Selon nous, il est juridiquement inexact de dire qu'une clause est abusive, au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, seulement parce qu'elle est mal présentée. En effet, la notion de clause abusive a pour objet de contrôler le contenu contractuel, afin qu'il ne présente pas de déséquilibre significatif¹⁰⁰³. Si l'on en revient à la théorie générale des contrats, elle apparaît comme une circonstance qui affecte l'exigence d'un « objet certain qui forme la matière de l'engagement »¹⁰⁰⁴. Ainsi

¹⁰⁰² Dans le même sens, v. Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2009, *RDI* 2009, p. 369, obs. D. NOGUÉRO, qui relève que les « conditions générales ont été remises à l'assuré préalablement à la signature du contrat ».

¹⁰⁰³ V. *supra* n° 230.

¹⁰⁰⁴ Art. 1108 c. civ..

permet-elle d'assurer un meilleur équilibre des prestations contractuelles¹⁰⁰⁵. Or, dire qu'une clause est abusive parce qu'elle est mal présentée revient à attribuer à cette notion la fonction de protection du consentement du non-professionnel ou consommateur, ce qui n'est pas sa vocation¹⁰⁰⁶.

258. Clause mal présentée et existence du consentement. Les exigences de forme en général, et l'exigence d'une présentation claire posée par l'article L. 133-2 du Code de la consommation en particulier, ont un objet très différent de celui des clauses abusives. Il ne s'agit plus de préserver le contrat contre un contenu abusif, déséquilibré, mais d'assurer « la protection du consentement du consommateur, avec pour finalité de rétablir l'autonomie de la volonté des parties au contrat »¹⁰⁰⁷. En effet, la mauvaise présentation des clauses emporte un doute sur le fait que le non-professionnel ou le consommateur ait pu en prendre valablement connaissance. Dès lors la problématique soulevée est relative à l'existence du consentement¹⁰⁰⁸, autre condition de formation du contrat¹⁰⁰⁹. Plus précisément, il y a bien eu consentement, c'est-à-dire rencontre des volontés entre le professionnel et le non-professionnel ou le consommateur, mais une question se pose quant à l'étendue de l'acceptation de ce dernier, sachant qu'« on ne peut accepter que ce que l'on connaît »¹⁰¹⁰, ce qui n'est pas le cas lorsque les clauses lui sont inaccessibles en raison de leur présentation.

¹⁰⁰⁵ A cet égard, les auteurs d'ouvrages de droit des obligations présentent la théorie des clauses abusives dans la partie consacrée à l'objet, v. C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. III, 6^e éd., Economica, 2007 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 319 s. *Contra*, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15^e éd., Sirey, coll. Université, 2012, n° 185 s. placée dans la partie concernant l'existence du consentement.

Le constat vaut aussi pour les ouvrages de droit de la consommation, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, qui distingue « L'exigence d'un consentement éclairé » (Partie 1, Chapitre 3, Section 1) de celle « de clauses équilibrées » (Partie 1, Chapitre 3, Section 2) ; H. DAVO, Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey, coll. Université, 2010, dans lequel le chapitre consacré aux clauses abusives figure dans un titre sur « l'exigence d'équilibre contractuel » distinct de celui sur « la protection du consentement ».

¹⁰⁰⁶ La notion de clause abusive au sens de la loi du 10 janvier 1978 pouvait contenir une fonction de protection du consentement, car l'expression « abus de puissance économique » faisait penser à un vice du consentement (contrainte). La notion au sens de la loi du 1^{er} février 1995 est, par contre, détachée de ce genre de préoccupation, le caractère abusif de la stipulation s'appréciant de manière objective à la lumière de son seul contenu, et non en tenant compte de considérations subjectives tenant au professionnel ou au non-professionnel ou consommateur.

¹⁰⁰⁷ P. Lokiec, « Clauses abusives et crédit à la consommation », art. préc., spéc. n° 1. Dans le même sens, v. aussi N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n° 572, selon laquelle l'art. L. 133-2 al. 1 c. consom. a « vocation à protéger le consentement du consommateur lors de la formation du contrat ».

¹⁰⁰⁸ A. Karimi, th. préc., n° 389 s., qui place les développements relatifs aux clauses mal présentées dans une partie intitulée « On a invoqué l'absence de consentement pour déclarer certaines clauses inopposables au consommateur ».

¹⁰⁰⁹ Art. 1108 c. civ..

¹⁰¹⁰ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 122.

Cet objectif de protection du consentement par l'obligation de clarté a d'ailleurs été affirmé dans le considérant 19 de la directive communautaire du 5 avril 1993, expliquant l'objet de l'article 5 (posant l'obligation de transparence) :

« Considérant que les contrats doivent être rédigés en termes clairs et compréhensibles ; que le consommateur doit avoir effectivement l'occasion de prendre connaissance de toutes les clauses ».

La distinction entre les deux problématiques a aussi été clairement identifiée en doctrine¹⁰¹¹. Ainsi Monsieur Stoffel-Munck résume très bien la situation :

« *La première démarche délimite le champ des stipulations a priori obligatoires parce que véritablement acceptées. La seconde démarche consiste à trier parmi les clauses acceptées celles qui sont ou non raisonnables. Dans le premier cas, l'analyse juridique porte sur l'ampleur du consentement lucide et dérive du principe même de l'autonomie de la volonté. La clef de voûte du raisonnement est la considération de la compétence intellectuelle de l'adhérent ; on se demande ce qui est réellement compris, aux deux sens du terme, dans son engagement* »¹⁰¹².

259. Indépendance et cumul des qualifications. N'ayant pas le même objet, les qualifications sont indépendantes l'une de l'autre : la clause abusive vise à lutter contre un déséquilibre du contenu contractuel, tandis que la clause mal présentée dénote un vice de clarté et de lisibilité dans la présentation du contrat. C'est pourquoi il nous semble inexact d'affirmer, comme on peut le trouver en pratique, qu'une stipulation est abusive du seul fait qu'elle est mal présentée, car l'abus ne peut être constitué que par un déséquilibre au fond, et non par un vice de forme. Une clause mal présentée, en tant que telle, ne déséquilibre aucunement le contrat.

Néanmoins, les qualifications ne sont pas pour autant exclusives l'une de l'autre : une clause mal présentée peut aussi bien être équilibrée que déséquilibrée. En effet, si elle ne peut

¹⁰¹¹ Not. dans les différents commentaires de la loi du 1^{er} février 1995, v. J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., qui oppose « A. Un traitement classique des clauses "obscurcs" » et « B. Un traitement classique des clauses abusives stricto sensu » ; G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., qui distingue « I. Les clauses abusives » et « II. Présentation et interprétation des contrats ».

V. aussi J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.* : le n° 166 consacré à l'« obligation de clarté » se trouve dans un § 1 « Moyens susceptibles d'éclairer le consentement » dans la section 1 « L'exigence d'un consentement éclairé » du Chapitre consacré aux conditions générales des contrats, tandis que la section 2 du même chapitre est consacrée à « L'exigence de clauses équilibrées » ; G. Paisant, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., n° 9.

V. enfin Fr. Labarthe, th. préc., n° 28 : cet ouvrage étant consacré à cerner l'ampleur du champ contractuel volontaire, il est donc particulièrement significatif de voir que l'auteur distingue les clauses abusives de cette problématique ; Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 359 s.

¹⁰¹² Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 358, selon lequel, les clauses mal présentées devraient être nommées « clauses déceptives » car elles « occasionnent une surprise pour le contractant qui ne les avaient pas aperçues » et « leur présentation [...] trompe le contractant quant à la portée de son engagement ».

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

être abusive sur le fondement de sa présentation en elle-même, elle peut l'être en raison du déséquilibre significatif qu'elle crée entre les droits et obligations des parties au contrat. En pratique, ce sera souvent le cas, car il est fort probable que le professionnel « cache » formellement une clause parce qu'il cherche, en réalité, à dissimuler son déséquilibre substantiel. Ce ne sera pas pour autant systématique et il est tout à fait concevable que la clause litigieuse soit mal présentée et pourtant tout à fait équilibrée.

Se pose alors la question de la sanction du défaut de présentation de la clause. D'abord parce que face à une clause mal présentée mais équilibrée, il semble faux de la qualifier d'abusives ; ensuite parce que face à une clause qui cumulerait et un vice de forme et un contenu contractuel déséquilibré, il faut déterminer si l'on applique la sanction des clauses abusives ou si le défaut de forme n'a pas de sanction propre qui soit tout aussi efficace.

§ 3. Le retour à la sanction traditionnelle des clauses mal présentées : l'inopposabilité

260. L'inopposabilité, sanction de droit commun. Certes l'article L. 133-2 du Code de la consommation ne prévoit pas de sanction spécifique à la violation de l'exigence de présentation transparente des stipulations contractuelles, mais ce texte n'est que la consécration d'une jurisprudence déjà existante, de telle sorte que « les solutions anciennes devraient prévaloir : les clauses mal présentées seront inopposables au consommateur »¹⁰¹³.

En effet, cette sanction s'était imposée dès avant la loi du 1^{er} février 1995. Mettant fin à l'idée que l'acceptation du contrat impliquait nécessairement un consentement « en bloc » à toutes ses stipulations, les juges ont peu à peu contrôlé l'adhésion du cocontractant à chacune des différentes clauses de la convention¹⁰¹⁴. C'est ainsi qu'ils ont décidé que dès lors que la présentation de la clause ne lui permettait pas d'en avoir eu effectivement connaissance, elle n'avait pu être valablement acceptée : elle est donc hors du champ de son consentement et lui est, dit-on, inopposable¹⁰¹⁵.

C'est cette même solution qu'avait préconisée la commission de refonte du droit de la consommation¹⁰¹⁶ :

¹⁰¹³ G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., spéc. n° 40.

¹⁰¹⁴ C'est une solution du droit commun, qui ne protège pas seulement les non-professionnels et les consommateurs.

¹⁰¹⁵ Il ne s'agit cependant pas d'une inopposabilité, au sens où ce mot est ordinairement entendu (inopposabilité aux tiers).

¹⁰¹⁶ *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., art. 97 et *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., art. L. 97.

« Les clauses peu lisibles en raison de leur présentation ou incompréhensibles en raison de leur rédaction sont inopposables au consommateur ».

L'inopposabilité est applicable aussi bien aux stipulations figurant sur le document contractuel principal qu'à celles figurant sur des documents annexes, aux clauses de consentement intégral qu'à celles de renvoi.

261. Clauses figurant sur le document contractuel signé (1) : inopposabilité des clauses en raison de leur illisibilité. De nombreux arrêts déclarent inopposables des stipulations écrites en caractères minuscules, voire microscopiques¹⁰¹⁷, ou avec une encre si pâle qu'elle tend à se confondre avec la couleur du papier¹⁰¹⁸.

262. Clauses figurant sur le document contractuel signé (2) : inopposabilité des clauses en raison de leur emplacement sur ce document. La jurisprudence a déclaré inopposables à l'adhérent les stipulations figurant sur le document principal, mais qui sont inscrites soit à la suite de sa signature, soit au verso du document bien que sa signature se trouve au recto¹⁰¹⁹, et ce alors qu'aucune mention n'invite le souscripteur à s'y reporter.

A *contrario* lorsqu'il existe une mention imprimée avant la signature selon laquelle, en substance, le signataire déclare avoir pris connaissance et accepté dans toute leur teneur des clauses figurant après la signature ou au verso, ces dernières lui sont opposables¹⁰²⁰.

A *fortiori* il n'est pas possible d'obtenir l'inopposabilité de clauses figurant sur le document contractuel signé par le contractant et qui précèdent sa signature¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 1979, *D.* 1980, IR, p. 262 ; Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 1983, *Bull. civ. I*, n° 159, p. 138, qui écarte une clause écrite en caractères minuscules sur le ticket remis par une société de parking à son client ; Cass. com., 23 octobre 1984, *Bull. civ. IV*, n° 279 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 février 1996, *Defrénois* 1996, p. 742, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1997, p. 119, obs. J. MESTRE.

¹⁰¹⁸ Cass. com., 23 octobre 1984, *Bull. civ. IV*, n° 279.

¹⁰¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1971, *JCP* 1972, II, 17280, note BOITARD et RABUT ; Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 1979, *D.* 1980, IR p. 262, obs. J. GHESTIN, qui écarte une clause car elle figurait au verso du bon de commande parmi de nombreuses autres ; Cass. 1^{ère} civ., 27 février 1996, *Defrénois* 1996, p. 742, obs. J.-L. AUBERT, qui écarte les clauses des conditions générales d'un contrat de vente mobilière qui « se trouvaient au milieu de nombreuses autres dispositions figurant au dos du bon de commande signé au recto seulement », au motif qu'en signant l'intéressé « n'avait certainement pas remarqué » que ce bon portait au verso diverses dispositions ; Cass. com., 26 février 1991, *Contrats conc. consom.* 1991, comm. 105, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1992, p. 78, obs. J. MESTRE.

¹⁰²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 décembre 1991, *Bull. civ. I*, n° 342, *Contrats conc., consom.* 1992, comm. 57, note G. RAYMOND ; Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, *Bull. civ. I*, n° 316, *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 18, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1999, p. 367, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1999, *Bull. civ. I*, n° 51, *JCP* 1999, II, 10162, note B. FILLION-DUFOULEUR ; *ibid.* I, 191, n° 1 s., obs. G. VIRASSAMY (clause attributive de compétence acceptée par renvoi à un « cahier des prescriptions générales ») ; Cass. 1^{ère} civ., 15 novembre 2005, *CCE* 2006, n° 10, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. Il en va de même des conditions générales reprises dans les tarifs dont la consultation était nécessaire pour passer les commandes, v. Cass. com., 11 juin 1996, *RTD civ.* 1997, p. 120, obs. J. MESTRE.

263. Clauses ne figurant pas sur le document contractuel signé (1) : clauses diffusées par voie d'affichage. La jurisprudence déclare inopposables les stipulations figurant sur de tels supports¹⁰²² lorsque le contractant n'a pas été averti de leur existence et mis en mesure de les connaître, et ce avant la conclusion du contrat¹⁰²³. C'est au professionnel qui s'en prévaut de prouver que son cocontractant les a connues¹⁰²⁴.

264. Clauses ne figurant pas sur le document contractuel signé (2) : remise postérieure au contrat. Les clauses qui figurent sur un document qui n'est remis au contractant qu'après la signature du contrat lui sont en principe inopposables, sauf s'il est démontré qu'il les a acceptées¹⁰²⁵, ainsi de la clause inscrite sur un billet de transport ou une facture.

265. Clauses de consentement intégral et de renvoi. Le professionnel peut invoquer les clauses mal présentées du contrat signé dès lors qu'il a attiré l'attention de son cocontractant sur ces dernières par une mention qui les lui a ainsi rendues opposables.

De même, le professionnel peut se prévaloir des stipulations figurant dans des documents annexes, notamment les conditions générales ou les brochures, à la double condition que le contrat principal signé contienne une clause de renvoi s'y référant de manière précise et que ces documents puissent effectivement être obtenus avant la conclusion du contrat, c'est-à-dire

¹⁰²¹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 171 : « Un pouvoir quasi-magique est attribué à cette dernière : celui qui signe est censé avoir entièrement lu, compris et accepté le texte qui précède ».

¹⁰²² Il existe des cas où l'affichage est obligatoire et les mentions affichées réglementées et contrôlées par l'administration, leur efficacité ne fait alors aucun doute.

¹⁰²³ Cass. com, 10 février 1959, *Bull. civ.* III, n° 70, p. 64, écartant une clause affichée sur laquelle le contractant n'avait pas appelé l'attention de son cocontractant ; Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 1967, *Bull. civ.* I, n° 248, p. 184, écartant une clause diffusée par voie d'affichage et dont il n'était pas établi que le cocontractant en avait eu connaissance ; Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1992, *JCP* 1992, IV, 2047 écartant une clause figurant sur un panneau placé dans le hall d'entrée d'une clinique dès lors que l'attention de la cliente n'avait pas été attirée sur cet avis public ; Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1993, *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 83, note G. RAYMOND.

¹⁰²⁴ Cass., 25 mai 1870, *D.* 1870, 1, 257 ; *S.* 1870, 1, 341 : « Le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée ». C'est ainsi que le silence gardé à la réception d'un document post-contractuel ne peut, en l'absence de toute autre circonstance, être assimilé à l'acceptation des conditions nouvelles y figurant. Le caractère usuel de la clause, de même que l'ancienneté de la fréquentation, par le client, des locaux dans lesquels la clause se trouvait affichée de façon très apparente, peuvent permettre de présumer cette connaissance.

¹⁰²⁵ Cass. com., 28 avril 1998, *RJDA* 1998, n° 938, p. 694 ; *RTD civ.* 1991, p. 81, obs. J. MESTRE : une clause figurant dans des conditions générales qui ont été portées à la connaissance du cocontractant après la conclusion du contrat ne produit pas effet à son égard.

que l'acceptant ait pu matériellement les consulter¹⁰²⁶. *A contrario* si ces conditions ne sont pas remplies, le professionnel ne pourra se prévaloir des clauses de renvoi¹⁰²⁷.

266. Inutilité du recours à la notion de clause abusive. Le droit dispose donc d'une sanction propre aux clauses mal présentées : leur inopposabilité.

Elle est la seule envisageable lorsque la stipulation est « seulement » mal présentée, affectée d'un vice de forme et non déséquilibrée, car il n'est pas possible d'appliquer la notion de clause abusive en l'absence de déséquilibre significatif. Une stipulation mal présentée est de ce seul fait, non pas abusive, mais inopposable au non-professionnel ou au consommateur : le problème n'affecte pas le fond de la clause, c'est sa forme qui n'a pas permis au consommateur d'en prendre connaissance. Peu importe que la clause mal présentée soit parfaitement équilibrée, elle n'en sera pas moins inopposable.

Lorsque la stipulation est à la fois mal présentée dans sa forme et déséquilibrée dans son contenu, peut-on aussi bien invoquer son inopposabilité que son caractère abusif ? La Cour de Justice des Communautés européennes n'a malheureusement pas saisi l'opportunité de répondre à cette question. En effet, dans la question préjudicielle que lui a posée le tribunal d'instance de Vienne¹⁰²⁸, la présentation illisible des clauses litigieuses avait servi à déterminer leur caractère abusif. Toutefois, dans sa réponse¹⁰²⁹, la Cour s'est contentée de se prononcer sur la recevabilité de la plainte et non sur la possibilité de déclarer abusive une clause qui comporte un défaut formel de présentation. À bien y réfléchir, rien ne semble l'empêcher à première vue, si ce n'est l'ordre logique des choses : cette clause, du fait de son défaut de présentation, est tout simplement hors du champ de son consentement, il suffit donc

¹⁰²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 3 décembre 1991, *Contrats conc. consom.* 1992, comm. 57, note G. RAYMOND ; Cass. 1^{ère} civ., 20 janvier 1993, *Contrats conc. consom.* 1993, comm. 77, note G. RAYMOND ; Cass. 1^{ère} civ., 11 avril 1995, *Contrats conc. consom.* 1995, comm. 124, note L. LEVENEUR ; Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, préc..

Il a été décidé que la connaissance éventuelle par l'une des parties, à l'occasion d'opérations antérieures, des conditions générales de l'autre partie contenant une clause de juridiction ou la connaissance de l'existence d'une telle clause dans des documents étrangers à l'opération litigieuse ne suffit pas, même au cas de relations d'affaires suivies, à lui rendre opposable cette clause si le contrat n'y fait aucune référence, directement ou indirectement, v. Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 1992, *D.* 1994, p. 169, note Ph. GUEZ). Dans le même sens, pour une clause limitative de garantie, v. Cass. 1^{ère} civ., 18 octobre 2005, *Bull. civ. I*, n° 377, *RTD civ.* 2006, p. 107, obs. J. MESTRE et B. FAGES. V. aussi Cass. com., 28 avril 1998, *RTD civ.* 1999, p. 81, obs. J. MESTRE (connaissance et acceptation des conditions générales d'achat non établies) ; Cass. 2^{ème} civ., 21 avril 2005, *Bull. civ. II*, n° 107 (connaissance des nouvelles conditions apportées par avenant à un contrat d'assurance non établie).

¹⁰²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 janvier 1993, préc., Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1999, préc..

Sur cette question, v. Fr. LABARTHE, th. préc., n°s 395 s. ; F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 412, 2004, n° 433 s..

¹⁰²⁸ TI Vienne, 15 décembre 2000, *Cofidis*, *Contrats conc. consom.* 2001, comm. 16, note G. RAYMOND.

¹⁰²⁹ CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, préc..

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

de la déclarer inopposable, sans qu'il soit utile de se pencher sur son caractère abusif¹⁰³⁰ puisqu'elle ne lie pas le non-professionnel ou le consommateur¹⁰³¹.

Ce qui compte, c'est que le sort des clauses mal présentées ne dépend pas de leur caractère abusif ou non ; elles ont une sanction propre et efficace.

267. Conclusion de la section. Soit la clause est présentée de manière claire et elle pourra faire l'objet d'un contrôle au fond, c'est-à-dire de son éventuel caractère abusif ; soit la clause n'est pas présentée de manière claire et elle est alors inopposable au non-professionnel ou consommateur, le recours à la qualification de clause abusive s'avérant inutile.

SECTION II. REDACTION DE LA CLAUSE ET CARACTERE ABUSIF

268. Exigence de rédaction claire et compréhensible. « Parce que le professionnel veut présenter la stipulation de la façon la plus rassurante possible, il en résulte une incertitude dans l'application »¹⁰³² : ainsi les stipulations des contrats de consommation sont souvent mal rédigées. C'est pourquoi, l'article L. 133-2 du Code de la consommation pose une exigence de rédaction claire et compréhensible de ces conventions, c'est-à-dire un impératif d'intelligibilité des clauses contractuelles. Il en découle qu'on peut distinguer deux niveaux dans le défaut rédactionnel : soit la clause est si mal rédigée qu'elle en devient totalement impénétrable, soit la clause est compréhensible, mais son sens est obscur ou ambigu¹⁰³³. Dans un cas comme dans l'autre, reste à déterminer comment s'apprécie la clarté d'une clause.

269. Appréciation de l'intelligibilité des clauses. Comment s'apprécie le caractère clair et compréhensible d'une clause ? Deux méthodes sont envisageables¹⁰³⁴. Le juge peut opter pour une appréciation soit *in concreto* et subjective, selon les capacités personnelles de compréhension du non-professionnel ou consommateur concerné, soit *in abstracto*, en

¹⁰³⁰ La recours à la notion de clause abusive peut être utile eu égard aux difficultés que peut rencontrer l'adhérent pour prouver cet état de fait, difficultés auxquelles s'ajoute l'interdiction de prouver outre et contre l'écrit dans certains cas (article 1341 c. civ.).

¹⁰³¹ Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 357 : « Par application pure et simple de la philosophie de l'autonomie de la volonté, l'adhérent ne peut être tenu puisque ne les ayant pas connues il n'a pu y consentir. Rendre justice contre celui qui s'en prévaut n'implique pas de faire appel à une institution nouvelle. Il suffira, en effet, de déclarer inopposable la clause ».

¹⁰³² G. Berlioz, th. préc., n° 235.

¹⁰³³ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. X, Paris, 1830, n° 516, p. 544 : « Une clause est ambiguë lorsqu'elle présente deux sens distincts et contraires. Elle est obscure lorsqu'elle n'en présente aucun bien déterminément ».

¹⁰³⁴ Dans le même sens, v. M. LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », *D.* 2006, p. 2848, n° 11 ; J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 987.

considération du standard objectif du « consommateur moyen »¹⁰³⁵. Pour trancher entre les deux méthodes, plusieurs arguments peuvent être invoqués. D'un côté, comme le relève Monsieur Paisant, « la sécurité juridique semble commander d'éviter autant que possible la casuistique des appréciations *in concreto* »¹⁰³⁶. Surtout, il serait plus logique que l'appréciation *in abstracto* l'emporte car elle semble plus conforme à l'esprit du droit de la consommation « se caractérisant davantage par une approche collective des contrats en lieu et place de celle individuelle traditionnelle – le consommateur n'est plus tant considéré dans sa compréhension ou sa lecture propres de la convention, qu'il a pu ne pas avoir, que dans celles qu'il aurait pu ou dû avoir »¹⁰³⁷. D'un autre côté, il paraît néanmoins « difficile de faire complètement abstraction des qualités et compétences personnelles du consommateur en cause pour juger du document contractuel qu'il a signé »¹⁰³⁸, ce qui pousse la jurisprudence à pencher pour une appréciation *in concreto*, bien qu'elle ne soit pas vraiment fixée en la matière¹⁰³⁹. La solution serait peut-être d'adopter une appréciation « mixte » fondée sur le standard du consommateur moyen, mais qui pourrait être modulée par des considérations plus subjectives¹⁰⁴⁰.

270. Plan. Quelle que soit la manière d'apprécier – subjectivement ou objectivement – l'intelligibilité d'une clause, la question se pose de savoir quelle est la sanction du défaut d'intelligibilité de la clause, du défaut de forme dans sa rédaction, et notamment si cela est

¹⁰³⁵ Pour un exemple de mise en œuvre de ce standard dans un autre domaine, v. CJCE, 16 juillet 1998, *D.* 1998, IR, p. 199 ; CJCE, 28 janvier 1999, *Sektellerei Kessler*, *Rec. I.* 532 ; CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder*, *Rec. I.* 135, qui énoncent que, pour savoir si la publicité est de nature à induire en erreur, les juges doivent se référer « à l'attente présumée d'un consommateur moyen normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ».

¹⁰³⁶ G. Paisant, « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut conférer un caractère abusif », art. préc..

¹⁰³⁷ J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 987.

¹⁰³⁸ G. Paisant, « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », art. préc., spéc. p. 245.

¹⁰³⁹ CA Pau, 9 février 2004, consultable sur Légifrance ; Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-14.024 : les juges du fond ont à juste titre retenu une interprétation favorable au consommateur dès lors qu'ils ont relevé que des mentions du contrat d'assurance litigieux avait pu « résulter une confusion de M. X, qui doit être résolue en sa faveur » ; CA Grenoble, 2 octobre 2007, consultable sur le site Internet de la Commission des clauses abusives : est conforme à l'article L. 133-2 du Code de la consommation et parfaitement accessible à la compréhension du consommateur, alors âgé de 46 ans et occupant des fonctions de cadre commercial en entreprise, et est dépourvue de toute ambiguïté la clause d'un contrat assurance liée à un crédit immobilier qui est ainsi rédigée). *Contra*, v. TI Hayange, 4 juin 1999, cité *in* Cass. 1^{ère} civ., 29 octobre 2002 : clause « parfaitement accessible à une personne dotée d'une capacité de compréhension moyenne ».

¹⁰⁴⁰ C'est not. la voie choisie par le droit communautaire, dans la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 du Parlement européen et du conseil de l'Union européenne relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive n° 84/450/CE du Conseil et les directives n° 97/7/CE, n° 98/27/CE et n° 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil. Son art. 5, 2°, définit la pratique déloyale comme celle qui altère le comportement économique du « consommateur moyen » ou du « membre moyen du groupe » ciblé par ladite pratique. Or dans ce second cas, l'art. 5, 3°, permet de tenir compte de la vulnérabilité des consommateurs « en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité ».

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

susceptible de rendre ladite clause abusive, qu'elle soit non compréhensible (§ 1) ou encore obscure ou ambiguë (§ 2). À cet égard, il est aussi intéressant d'envisager le sort particulier des clauses principales et des clauses financières¹⁰⁴¹, pour lesquelles l'exigence de rédaction transparente a été tout particulièrement réitérée (§ 3).

§ 1. Le sort des clauses non compréhensibles

271. Absence de sanction prévue. L'article L. 133-2 du Code de la consommation qui pose l'exigence d'une rédaction compréhensible ne prévoit pas pour autant de sanction spécifique pour le cas où la clause serait si mal rédigée qu'elle en deviendrait totalement inaccessible¹⁰⁴². En l'absence de sanction légalement prévue¹⁰⁴³, le sort de la clause non intelligible peut paraître incertain (A). Néanmoins, cette lacune est facilement comblée par le recours à une sanction de droit commun : l'inopposabilité des clauses non compréhensibles (B).

A. Incertitude liée à l'absence de sanction légalement prévue

272. Position du problème. La loi française ne prévoit pas la sanction applicable à une clause non intelligible. Cela s'explique notamment par le fait que l'article L. 133-2 du Code de la consommation est la reprise de l'article 5 de la directive du 5 avril 1993¹⁰⁴⁴ qui, de la même manière, envisage la sanction des clauses obscures ou ambiguës, mais non celle des clauses non compréhensibles. À ce titre, il serait donc intéressant de connaître quelle sanction la doctrine a imaginé en droit communautaire, de manière à déterminer si elle est « transposable » en droit interne. Or le principe de transparence posé à l'article 5 de la directive a fait l'objet de débat quant à sa portée¹⁰⁴⁵ en raison de l'absence de sanction clairement prévue.

¹⁰⁴¹ Qui sont visées à l'art. L. 132-1, alinéa 7, et qui fixent respectivement la définition de l'objet principal du contrat et le montant du prix.

¹⁰⁴² En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 133-2 c. consom. concerne le cas des clauses obscures ou ambiguës, non celui des clauses non claires ou non compréhensibles.

¹⁰⁴³ Une sanction est prévue pour les clauses principales et financières non compréhensibles, v. *infra* n^{os} 288 s..

¹⁰⁴⁴ V. *supra* n^o 231.

¹⁰⁴⁵ Constat généralisé, v. H. MICKLITZ, « Atelier 4 : Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur (article 5) », art. préc. ; *Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, COM(2000) 248 final, spéc. p. 18 s., ; H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), en coop. avec Ch. TWIGG-FLESNER et M. EBERS, *Compendium CE de Droit de la consommation – Analyse comparative –*, avril 2007, p. 395 : « La directive reste muette (à l'exception de la règle *contra proferentem*) quant aux conséquences du manque de transparence. Cette lacune crée une insécurité juridique considérable, tout en remettant en cause l'effectivité de la transposition de la directive ».

273. Incertitude sur la portée de l'article 5. La doctrine s'est interrogée sur les conséquences d'un manquement à l'obligation de transparence en droit communautaire, et les réponses sont variées.

Certains s'en sont tenus au rôle premier de l'obligation de transparence – qui constitue un outil de contrôle de la forme contractuelle, plus précisément des circonstances de l'insertion des clauses dans le contrat – et en ont proposé « une sanction spécifique telle que l'inopposabilité de ce type de clauses contractuelles »¹⁰⁴⁶.

D'autres sont allés plus loin. Au lieu de limiter la portée de l'obligation de transparence à une acception purement formelle, ils se sont demandé si elle pouvait être étendue jusqu'à en faire un outil de contrôle du contenu contractuel, c'est-à-dire si le défaut de transparence permettait la mise en œuvre de la notion de clause abusive de l'article 3 § 1 de la directive¹⁰⁴⁷. En d'autres termes, les clauses non transparentes pourraient être considérées comme abusives. À première vue, une telle extension ne se comprend pas au vu de la structure même de la directive car la place de la règle de transparence, à l'article 5, semble bien indiquer l'absence de relation directe entre elle et le contrôle du contenu de l'article 3. On peut toutefois discuter de la force probante de cet argument : l'exigence de transparence figure dans la directive « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », de telle sorte qu'un lien peut être logiquement établi avec la notion de clause abusive. Néanmoins en admettant que la directive autorise le contrôle du caractère abusif des clauses non transparentes, il resterait alors à déterminer, en l'absence de tout élément dans la directive, si « le manque de transparence constitue en soi le caractère abusif ou l'absence de valeur juridique de la clause en vertu de l'art. 3 § 1, en liaison avec l'art. 6 § 1 de la directive, ou bien s'il est nécessaire que le contenu de la clause soit aussi défavorable, c'est-à-dire qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations découlant du contrat, en dépit de l'exigence de bonne foi »¹⁰⁴⁸.

Face à ces incertitudes, les différentes études sur la directive du 5 avril 1993 concluent toutes que les conséquences du défaut de transparence devraient être expressément réglementées¹⁰⁴⁹ et invitent à choisir entre l'inopposabilité des clauses non transparentes (1^{ère} solution), la possibilité de les déclarer abusives sous réserve de la preuve du déséquilibre

¹⁰⁴⁶ *Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993...*, préc., spéc. p. 19 s..

¹⁰⁴⁷ H. Micklitz, rapport préc., p. 442 s..

¹⁰⁴⁸ H. Schulte-Nölke, rapport préc., p. 446.

¹⁰⁴⁹ Constat généralisé, v. H. Micklitz art. préc. ; *Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993...*, préc., spéc. p. 18 s. ; H. Schulte-Nölke, rapport préc., p. 442 s..

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

significatif (2^{ème} solution) ou leur caractère abusif, la non transparence suffisant à caractériser l'abus (3^{ème} solution). Parmi ces trois sanctions, et selon un raisonnement qui est le même que celui retenu pour la présentation des clauses, une seule trouve grâce à nos yeux : l'inopposabilité. Les deux autres sont condamnables, notamment parce que, selon nous, un défaut formel n'est pas susceptible de caractériser le déséquilibre significatif qui affecte le fond du contrat.

B. Recours à une sanction de droit commun : l'inopposabilité

274. L'inopposabilité. La sanction de l'inintelligibilité d'une clause devrait être son inopposabilité au cocontractant. Cette solution se justifie, comme précédemment pour les clauses mal présentées, par le fait que l'existence d'une stipulation incompréhensible soulève un problème de consentement¹⁰⁵⁰. En effet, le non-professionnel ou consommateur n'a pu valablement consentir à une clause qu'il n'a pas pu comprendre¹⁰⁵¹. De plus, l'inopposabilité semble être la sanction la plus favorable au non-professionnel ou au consommateur puisqu'elle permet d'éradiquer les stipulations non transparentes, même si elles ne sont pas abusives. C'est la solution préconisée par la commission de refonte du droit de la consommation dans ses différents rapports :

« Les clauses peu lisibles en raison de leur présentation ou incompréhensibles en raison de leur rédaction sont inopposables au consommateur »¹⁰⁵².

De même, si la Commission des clauses abusives a souvent regretté l'absence de limpidité de certaines clauses contractuelles, ce qui l'a poussée à énoncer des recommandations positives portant sur la rédaction des clauses¹⁰⁵³, elle ne les a pour autant jamais déclarées abusives.

275. Inutilité du recours à la qualification de clause abusive. Dès lors, le recours à la qualification de clause abusive concernant les clauses incompréhensibles semble, une nouvelle fois, superfétatoire. Du seul fait de leur inintelligibilité, elles sont hors du champ du

¹⁰⁵⁰ J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 985 : « Afin de parvenir à l'obtention d'un consentement éclairé de l'adhérent, la rédaction des clauses doit être "claire et compréhensible" ».

¹⁰⁵¹ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., spéc. n° 9 : « Il ne peut cependant y avoir de consentement valable lorsque l'acceptation a porté sur un document [...] incompréhensible en raison de sa rédaction ». V. aussi J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 171 ; G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., spéc. n° 39.

¹⁰⁵² *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., art. 97 ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., art. L. 97.

¹⁰⁵³ *Recomm.* n° 85-02, A-1°, *BOCC* 04/09/1985 ; *Recomm.* de synthèse n° 91-02, 1°, *BOCCRF* 06/09/1991.

consentement du non-professionnel ou du consommateur et ne le lie pas, de telle sorte qu'il est inutile de s'interroger sur le fait de savoir si leur contenu est ou n'est pas déséquilibré.

§ 2. Le sort des clauses obscures ou ambiguës

276. Exemples de clause obscure ou ambiguë¹⁰⁵⁴. Une clause est obscure en raison de l'imprécision ou de la généralité de ses termes qui ne permettent que d'en dégager un sens flou ou partiel. Par exemple, « un bon de garantie 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 ? »¹⁰⁵⁵.

Une clause est ambiguë soit en elle-même, soit confrontée aux autres stipulations du contrat. En effet, une clause peut renfermer une contradiction : par exemple, celle qui prévoit que « les marchandises, même vendues franco de port, voyagent aux risques de l'acheteur » alors que les ventes franco de port sont celles, qui, contrairement au droit commun, voyagent précisément aux risques du vendeur. Une clause peut aussi être contradictoire avec une autre stipulation contractuelle : par exemple, « une police d'assurance énonce à tel endroit qu'un sinistre est couvert, et indique à un autre qu'il n'est pas couvert : des deux clauses, laquelle doit l'emporter ? »¹⁰⁵⁶.

277. Plan. Si une clause d'un contrat de consommation est obscure ou ambiguë, une solution de principe est posée par le Code de la consommation : elle doit être interprétée en faveur du consommateur selon l'alinéa 2 de l'article L. 133-2 (A) ; néanmoins, il est possible, de manière subsidiaire, de la qualifier d'abusives si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (B).

A. La solution de principe : l'interprétation *in favorem*

278. Genèse de l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation. Selon ce texte, les clauses d'un contrat de consommation

« [...] s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel [...] ».

¹⁰⁵⁴ Th. IVAINER, « L'ambiguïté dans les contrats », *D.* 1976, chron. p. 153.

¹⁰⁵⁵ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 172.

¹⁰⁵⁶ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 172.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

Ainsi se trouve posé le principe selon lequel la sanction d'une clause obscure ou ambiguë est l'interprétation en faveur du consommateur ou du non-professionnel¹⁰⁵⁷ ; la clause est maintenue et appliquée dans un sens qui lui est favorable, lorsque cela est possible.

Cette sanction est directement inspirée de l'article 5 de la directive du 5 avril 1993 :

« En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut »¹⁰⁵⁸.

Néanmoins le droit français connaissait déjà ce type de règle à l'article 1162 du Code civil¹⁰⁵⁹ :

« Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

Ce dernier texte « signifie, dans la terminologie du code, qu'il convient, en cas de doute, de retenir l'interprétation favorable au débiteur¹⁰⁶⁰, celui-ci étant réputé en situation de faiblesse »¹⁰⁶¹. La jurisprudence a certes retenu une seconde acception de ce texte. Elle l'a compris comme autorisant l'interprétation favorable à l'adhérent au détriment du rédacteur du contrat, et s'en est ainsi servie comme fondement à l'éradication de clauses obscures et ambiguës en droit de la consommation¹⁰⁶². Cependant, comme le soulignent des auteurs, « cette attitude n'a pas toujours prévalu en présence des termes, il est vrai, assez contraires, de l'article 1162 qui invitent à favoriser de façon générale "celui qui a contracté l'obligation" »¹⁰⁶³. C'est pourquoi le législateur a préféré adopter un texte propre au droit de la consommation¹⁰⁶⁴, l'article L. 133-2 alinéa 2, qui « transpose en droit français les exigences

¹⁰⁵⁷ Un arrêt est venu rappeler que l'application de l'art. L. 133-2 c. consom. est écartée lorsque les clauses litigieuses sont rédigées de façon claire et compréhensible !, v. Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *Bull. civ. I*, n° 259 ; *Dalloz actualité*, 23 janvier 2013, obs. N. KILGUS ; *D.* 2013, act. p. 6 ; *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 47, note G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 494, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *RDC* 2013, p. 489, obs. J. ROCHFELD ; *ibid.* 554, obs. G. VINEY.

¹⁰⁵⁸ Une règle équivalente est prévue à l'art. 64 § 1, annexe I de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 (COM (2011) 635 final).

¹⁰⁵⁹ Et aussi à l'art. 1602 al. 2 c. civ. en matière de vente : « Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ».

¹⁰⁶⁰ Le stipulant étant le créancier et le contractant le débiteur.

¹⁰⁶¹ M. Lamoureux, art. préc., n° 4.

¹⁰⁶² Par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 1985, *Bull. civ. I*, n° 175, p. 159, qui en fait une application afin d'éviter que les clauses ambiguës des contrats d'adhésion ne bénéficient à leurs rédacteurs. Sur cette question, v. M. BORYSEWICZ, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, tome I, p. 91 ; H. Bricks, *Les clauses abusives*, th. préc., n° 19 et n° 22 à 25.

¹⁰⁶³ J. MESTRE et B. FAGES, obs. *RTD civ.* 2003, p. 292.

¹⁰⁶⁴ La commission de refonte du droit de la consommation avait d'ailleurs déjà fait une proposition en ce sens, v. *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., art. 98 ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., art. L. 98.

de clarté et d'interprétation des clauses contractuelles de la directive auxquelles le code civil (art. 1162) ne répond qu'imparfaitement »¹⁰⁶⁵.

279. Adage *contra proferentem*. Le principe d'interprétation en faveur du consommateur ou du non-professionnel est une application de l'adage *contra proferentem*¹⁰⁶⁶, qui signifie « lire contre le rédacteur ». L'interprétation d'une clause obscure ou ambiguë doit donc se faire contre le rédacteur ou celui qui utilise une formule contractuelle préédigée.

Ainsi, au lieu de retenir « la vraisemblance – qui conduirait à donner à la clause obscure ou ambiguë le sens qu'aurait préféré celui qui l'a rédigée »¹⁰⁶⁷, c'est-à-dire le sens recherché par le professionnel – cette sanction consiste au contraire à lui refuser ce sens pour lui « préférer une interprétation à l'avantage du consommateur »¹⁰⁶⁸.

L'adage et la conséquence qui en découle, à savoir l'interprétation défavorable au professionnel, se présentent ainsi comme une sanction du rédacteur de l'acte¹⁰⁶⁹ : établissant, seul, les termes du contrat, il a l'obligation de le faire de façon claire et précise. L'idée se trouve, déjà, au XVII^e siècle chez Domat :

« 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 dû faire entendre nettement ce qu'il entendait »¹⁰⁷⁰.

Ainsi que l'explique un auteur, le rédacteur « doit en supporter les frais et voir les ambiguïtés qu'il a lui-même créées se solder en sa défaveur »¹⁰⁷¹ de telle sorte qu'« à la rupture d'égalité dans la rédaction du contrat de consommation répond la responsabilité du professionnel dans les conséquences de la rédaction défectueuse du contrat »¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁵ Projet de loi n° 28 concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, Exposé des motifs, *JO Sénat* 1994-1995.

¹⁰⁶⁶ L'adage est largement admis, v. art. 1432 c. civ. du Québec ; art. 4.6 des principes Unidroit ; art. 5 : 103 des Principes du droit européen du contrat ; art. 40 (3) de l'avant-projet de Code européen des contrats élaboré par l'Académie des privatistes européens de Pavie ; § 206 du *Restatement (Second) of Contracts* ; ou encore art. 1140 et 1140-1 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations présenté au garde des Sceaux en septembre 2005.

¹⁰⁶⁷ J. Ghestin et I. Marchessaux, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », art. préc., n° 98 ; J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., n° 10.

¹⁰⁶⁸ G. Paisant, « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif », art. préc., n° 3.

¹⁰⁶⁹ Dans le même sens, v. M. Lamoureux, art. préc., n° 5 : « Il est clair que la finalité de cette règle est de sanctionner le professionnel qui aurait dû mieux faire en rédigeant le contrat » ; *RTD civ.* 2003, p. 292, J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁰⁷⁰ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, livre I, sect. 2, art. XVI, Paris, 1767.

¹⁰⁷¹ M. Lamoureux, art. préc., n° 5.

¹⁰⁷² M. Lamoureux, art. préc., n° 16.

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

La règle posée par l'article L. 133-2, alinéa 2, présente une certaine sévérité pour les professionnels, car il est difficile de rédiger un contrat d'une limpidité sans faille¹⁰⁷³. Elle revêt cependant un effet comminatoire¹⁰⁷⁴. Elle devrait autant décourager les professionnels « de recourir à la pratique des ambiguïtés volontaires »¹⁰⁷⁵ que les inciter, de manière générale, « à davantage de rigueur dans la rédaction »¹⁰⁷⁶.

280. Risque de la rédaction. Plus qu'une directive d'interprétation, l'adage *contra proferentem* est une règle qui répartit le risque inhérent à la rédaction¹⁰⁷⁷, un peu comme en matière de charge de la preuve. En effet, comme l'explique un auteur, elle « fait peser le risque de l'ambiguïté sur l'une des parties, en l'occurrence le professionnel en raison de son rôle – volontaire ou non – normalement exclusif dans la création de l'ambiguïté »¹⁰⁷⁸, qu'il soit le rédacteur du contrat ou qu'il le propose seulement. Cette idée est particulièrement bien illustrée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 11 mars 2010¹⁰⁷⁹ selon lequel dès lors qu'il existe une confusion dans l'interprétation des clauses du contrat qui a sa source dans l'ambiguïté rédactionnelle et qu'aucune explication claire n'avait été fournie, la compagnie d'assurance doit assumer la responsabilité d'un libellé contestable de la clause litigieuse.

281. Portée de l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation. Elle est bien plus large que celle de l'article 1162 du Code civil, ce qui s'explique par sa nature protectrice des consommateurs et des non-professionnels. En effet, la Cour de cassation a reconnu un caractère impératif à l'article L. 133-2 du Code de la consommation¹⁰⁸⁰, alors que les articles

¹⁰⁷³ Dans le même sens, M. Lamoureux, art. préc., n° 16.

¹⁰⁷⁴ En ce sens, v. J. Ghestin et I. Marchessaux, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », art. préc., n° 98 ; J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., n° 10.

¹⁰⁷⁵ M. Lamoureux, art. préc., n° 5.

¹⁰⁷⁶ M. Lamoureux, art. préc., n° 16.

¹⁰⁷⁷ J. Ghestin et I. Marchessaux, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », art. préc., n° 98 ; J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., n° 10 : « Il est conforme aux prescrits de la bonne foi exigée dans les affaires qu'il assume les risques créés par son attitude ». V. aussi G. Paisant, « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », art. préc., spéc. p. 245 : l'art. L. 133-2 « entend simplement mettre les ambiguïtés à la charge de celui qui a rédigé l'acte instrumentaire parce que l'on est en droit de penser que cette rédaction a été établie à son avantage ».

¹⁰⁷⁸ M. Lamoureux, art. préc., n° 8.

¹⁰⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2010, *Contrats conc. consom.* 2010, comm. 170, note G. RAYMOND.

¹⁰⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *Bull. civ. I*, n° 19, *D.* 2003, AJ p. 693, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2003, jur. p. 2600, note H. CLARET ; *Resp. civ. et assur.* 2003, chron. 13, note G. COURTIEU ; *RGDA* 2003, p. 442, note J. KULLMANN ; *RDC* 2003, p. 292, obs. M. BRUSCHI ; *RTD com.* 2003, p. 559, obs. B. BOULOC ; *RTD civ.* 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 2006, *Contrats conc. consom.*, 2006, comm. 210, note G. RAYMOND.

1156 à 1164 du Code civil ne sont que supplétifs¹⁰⁸¹, ce qui emporte des conséquences lourdes et nombreuses.

D'abord, le juge est libre de recourir aux articles 1164 et suivants, et notamment en ce qui nous concerne à l'article 1162, tandis qu'il ne peut se dérober à l'application de l'article L. 133-2 du Code de la consommation. On peut même aller plus loin et considérer qu'il « se substitue purement et simplement aux autres règles d'interprétation du Code civil pour régir seul l'interprétation des contrats de consommation »¹⁰⁸² qui est caractérisée aujourd'hui par « l'automatisme d'application de l'article L. 133-2 alinéa 2 du Code de la consommation et donc par l'exclusivisme de l'interprétation *contra proferentem* »¹⁰⁸³. Ce texte se distingue ainsi encore de l'article 1162 du Code civil dont l'application, selon la doctrine¹⁰⁸⁴, ne serait que subsidiaire, c'est-à-dire que « le juge ne pourrait y recourir que lorsque l'ambiguïté ne peut être résolue en application des autres règles d'interprétation »¹⁰⁸⁵.

Ensuite, lorsqu'ils appliquent l'article 1162 du Code civil, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation, sauf contrôle de la Cour de cassation de la dénaturation, alors que la mise en œuvre judiciaire de l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation est contrôlée par la Cour de cassation qui vérifie si les juges ont tiré les bonnes conclusions de l'ambiguïté décelée, en les contraignant à retenir l'interprétation favorable au consommateur.

Enfin, la violation de l'article L. 133-2 du Code de la consommation constitue, contrairement à celle de l'article 1162 du code civil, un cas d'ouverture à cassation¹⁰⁸⁶.

La loi du 1^{er} février 1995 améliore donc la situation du consommateur et du non-professionnel, puisqu'elle dispose que toutes les clauses ambiguës ou obscures qui leur sont opposées s'interprètent, en cas de doute, dans le sens qui leur est le plus favorable¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸¹ Cass. req., 18 mars 1807, *S.* 1807, 1, p. 361. Sur l'art. 1162 c. civ. plus particulièrement, v. Cass. 1^{ère} civ., 22 octobre 1974, *Bull. civ.* I, n° 271 ; Cass. soc., 20 février 1975, *Bull. civ.* V, n° 93.

¹⁰⁸² M. Lamoureux, art. préc., n° 2. L'auteur poursuit ainsi : « Il semble bien qu'il n'existe désormais qu'une seule règle pour régir l'interprétation des contrats de consommation, réduisant cette opération à l'application d'un principe fort simple : faveur pour le consommateur, sanction pour le professionnel ».

¹⁰⁸³ M. Lamoureux, art. préc., n° 12. Automatisme certes, mais qui est conditionnée par la nécessaire ambiguïté de la clause.

¹⁰⁸⁴ V. not. C DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. 25, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, Paris, Imprimerie générale, 1878, n° 23 s. ; Ph. SIMLER, v° Interprétation des contrats, in *JCl. Civil*, art. 1156 à 1164, fasc. 10, 2001, n° 53. La Cour de cassation n'a guère eu l'occasion de valider un tel raisonnement, v. néanmoins Cass. soc., 11 mai 1948 (*Gaz. Pal.* 1948, 2, p. 41) : « Attendu que l'article 1162 (...) est un texte purement supplétif, qui ne s'applique qu'à défaut de toute indication résultant du contrat ».

¹⁰⁸⁵ M. Lamoureux, art. préc., n° 12.

¹⁰⁸⁶ Jurisprudence constante, v. par ex., v. Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *Bull. civ.* I, n° 19 ; *D.* 2003, p. 2600, note H. CLARET ; *ibid.* AJ p. 693, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Dr. et patr.* mai 2003, p. 112, obs. P. CHAUVEL ; *RDC* 2003, p. 91, obs. M. BRUSCHI ; *RGDA* 2003. 442, note J. KULLMANN ; *RTD com.* 2003. 559, obs. B. BOULOC ; *RTD civ.* 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES : viole l'art. L. 133-2, al. 2, la cour d'appel qui déboute un assuré de sa demande en garantie, alors que la clause définissant le risque était ambiguë, de sorte qu'elle devait être interprétée dans le sens le plus favorable à cet assuré.

282. Limite de l'interprétation favorable au consommateur ou au non-professionnel.

Selon l'alinéa 2 *in fine* de l'article L. 133-2 du Code de la consommation, « le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6 ». En d'autres termes, le juge ne peut recourir à la règle de l'interprétation favorable au consommateur dans le cadre de l'action d'une association de consommateurs en cessation d'agissements illicites, et notamment en suppression des clauses abusives. Il ne s'agit là encore que d'une reprise de ce que prévoyait expressément l'article 5 de la directive du 5 avril 1993.

Néanmoins, cette limite n'est vraisemblablement pas conçue de la même manière en droit communautaire qu'en droit interne. En effet, celle de l'article 5 de la directive s'explique par le fait que la règle de l'interprétation la plus favorable, appliquée aux actions collectives, risque de déboucher sur des résultats insatisfaisants¹⁰⁸⁸ car elle conduit au maintien des clauses, ce qui revient à valider des stipulations dangereuses et peu claires. Il semblerait donc, au sens du droit communautaire, que les associations de consommateurs puissent combattre des clauses obscures ou ambiguës sur le terrain de leur caractère abusif. Au contraire, les parlementaires français trouvent l'interprétation favorable aux consommateurs « trop favorable » pour les actions collectives. Selon eux, il est normal que « ces dernières actions, préventives et abstraites, ne puissent bénéficier d'une telle disposition »¹⁰⁸⁹, réservée à un litige concret, car « il pourrait en résulter un déséquilibre qui bénéficierait systématiquement aux associations de consommateurs, lesquelles ont parfois tendance à exagérer leur capacité d'intervention »¹⁰⁹⁰.

Quelle que soit la justification de la limite posée à l'article L. 133-2 du Code de la consommation, elle soulève un problème car on ignore quelle attitude le juge doit tenir face à des clauses obscures ou ambiguës dans le cadre d'une action collective. Il est parfois suggéré d'adopter, dans ce cas, l'interprétation de la stipulation la plus défavorable au consommateur, de telle sorte que le sens ainsi donné à la clause soit révélateur d'un déséquilibre significatif ou d'une illicéité permettant de prononcer sa suppression¹⁰⁹¹. C'est la voie qu'a suivie la Cour

¹⁰⁸⁷ Dans le même sens, v. J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc., n° 10.

¹⁰⁸⁸ Dans le même sens, v. ss dir. H. Micklitz, rapport préc..

¹⁰⁸⁹ *JO Sénat*, (CR) 15 novembre 1994, p. 5560. Nous soulignons.

¹⁰⁹⁰ Déclaration Fosset, *JO Sénat*, (CR) 16 novembre 1994, p. 5571.

¹⁰⁹¹ Dans le même sens, v. J. HUET, « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives », *JCP E* 1994, 309, n° 5.

de cassation dans un arrêt en date du 20 mars 2013¹⁰⁹². En l'espèce, une association de consommateurs a intenté l'action en suppression contre deux clauses des conditions générales proposées par un constructeur automobile. Ces deux stipulations sont relatives aux conditions exigées pour bénéficier de la garantie contractuelle commerciale du constructeur. La Cour de Cassation les juge abusives car, en raison de leur caractère ambigu, la première « a pour effet de laisser croire au consommateur qu'il est tenu, pour bénéficier de la garantie conventionnelle, de faire effectuer par un concessionnaire ou agent du constructeur toutes les interventions exécutées sur son véhicule, quand bien même la garantie sollicitée serait sans lien avec ces travaux » et la seconde « a pour effet de laisser croire au consommateur que l'utilisation de pièces non d'origine emporte en toute hypothèse exclusion de la garantie conventionnelle ». Ainsi dans le cadre de l'action des associations de consommateurs, les stipulations ambiguës, comprises dans leur sens défavorable au consommateur, peuvent être déclarées abusives dès lors qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁰⁹³.

283. Inutilité du recours à la notion de clause abusive. Est-il possible de qualifier d'abusives une clause obscure ou ambiguë plutôt que de l'interpréter dans le sens favorable au consommateur ou au non-professionnel¹⁰⁹⁴ ? Le droit communautaire ne fournit aucune aide pour répondre à cette question que la Cour de Justice des Communautés européennes a d'ailleurs éludée dans l'arrêt *Cofidis*¹⁰⁹⁵. Alors que le tribunal d'instance de Vienne dans la question préjudicielle qu'il lui avait posée¹⁰⁹⁶, avait invoqué l'ambiguïté des clauses litigieuses pour caractériser le déséquilibre significatif qu'elles créaient, la Cour n'a envisagé, à aucun moment, les conséquences juridiques découlant de ce manque de transparence.

Selon nous, face à une clause obscure ou ambiguë, il est inutile de recourir à la notion de clause abusive car l'interprétation précède forcément l'appréciation. Or l'interprétation

¹⁰⁹² Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013, *JCP G* 2013, 538, note G. PAISANT.

¹⁰⁹³ Dans le cadre d'une action individuelle, la sanction d'une clause abusive par la qualification de clause abusive est subsidiaire, v. *infra* n^{os} 284 s..

¹⁰⁹⁴ V. D. FENOUILLET, obs. *RDC* 2007/2, p. 337, qui y est favorable : « L'article L. 133-2, en même temps qu'il exige que les clauses soient présentées et rédigées de façon claire et compréhensible, prévoit, à titre de sanction, qu'une clause ambiguë doit être interprétée en faveur du consommateur, règle à laquelle la Cour de cassation reconnaît force impérative. La question est alors de savoir si cette sanction est exclusive de toute autre. Contrairement aux suggestions doctrinales, la Cour de cassation considère que non et admet notamment (mais on peut aussi imaginer la sanction de la responsabilité civile du professionnel) que la sanction des clauses abusives puisse s'appliquer. Là encore, cette application généreuse de la notion de « clause abusive » ne semble pas absurde, dans la mesure où une ambiguïté juridique de rédaction défavorise bien le consommateur en ayant pour effet de l'induire en erreur et donc, le cas échéant, de le conduire à ne rien réclamer en justice, à ne pas protester contre telle pratique... ».

¹⁰⁹⁵ CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, préc..

¹⁰⁹⁶ TI Vienne, 15 décembre 2000, *Cofidis*, préc..

choisie est, par hypothèse, favorable au consommateur ou au non-professionnel, c'est donc qu'elle n'est pas abusive¹⁰⁹⁷. En outre, il est plus facile de rapporter la preuve de l'obscurité ou de l'ambiguïté d'une clause que celle de son caractère abusif.

C'est, semble-t-il, la position retenue par la Commission des clauses abusives. En effet, dans l'avis qu'elle a rendu le 14 mars 2013¹⁰⁹⁸, elle estime que les clauses qui lui sont soumises sont ambiguës et elle en propose une interprétation favorable au consommateur en vertu de l'article L. 133-2 du Code de la consommation. Elle conclut « qu'ainsi interprétées dans le sens le plus favorable au consommateur, les stipulations litigieuses ne relèvent pas des dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation »¹⁰⁹⁹.

B. La sanction subsidiaire : la qualification de clause abusive

284. Position du problème. Il se peut que la clause obscure ou ambiguë ne puisse pas être interprétée dans un sens favorable au consommateur ou au non-professionnel. Dans ce cas et dans ce cas uniquement, il devrait être admis qu'elle puisse faire l'objet du contrôle fondé sur l'article L. 132-1 du Code de la consommation, en considération de sa signification la plus défavorable à la partie concernée¹¹⁰⁰. Il en résulte un glissement du contrôle de la forme (interprétation) au contrôle du fond (appréciation). Ce n'est pas pour autant le fait de stipuler une clause obscure ou ambiguë qui est abusif, mais c'est le contenu de la clause, interprétée dans un sens défavorable, qui s'avère créer un déséquilibre significatif¹¹⁰¹. La Commission des clauses abusives et la jurisprudence semblent aller dans ce sens.

¹⁰⁹⁷ Dans le même sens, v. X. Lagarde, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », art. préc..

¹⁰⁹⁸ Avis n° 04-01 relatif à un contrat de fourniture de billet d'avion par Internet ; Avis n° 12-02 relatif à un contrat de location de véhicule automobile.

¹⁰⁹⁹ Nous soulignons.

¹¹⁰⁰ J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 991 : « Le juge peut être tenté de déclarer abusive une clause non transparente dans les hypothèses où la sanction du manque de transparence ne semble pas suffisante : ce qui est favorable à l'adhérent réside dans la suppression de la clause et non pas dans sa réécriture, dans la mesure où il n'existe pas de sens favorable à l'adhérent » ; G. Paisant, « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif », note préc., n° 4 : « Pour résumer, l'obscurité ou 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 ».

¹¹⁰¹ Dans le même sens, v. X. Lagarde, art. préc. : « Il se pourrait que l'équivoque d'une clause ait pour effet de laisser croire au consommateur que celle-ci le prive de certains droits. [...] Et il est alors permis de conclure que la clause revêt un caractère abusif. Pour autant, la forme n'est pas en cause. La clause n'est critiquable qu'en ce que, conformément à la définition donnée par l'article L. 132-1, elle a pour effet, à défaut d'avoir pour objet, de créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur. L'imprécision n'est sanctionnée qu'en considération du déséquilibre effectif qui en résulte ».

285. Commission des clauses abusives. Dans l'avis qu'elle a rendu le 29 avril 2004¹¹⁰², la Commission des clauses abusives « est d'avis que l'article 4 des conditions générales de vente précitées n'est pas abusif, dans la mesure où il peut être interprété conformément aux dispositions de l'article L. 133-2 du code de la consommation, au sens de l'article L. 132-1 susvisé ». *A contrario* on peut penser que si la clause litigieuse n'avait pas pu être interprétée dans le sens favorable au consommateur, elle aurait pu être déclarée abusive.

286. L'arrêt de la première chambre civile du 19 juin 2001¹¹⁰³. En l'espèce, une société, à laquelle avaient été confiées des pellicules photographiques en vue de leur développement, n'a pas été en mesure de les restituer. Elle a alors opposé à son client une clause limitant sa garantie, en pareil cas, « à un dédommagement représenté par un film vierge et son traitement gratuit, ou par leur contre-valeur, au choix du client », faute d'avoir déclaré que les travaux avaient une « importance exceptionnelle », ce qui aurait permis « une négociation de gré à gré ».

La clause était ambiguë car elle ne précisait pas ce qui pouvait faire l'objet d'une négociation en cas de déclaration de l'importance des travaux. S'agissait-il d'une possibilité de négocier l'indemnisation du préjudice en cas de perte des films confiés ou seulement le prix de la prestation de développement des pellicules ? Face à une telle ambiguïté, l'article L. 133-2, alinéa 2, commande d'interpréter la clause en faveur du consommateur, c'est-à-dire dans un sens lui permettant d'obtenir une indemnisation plus importante que le forfait initialement prévu. Or ni l'une ni l'autre ne lui sont favorables, en l'espèce, puisqu'il n'a pas déclaré l'importance des travaux.

La Cour de cassation approuve le juge d'instance d'avoir déclaré abusive la clause litigieuse au motif que, « rédigée en des termes susceptibles de laisser croire au consommateur qu'elle autorisait seulement la négociation de la prestation », elle créait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties car elle affranchissait « le professionnel des conséquences de toute responsabilité moyennant le versement d'une somme modique ». La Cour retient donc la seconde interprétation de la clause. L'appréciation de la stipulation dans le sens ainsi adopté aboutit sans aucun doute à la reconnaissance de son caractère abusif. Finalement, c'est l'interprétation la plus défavorable au consommateur qui lui est favorable car elle permet d'aboutir au caractère abusif de la clause et de réintroduire

¹¹⁰² Avis n° 04-01 relatif à un contrat de fourniture de billet d'avion par Internet.

¹¹⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2001, G. Paisant, note préc..

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

une indemnisation du consommateur, en l'absence de déclaration sur l'importance des travaux¹¹⁰⁴.

Il faut relever que la Cour de cassation reprend à son compte la doctrine du « laisser croire » de la Commission des clauses abusives, dans sa seconde grande utilisation, c'est-à-dire face à des clauses dont « la rédaction équivoque ou spéieuse » est « de nature à laisser le consommateur dans l'incertitude ou pire à l'induire en erreur sur l'étendue de ses droits »¹¹⁰⁵.

Selon nous, cet arrêt ne consacre pas la solution selon laquelle l'ambiguïté d'une clause, soit un défaut rédactionnel, emporte en tant que tel un déséquilibre significatif. Le caractère abusif de la stipulation tient en l'espèce non pas à son ambiguïté en elle-même, mais à son contenu litigieux tel qu'il résulte de l'interprétation nécessaire de la clause en raison de son ambiguïté¹¹⁰⁶. En effet, comme l'explique Monsieur Paisant, les clauses obscures ou ambiguës « se réfèrent bien au *negotium* en ce qu'elles laissent planer une incertitude sur le contenu des droits et obligations respectifs des parties et qui, pour cette raison, sont susceptibles d'être jugées abusives »¹¹⁰⁷. Ainsi que le résume clairement Monsieur Lagarde, « en pareille hypothèse, si l'abus prend sa source dans une imprécision formelle, ce n'est cependant pas la forme qui est abusive, mais le fond que l'ambiguïté de cette dernière laisse deviner. Il n'y a pas d'irrégularité de l'*instrumentum*, mais simplement un déséquilibre effectif du *negotium* »¹¹⁰⁸.

287. Subsidiarité du recours à la qualification de clause abusive. Une clause obscure ou ambiguë peut être déclarée abusive uniquement si elle n'a pas pu faire l'objet d'une interprétation favorable au consommateur. Si celle-ci est possible, elle doit être préférée comme le montre un arrêt de la première chambre civile en date du 5 février 2002¹¹⁰⁹, rendu dans des circonstances proches de l'arrêt de 2001. Dans cette espèce, une société a perdu cinq pellicules photographiques qui lui avaient été confiées. Or, une clause prévoyait une indemnisation forfaitaire en pareille circonstance qui ne pouvait être écartée que dans l'hypothèse d'une déclaration de l'importance exceptionnelle des travaux. La cour d'appel, se fondant sur l'ambiguïté de la clause, a adopté une interprétation favorable au consommateur : elle a, en effet, considéré que la déclaration préalable d'importance ne se présentait que

¹¹⁰⁴ Dans le même sens, v. J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 991 et 992.

¹¹⁰⁵ G. Paisant, note préc., n° 8.

¹¹⁰⁶ Dans le même sens, v. P. Lokiec, « Clauses abusives et crédit à la consommation », art. préc., n° 5.

¹¹⁰⁷ G. Paisant, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., n° 9.

¹¹⁰⁸ X. Lagarde, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », art. préc..

¹¹⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 février 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 43.

comme une simple recommandation et que l'indemnisation forfaitaire était exclue si le client rapportait la preuve du caractère exceptionnel des travaux confiés. Elle a ainsi condamné la société à verser des dommages intérêts importants dépassant largement le montant de l'indemnisation forfaitaire, ce en quoi elle est approuvée par la Cour de cassation.

On voit que la transparence d'une clause ne devrait pas, de manière générale, influencer sur son caractère abusif. C'est pourtant ce qui a été imaginé pour les clauses principales et les clauses financières d'un contrat de consommation.

§ 3. Le cas particulier des clauses principales et des clauses financières

288. Rappel : contrôle du caractère abusif des clauses principales et financières non claires et non compréhensibles. Nous avons déjà eu l'occasion de voir¹¹¹⁰ que les clauses qui définissent l'objet du contrat – clauses principales – et celles qui fixent le montant du prix – clauses financières – échappent, en principe, au contrôle de leur caractère abusif en vertu de l'alinéa 7 de l'article L. 132-1. Néanmoins, selon le même texte, ce contrôle est possible lorsque ces stipulations ne sont pas « rédigées de façon claire et compréhensible ». L'interprétation de ce texte a soulevé deux difficultés.

289. Première difficulté : le caractère non clair ou non compréhensible des clauses principales ou financières suffit-il à caractériser un déséquilibre significatif ? Certains auteurs répondent par l'affirmative à cette question¹¹¹¹. Ils estiment que cela est rendu possible par la rédaction de l'article L. 132-1, ce qu'ils critiquent par ailleurs¹¹¹². Pour notre part, nous avons déjà défendu l'idée selon laquelle un vice de forme n'est pas en lui-même de

¹¹¹⁰ Sur ce point, v. *supra* n°s 135 s..

¹¹¹¹ P. Lokiec, « Clauses abusives et crédit à la consommation », art. préc., spéc. n° 5 ; H. Claret, « Interprétation des contrats d'assurance et droit de la consommation », art. préc., n° 12 : « Le risque de glissement d'une clause ambiguë à une clause abusive, envisagé par certains, paraît bien réalisé » ; X. Lagarde, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », note préc., à propos de la modification opérée par l'ord. du 23 août 2001 : « La forme pourrait être abusive. Entre irrégularité formelle et clause abusive, il n'y aurait donc pas de ligne parfaitement étanche » ; N. Sauphanor-Brouillaud, « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », art. préc., n° 11 : « Cependant, l'article L. 132-1, alinéa 7, du Code de la consommation écarte cette restriction en cas de défaut de clarté et de compréhensibilité. En d'autres termes, l'ambiguïté de la clause lui confère un caractère abusif ; elle est alors réputée non écrite ».

¹¹¹² P. Lokiec, art. préc., spéc. n° 5 ; X. Lagarde, note préc. : « Observons en premier lieu que l'ajout est curieux : car voilà que la clause qui est le moins susceptible d'être déclarée abusive - le contrôle de l'abus n'est pas, comme chacun sait, un contrôle du juste prix - pourrait malgré tout subir cet outrage, prétexte pris d'une forme imprécise. Cette éventualité est d'ailleurs d'autant plus inattendue que le catalyseur de l'abus - la forme - serait *a priori* sans lien avec cette notion » ; X. Lagarde, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique », art. préc. : « En effet, il est déjà douteux qu'une imprécision formelle puisse constituer un abus. Il est encore plus douteux qu'une telle imprécision fasse dégénérer en abus une clause qui a priori ne peut être déclarée abusive ».

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

nature à engendrer un déséquilibre du contenu contractuel. C'est pourquoi nous considérons que l'article L. 132-1, alinéa 7 du Code de la consommation ne fait qu'étendre le champ du contrôle des clauses abusives dans un domaine où il est exclu *a priori* ; mais, lorsque ce contrôle s'exerce, c'est dans les mêmes conditions que dans son domaine habituel : il faudra donc rapporter la preuve du déséquilibre significatif exigé à l'alinéa 1^{er}. C'est d'ailleurs ainsi que procède la Commission des clauses abusives. Ainsi dans les avis qu'elle a rendus sur des clauses principales qu'elle a jugées ambiguës, elle s'est toujours attachée à démontrer en quoi elles créaient un déséquilibre significatif¹¹¹³.

290. Seconde difficulté : comment concilier l'exigence « générale » de transparence posée à l'article L. 133-2 du Code de la consommation et l'exigence « spéciale » de transparence des clauses principales et financières ?¹¹¹⁴ On sait notamment que l'article L. 133-2, alinéa 2, prévoit une sanction spécifique des clauses obscures et ambiguës, à savoir leur interprétation systématique en faveur du consommateur ou du non-professionnel¹¹¹⁵. Or l'article L. 132-1, alinéa 7, autorise, pour sa part, le contrôle du caractère abusif des stipulations principales et financières qui sont obscures et ambiguës. Tout recours à l'interprétation *contra proferentem* est-il alors exclu dans ce cas précis ? Le consommateur peut-il choisir le fondement sur lequel il veut agir ?¹¹¹⁶ A nouveau, aucun élément du texte ne nous permet de dissiper ces incertitudes. Priver le consommateur ou le non-professionnel de cette interprétation pour l'obliger à agir sur le fondement des clauses abusives nous semble critiquable et emporte des conséquences qui peuvent être regrettables pour lui. En effet, l'interprétation permet le maintien de la clause, ce qui peut présenter plus d'intérêt pour le non-professionnel ou le consommateur que le fait qu'elle soit reconnue abusive et réputée non écrite. Car il y a alors de fortes chances que l'éradication d'une clause principale ou financière emporte la nullité du contrat tout entier : « S'agissant de clauses relatives à l'objet du contrat, cela conduit à peu près dans toutes les hypothèses à tenir ce contrat pour nul puisque son objet

¹¹¹³ Avis n° 03-02 relatif à un contrat d'assurance complémentaire à un crédit : la clause limitant de la garantie des risques de décès et d'incapacité de travail temporaire au seul emprunteur, qui est « dénuée de clarté » est abusive en ce qu'elle « ne permet pas à chacun des co-emprunteurs solidaires de connaître clairement l'étendue de l'obligation de l'assureur » ; Avis n° 08-01 relatif à un contrat d'assurance garantissant contre le vol du téléphone portable : la clause d'exclusion de garantie qui n'est pas rédigée de façon claire et compréhensible, est abusive au motif qu'elle « a pour effet ou pour objet d'exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ».

¹¹¹⁴ H. Micklitz, rapport préc..

¹¹¹⁵ Sur ce point, v. *supra* n° 279 s..

¹¹¹⁶ H. Claret, art. préc., n° 11 : « Lorsqu'une clause est ambiguë, le juge dispose dès lors de deux instruments de rééquilibrage du contrat : l'art. L. 132-1 et l'art. L. 133-2 ».

disparaît et qu'il ne peut subsister sans lui »¹¹¹⁷. Or dans certains cas, la disparition du contrat n'est pas forcément avantageuse pour le non-professionnel ou consommateur, par exemple, pour un contrat d'assurance, « le souscripteur consommateur a tout intérêt à voir maintenu le contrat et à bénéficier de la garantie qu'il croyait lui être due. Autant retenir le caractère abusif d'une clause d'exclusion de garantie paraît opportun, autant en présence d'une clause définissant la garantie, ce fondement devient inadéquat, comme privant le consommateur assuré du bénéfice du contrat »¹¹¹⁸.

De même, on a vu que si une clause est incompréhensible, elle doit être déclarée inopposable au contractant¹¹¹⁹. Cette sanction est-elle envisageable pour les clauses financières et principales ou ces dernières sont-elles écartées seulement si leur caractère abusif est prouvé ? Le consommateur a-t-il le choix ? L'hypothèse confine à l'absurde car il sera sans doute difficile de rapporter la preuve du caractère non transparent des clauses principales et financières qui constituent la cause et l'objet de l'engagement du non-professionnel ou du consommateur. Surtout dans ce cas, l'action en nullité pour vice du consentement semble plus probable et plus efficace.

La limite posée à l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation pose davantage de problèmes qu'elle n'en résout, et il serait préférable d'y renoncer.

291. Non contrôle du caractère abusif des clauses principales et des clauses financières. Selon nous, il est discutable que les clauses principales ou financières puissent faire l'objet d'un contrôle de leur caractère abusif. On comprend mal comment les stipulations les moins susceptibles d'être reconnues abusives le deviendraient, et ce en raison d'un défaut rédactionnel qui en aucun cas ne peut constituer ni même indiquer un déséquilibre significatif¹¹²⁰.

Il serait préférable que ces stipulations soient soumises uniquement au contrôle de leur transparence en application de l'article L. 133-2 du Code de la consommation¹¹²¹ : elles

¹¹¹⁷ H. Claret, art. préc., n° 14. Et ce conformément à ce que prévoit l'art. L. 132-1 al. 8 c. consom. : « Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

¹¹¹⁸ H. Claret, art. préc., n° 14.

¹¹¹⁹ V. *supra* n°s 275 s..

¹¹²⁰ X. Lagarde, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », note préc..

¹¹²¹ Pour une critique de cette possibilité, v. J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 983 : « En conséquence, suivant l'article L. 133-2 alinéa du Code de la consommation, le juge devrait ici réintégrer le sens favorable à l'adhérent, c'est-à-dire le sens qui pouvait concentrer, chez ce dernier une attente raisonnable. Dès lors l'application de la règle de transparence aux clauses définissant les contreparties du contrat n'opérerait ni plus ni moins que comme un mode d'imposition des contre-prestations pouvant être raisonnablement attendues pour le type de contrat

devraient être inopposables lorsqu'elles sont non compréhensibles ou interprétées en faveur du consommateur ou du non-professionnel lorsqu'elles sont obscures ou ambiguës¹¹²².

Il est à craindre que cette proposition demeure un vœu pieux, étant donné que le droit français dépend du droit de l'Union européenne en la matière. Or ce dernier paraît attaché au contrôle du caractère abusif des clauses principales et financières qui ne sont pas rédigées de manière claire ou compréhensible, possibilité expressément prévue par la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011¹¹²³.

292. Conclusion de la section. Selon nous, le manque de transparence rédactionnelle d'une clause d'un contrat de consommation est, en principe, impropre à qualifier son caractère abusif. Il en découle qu'une stipulation formellement bien rédigée est la plus propice à faire l'objet du contrôle de l'article L. 132-1 Code de la consommation. En effet, du fait de sa clarté, elle est opposable au non-professionnel ou au consommateur, sans qu'il soit nécessaire de l'interpréter. La clause pouvant alors s'appliquer à lui avec toute sa force, c'est ce qui rend utile le contrôle de son contenu, et de l'éventuel déséquilibre significatif qu'elle crée¹¹²⁴. C'est pourquoi nous tenons à dénoncer un mouvement jurisprudentiel qui fonde l'absence de caractère abusif d'une stipulation sur sa clarté¹¹²⁵. Ainsi dans les arrêts rendus le 14 novembre 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation¹¹²⁶ relève le caractère

conclu ; son application aux clauses définissant le prix opérerait comme un mode de correction, non admis jusqu'alors, de prix lésionnaires. On déboucherait sur ce paradoxe que là où la loi interdisait encore au juge d'intervenir sur le fondement d'un contrôle du contenu du contrat – les obligations essentielles et le prix – elle le permettrait aujourd'hui sur le fondement d'un contrôle formel » ; *ibid*, p. 995 : « Parce que l'interprétation en faveur du consommateur est désormais posée comme règle, la Cour de cassation pourrait être amenée à contrôler son application. Or lorsque cette « interprétation » s'exercera à l'égard des définitions des contreparties ou de l'adéquation du prix, feront ni plus ni moins l'objet d'un contrôle unificateur de la Cour, dans les contrats de consommation, les contreparties ainsi que les équilibres tarifaires ! ».

¹¹²² Sans possibilité de recourir au contrôle subsidiaire de leur caractère abusif.

¹¹²³ Art. 80 § 2, in Annexe I, COM (2011) 635 final.

¹¹²⁴ Dès lors que la clause est rédigée de manière claire et compréhensible, le contrôle de sa transparence est exclu et seul le contrôle de son caractère abusif est possible. Pourtant, certains entretiennent la confusion entre les deux types de contrôle. Face à une stipulation transparente qui crée un déséquilibre significatif, ils envisagent de glisser d'un contrôle du fond à un contrôle de la forme, car « une clause "claire et précise" cesse de l'être [...] dès lors qu'il est manifeste qu'elle est contraire au but poursuivi par les contractants » (B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil – Obligations, contrat*, t. II, 6^e éd., Litec, 1998, n° 175). En d'autres termes, « une clause qui s'intègre mal au contenu du contrat, en y instillant un déséquilibre des droits et obligations des contractants, introduit dans l'esprit de la partie qui subit ce déséquilibre, si ce n'est une absence de clarté formelle, au moins une obscurité, facteur d'incompréhension : la distorsion est telle entre la clause présente et celle qui aurait dessiné un contenu équilibré pour ce contrat donné, que ce contractant ne saisit pas le sens de la disposition » (J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 988 et 989).

¹¹²⁵ V. D. Fenouillet, obs. préc., qui, au contraire, semble approuver cette pratique.

¹¹²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006 (4 arrêts), G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du », *Contrats, conc. consom.* 2007, ét. 2, p. 5, D. 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2007, II, 10056, G. PAISANT ; *RLDC* 2007, n° 35, p. 12, obs.

non ambigu des clauses dont elle écarte le caractère abusif. Par exemple, n'est pas abusive la stipulation excluant la prolongation de la garantie en cas d'échange de pièces ou de remise en état du véhicule, mais qui précise sans ambiguïté que la prolongation est due en cas d'immobilisation du bien ; de même, n'est pas abusive la clause rappelant sans ambiguïté que la garantie conventionnelle n'est pas exclusive de la garantie légale. Le lien ainsi créé entre transparence et absence de caractère abusif est erroné¹¹²⁷ : ce n'est pas parce que la stipulation est claire et compréhensible qu'elle n'est pas abusive ! Sa rédaction intelligible n'est pas la garantie d'un contenu équilibré.

293. Conclusion du chapitre. La notion de clause abusive a pour objet de lutter contre les abus de la liberté de fixer le contenu contractuel. À ce titre, elle ne peut jouer que lorsque le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties résulte du fond de la stipulation. C'est pourquoi il est impropre de faire appel à ce concept dès lors que la clause présente un défaut formel : « Pas plus que la notion de déséquilibre formel n'a de sens, pas plus celle de forme abusive n'a de consistance »¹¹²⁸. Ni une clause mal présentée ni une clause mal rédigée ne devraient, en principe¹¹²⁹, être qualifiées d'abusives. Ces irrégularités formelles ont, en effet, des sanctions propres qui sont pleinement efficaces et qui rendent superflu le recours à la notion de clause abusive. Il est vrai que, le plus souvent, ces sanctions ne sont pas légalement prévues, ce qui a pu conduire à l'imbrroglio actuel. C'est pourquoi nous proposons d'y remédier en modifiant l'article L. 133-2 du Code de la consommation qui pourrait être ainsi rédigé :

« Les clauses des contrats proposés par des professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.

Les clauses illisibles en raison de leur présentation ou incompréhensibles en raison de leur rédaction sont inopposables au consommateur ou au non-professionnel.

Les clauses obscures ou ambiguës s'interprètent, lorsque cela est possible, dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent

S. DOIREAU ; *RLDC* 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; *RTD com.* 2007, p. 437, obs. B. BOULOC.

¹¹²⁷ Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 362 : « Une clause même claire, simple, évidente et précise pourra être qualifiée d'abusive sur la seule considération de son caractère draconien ».

¹¹²⁸ X. Lagarde, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », note préc.

¹¹²⁹ La seule exception est le cas d'une clause obscure ou ambiguë qui, ne pouvant être interprétée dans un sens favorable au non-professionnel ou au consommateur, pourra faire l'objet du contrôle de son caractère abusif, v. *supra* n°s 284 s..

DÉLIMITATION FONCTIONNELLE

alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6 »¹¹³⁰.

Est ainsi fixée une nouvelle borne du champ d'application de la notion de clause abusive : cette qualification n'a d'autonomie propre que si elle est appliquée à des clauses d'un contrat de consommation qui sont formellement bien présentées et bien rédigées¹¹³¹.

*
* *

294. Conclusion du titre. La notion de clause abusive est aujourd'hui appliquée, à tout-va, à des clauses qui ne méritent pas une telle qualification, ce qui crée un flou critiquable. Ce dévoiement s'explique d'abord par le fait que l'objet de cette notion n'a jamais été bien explicité¹¹³², de sorte que l'on s'en est emparé pour lutter contre toutes sortes d'injustices dans le contrat, alors même que ces injustices ne relèvent pas des mêmes préoccupations. En outre, la notion prospère en droit de la consommation où il est de bon ton de juger opportune toute solution dès lors qu'elle est favorable au consommateur, quand bien même elle ferait fi des principes juridiques les plus élémentaires ! Une telle attitude est d'autant plus regrettable qu'il a été démontré qu'il existait des remèdes à chaque situation et qu'abandonner la qualification de clause abusive, dans certains cas, ne laissait pas le non-professionnel ou le consommateur démuné, bien au contraire. Il est grand temps de cesser d'entretenir de telles confusions : les clauses illicites, mal présentées ou mal rédigées ne doivent plus être déclarées abusives ; les clause légales ne devront jamais l'être.

¹¹³⁰ Cette formulation s'appuie sur la rédaction actuelle de l'art. L. 133-2 c. consom., et sur les propositions de réforme de la commission de refonte du droit de la consommation déjà évoquées (*Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., art. 97 et 98 et *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., art. L. 97 et L. 98).

¹¹³¹ Seules exceptions, les clauses principales ou financières, dont on ne devrait jamais reconnaître le caractère abusif, même si elles sont mal rédigées, v. *supra* n^{os} 288 s..

¹¹³² Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n^o 463 s..

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

295. Au terme de cette première partie, il apparaît que la délimitation de la notion de clause abusive met un terme au malaise qu'inspirent les applications hasardeuses dont elle a pu faire – ou fait encore – l'objet. L'idée sur laquelle repose cette entreprise est au fond très simple : revenir aux prémices de la notion en faisant respecter son champ d'application et sa fonction. Dès lors, elle n'est appelée à jouer que dans les cas restreints pour lesquels elle a été prévue.

Ainsi, destinée à protéger les personnes présumées en situation de faiblesse vis-à-vis des professionnels, la notion de clause abusive ne peut être logiquement invoquée qu'à l'encontre d'une stipulation d'un contrat de consommation. Ce dernier se définit, non par son objet, mais en regard de la qualité des personnes contractantes. Seuls les consommateurs, personnes physiques agissant dans un but personnel et familial, ou les non professionnels, personnes morales sans activité professionnelle, peuvent valablement se prévaloir de la protection contre les clauses abusives dans les contrats qu'ils concluent avec des professionnels, personnes physiques ou morales qui exercent une activité professionnelle régulière, qu'elle soit de nature privée ou publique. Ces derniers, en revanche, ne peuvent en bénéficier en aucun cas. La notion de clause abusive, telle qu'elle découle de l'article L. 132-1 est une notion de droit de la consommation et doit le rester.

La notion de clause abusive a pour fonction de sanctionner les abus de liberté contractuelle. Il en résulte qu'elle ne peut prospérer qu'à l'encontre des clauses qui sont révélatrices d'un tel abus. Elle est ainsi applicable uniquement aux stipulations qui sont substantiellement et formellement valables – parce que licites, bien présentées et bien rédigées.

La délimitation de la notion de clause abusive contribue à lui rendre, pour partie, son intégrité originelle et lui fait incontestablement gagner en clarté et en précision. Elle en ressort confortée et renforcée. Cette étape, nécessaire, est cependant insuffisante pour appréhender toutes ses facettes, car on ignore encore comment identifier, parmi les stipulations qui peuvent être qualifiées d'abusives, celles qui le sont effectivement. Telle est la question qu'il convient d'aborder désormais.

PARTIE II. **L'IDENTIFICATION DE LA** **NOTION DE CLAUSE ABUSIVE**

296. Identification des clauses abusives et déséquilibre significatif. L'identification de la notion de clause abusive consiste à déterminer quelles sont les stipulations des contrats de consommation¹¹³³ qui, bien que formellement et substantiellement valables¹¹³⁴, sont néanmoins abusives. L'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation désigne comme telles 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 ». Il en résulte que le « déséquilibre significatif » est la pierre angulaire sur laquelle repose tout l'arsenal de lutte contre les clauses abusives et que leur identification passe nécessairement par son étude approfondie.

Cette analyse se fait en deux temps. Il s'agit, d'abord, de se pencher sur le standard du déséquilibre significatif, d'un point de vue théorique, afin d'en tirer tous les enseignements possibles sur la notion de clause abusive (Titre I). Cependant, cette démarche se révèle insuffisante pour appréhender tous ses arcanes. C'est pourquoi s'impose une étude empirique du déséquilibre significatif consistant à synthétiser trente-cinq ans de pratique de la législation des clauses abusives afin d'identifier leurs critères (Titre II).

¹¹³³ V. *supra* n^{os} 13 s..

¹¹³⁴ V. *supra* n^{os} 146 s..

TITRE I. IDENTIFICATION THEORIQUE : LE STANDARD DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

297. Le « déséquilibre significatif » : un standard¹¹³⁵. Le « déséquilibre significatif », critère des clauses abusives posé à l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, appartient à la catégorie des standards¹¹³⁶. Or cette qualification n'est pas anodine et emporte nécessairement des conséquences juridiques.

En effet, le standard est un type de normes à part entière. Il a été identifié, pour la première fois, par Roscoe Pound, doyen de l'Université de Harvard, qui l'a distingué de trois autres genres d'instruments juridiques : les règles, les principes et les concepts¹¹³⁷. Si cette norme a pris tout son sens surtout dans les pays anglo-saxons, avec notamment « l'homme raisonnable »¹¹³⁸, elle innerve aussi toutes les branches du droit français. Citons, par exemple,

¹¹³⁵ Sur la notion de standard, v. not. J. BECQUART, *Les mots à sens multiples en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, th. Lille, 1928 ; Ph. COËT, *Les notions-cadres dans le Code civil, études des lacunes intra legem*, th. Paris II, 1985 ; G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, Cours de doctorat*, 1970-1971, Les cours du droit, p. 219 ; Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1984 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 135, 1980 ; Ph. DELEBECQUE, « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ* 1988, p. 871 ; E. MACCKAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, mars 1979, n° 53, p. 33 ; J. MAURY, « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », in *Etudes Lambert*, Sirey, LGDJ, 1938, t. 1, p. 421 ; Ch. PERELMAN, « L'usage et l'abus des notions confuses », (*Revue logique et analyse*, mars 1978, n° 81, p. 3 ; A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *RID comp.* 1970, p. 247.

« Les standards dans les divers systèmes juridiques », *Rev. rech. jur. dr. prosp.* 1988-4, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, dossier p. 805 s., v. not. : J.-L. BERGEL, « Avant Propos », p. 805 s. ; E. PATTARO, « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », p. 813 s. ; J.-S. NAVARRO, « Standards et règles de droit », p. 833 s. ; Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », p. 1181 s.

¹¹³⁶ En ce sens, v. Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, 4 éd., ss dir. Ph. MALAURIE et L. AYNES, Defrénois, coll. Droit civil, 2012, n° 250 ; G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, coll. Litec Professionnels droit commercial, 2011, n° 404 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2013, n° 325 ; P. LOKIEC, « Clauses abusives et crédit à la consommation », *RD bancaire et fin.* mai-juin 2004, n° 3, p. 221, F.-X. TESTU, « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1er février 1995) », *D. aff.* 1996, art. p. 372.

Pour une position plus nuancée, v. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 326, 2000, n° 416 s., spéc. n° 422 : « L'abus est le standard. Le critère du déséquilibre significatif guide ainsi l'interprète dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Il ressort de la catégorie des « sous-standards » auxquels le législateur recourt lorsqu'il veut fournir des indications utiles à l'application d'un standard ».

¹¹³⁷ R. POUND, *The administrative application of legal standard*, Reports of American bar association, 1919, t. XLIV, p. 12.

¹¹³⁸ Dans le même sens, v. N. Sauphanor, th. préc., n° 416.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

l'ordre public et les bonnes mœurs¹¹³⁹, la bonne foi¹¹⁴⁰, le bon père de famille¹¹⁴¹, l'intérêt de l'enfant¹¹⁴² ou celui des associés¹¹⁴³ ainsi que le déséquilibre significatif.

Les standards sont des notions juridiques à part entière et ils tirent cette qualité de leur inclusion dans une règle de droit¹¹⁴⁴. D'ailleurs le Conseil constitutionnel a expressément reconnu cette qualité au standard du déséquilibre significatif dans sa décision du 13 janvier 2011¹¹⁴⁵ sur la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 442-6, I, 2° du Code de commerce. Il estime, en effet, que « pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation ».

Comme toute catégorie juridique, les standards présentent des caractéristiques essentielles qui leur sont propres. Pour les identifier, retenons la définition adoptée par le *Vocabulaire juridique* selon lequel le terme est utilisé :

« Pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques (références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique), occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant »¹¹⁴⁶.

¹¹³⁹ Ex. : art. 6 c. civ. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹¹⁴⁰ Ex. : art. 1134 al. 3. c. civ. : « Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ».

¹¹⁴¹ Ex. : art. 1880 c. civ. : « L'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée ».

¹¹⁴² Ex. : art. 371-1 c. civ. : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

¹¹⁴³ Ex. : art. 1833 c. civ. : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

¹¹⁴⁴ N. Sauphanor, th. préc., n° 417.

¹¹⁴⁵ Cons. constit., déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *Rev. Lamy de la concurrence*, avril-juin 2011, n° 27, p. 41 ; A. DADOU, « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? », *LPA* 13 avril 2011, n° 73, p. 17 ; J.-L. FOURGOUX, « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », *Contrats conc. consom.* 2011, ét. 5 ; D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP G* 2011, n° 10, p. 477 ; Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil Constitutionnel », *D.* 2011, note p. 414 ; D. TRICOT, « Vers un équilibre significatif dans les pratiques commerciales », *concurrences : revue des droits de la concurrence* mars 2011, n° 1, p. 26 ; J. ZOUGHBI, « Le déséquilibre significatif conforme à la Constitution ! », *Décideurs. Stratégie Finance Droit*, n° 2010-2011, p. 149 ; *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 62, note N. MATHEY ; *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 63, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES.

¹¹⁴⁶ V° Standard, in *Vocabulaire juridique*, ss dir. G. CORNU, 9^e éd., PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2011, sens 1. Nous soulignons.

Il s'agit d'une présentation classique du standard, v. not. en ce sens N. Sauphanor, th. préc., n° 416 ; J.-L. Bergel, art. préc., spéc. p. 806 qui définit les standards comme des « notions à contenu variable, flou,

Il en ressort deux traits distinctifs des standards : il s'agit de notions au contenu indéterminé qui nécessitent une appréciation par le juge. Le déséquilibre significatif, en tant que tel, est donc nécessairement une notion floue dont la définition est *a priori* difficile à préciser (Chapitre I) et qui ne peut être révélée que par une appréciation (Chapitre II).

indéterminé, [introduites délibérément dans le texte de la loi] pour laisser au juge le soin de les préciser dans chaque espèce avec une plus grande liberté d'appréciation ».

CHAPITRE I.

LA DEFINITION DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

298. Définition du déséquilibre significatif à l'aune de sa qualité de standard. À en croire certains auteurs¹¹⁴⁷, définir le « déséquilibre significatif », critère instauré à l'article L. 132-1 du Code de la consommation pour caractériser les clauses abusives, serait une gageure. Trop floue, trop vague, trop fuyante... La notion échapperait à toute systématisation.

Pour sortir de cette impasse, il faut essayer de la penser autrement : non pas en elle-même, mais à l'aune de sa qualité de standard. Ce point de vue permet ainsi de raisonner à partir de données bien connues, les éléments de définition des standards, et de les appliquer au critère de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Cette démarche nous renseigne d'abord sur sa nature : le déséquilibre significatif renvoie à un modèle de conduite (Section I). Elle permet de comprendre, en outre, que son caractère flou est une composante même de sa définition puisqu'en tant que standard, il est nécessairement, du moins d'un point de vue théorique, une notion indéterminée (Section II).

SECTION I. LA NATURE DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF : UN MODELE DE CONDUITE

299. Le standard, un modèle de conduite. L'étymologie du terme anglais « standard » qui signifie « niveau, modèle, étalon, moyenne »¹¹⁴⁸ éclaire sur la nature même de cet instrument juridique. Toutes les définitions se rejoignent d'ailleurs pour le qualifier de type-modèle¹¹⁴⁹, de ligne de conduite¹¹⁵⁰, d'étalon¹¹⁵¹ ou encore de notion-cadre¹¹⁵². D'autres expriment cette caractéristique, de manière plus imagée, en le considérant comme le « sextant qui permet au commandant d'un navire de faire le point en longitude et en latitude. Après quoi se déduira la route à suivre »¹¹⁵³.

¹¹⁴⁷ V. par ex., Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 325 ; J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, coll. Thémis, 1996, p. 349 ; F.-X. TESTU, « La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995) », *D. aff.* 1996, 372, n° 13.

¹¹⁴⁸ V° Standard, *in Vocabulaire juridique, op. cit.*, sens 1.

¹¹⁴⁹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^e éd., 1951, p. 111.

¹¹⁵⁰ E. Pattaro, , art. préc., spéc. p. 819.

¹¹⁵¹ S. Rials, th. préc., 1980, n° 93.

¹¹⁵² M.-O. STATI, *Études Gény*, t. 2, p. 244 ; cité par J.-L. Bergel, art. préc., spéc. p. 806.

¹¹⁵³ M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury : les restrictions contractuelles à la liberté du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'institut comparé de Lyon », *RTD civ.* 1926, p. 265, spéc. p. 269.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

De ce point de vue, le standard du déséquilibre significatif se singularise. En effet, il serait absurde de considérer que le déséquilibre significatif est la ligne de conduite à observer ; il apparaît plutôt comme un anti-modèle à ne suivre en aucun cas ! Dès lors, quelle est la notion-cadre à laquelle le déséquilibre significatif renvoie implicitement, mais nécessairement ? Il apparaît que ce standard fait référence à un modèle de conduite fondé sur l'équilibre normal du contrat (§1), tel qu'il découle du droit supplétif des contrats (§2).

§ 1. Un modèle de conduite fondé sur l'équilibre normal du contrat

300. Un standard renvoie à un modèle de conduite « normale ». Les standards sont traditionnellement conçus comme des règles de renvoi¹¹⁵⁴ au critère de normalité. Roscoe Pound exprimait déjà cette idée en écrivant qu'ils sont une « mesure moyenne de conduite sociale correcte »¹¹⁵⁵. Depuis tous les auteurs vont en ce sens et expliquent que le standard :

« [Renvoie] à la normalité, technique ou sociale, c'est-à-dire à un système où la norme est définie comme la moyenne des comportements acceptables, raisonnables ou équitables »¹¹⁵⁶ ;

« Vise à permettre la mesure des comportements et de situations en termes de normalité »¹¹⁵⁷ ;

« S'entend comme les critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société du moment où les faits doivent être appréciés »¹¹⁵⁸ ;

« Permet de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger »¹¹⁵⁹.

Ainsi le standard apparaît un modèle de conduite de référence, un comportement jugé normal, acceptable, correct, moyen. Examinons les conséquences que cela emporte sur l'analyse du déséquilibre significatif.

301. Le standard du déséquilibre significatif renvoie à l'équilibre normal du contrat. En tant que standard, le déséquilibre significatif de l'article L. 132-1 du Code de la consommation est donc censé faire référence à un modèle de conduite normale. Plus exactement, comme le constate Madame Rochfeld, il renvoie « à ce qu'il n'est pas, c'est-à-dire à la normalité du type contractuel utilisé, à la répartition normale de ses obligations »¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁴ E. Pattaro, , art. préc., spéc. p. 819.

¹¹⁵⁵ R. Pound, *op. cit.*.

¹¹⁵⁶ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, éd. du Seuil, 1994, p. 122. Nous soulignons.

¹¹⁵⁷ S. Rials, th. préc., n° 93. Nous soulignons.

¹¹⁵⁸ Ch. Perelman, art. préc., spéc. p. 368. Nous soulignons.

¹¹⁵⁹ M.-O. Stati, *op. cit.*. Nous soulignons.

¹¹⁶⁰ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, n° 467.

Appliqué aux clauses abusives, il fait écho, par conséquent, à l'idée de stipulation normale, plus précisément à l'idée de clause normalement, moyennement ou encore correctement équilibrée.

Néanmoins, cette conclusion n'a de valeur que si l'on sait en quoi consiste une clause normalement équilibrée, et quel est le modèle d'équilibre auquel l'article L. 132-1 du Code de la consommation renvoie. Or il y a deux manières de le concevoir, subjectivement ou objectivement¹¹⁶¹. L'idée d'un équilibre contractuel normal et subjectif relève de la doctrine de l'autonomie de la volonté, selon laquelle « qui dit contractuel dit juste ». L'équilibre de la convention découle de l'accord des parties : quel qu'il soit, il est jugé normal tant que la qualité de leur consentement est préservée.

Cependant, nous avons déjà eu l'occasion de constater que la législation consumériste entend s'éloigner de la toute-puissance de l'autonomie de la volonté¹¹⁶². Pour preuve, la protection contre les clauses abusives a lieu, au terme de l'article L. 132-1, alinéa 4 *in fine*, même à l'encontre des stipulations qui ont été individuellement négociées. Or, comme le souligne Monsieur Stoffel-Munck, « si la négociation lucide n'exclut nullement la qualification d'abus, c'est bien que l'équilibre qu'il convient d'instaurer n'est pas celui que la volonté des parties peut déterminer »¹¹⁶³. Dès lors, l'équilibre contractuel normal, protégé par la législation contre les clauses abusives, est nécessairement d'essence objective. Il ne ressort pas des parties, mais « d'une espèce d'équilibre idéal qui devrait partout régner et dont le juge ou le législateur sont présentés comme les garants »¹¹⁶⁴. Cet équilibre idéal auquel renvoie le standard du déséquilibre significatif est constitué par le droit supplétif des contrats.

§ 2. Un modèle de conduite fondé sur le droit supplétif des contrats

302. Plan. Certains prétendent que déterminer ce qu'est une clause normalement équilibrée, modèle de référence auquel renvoie le standard du déséquilibre significatif, serait divinatoire et relèverait au mieux de l'équité du juge, au pire de son arbitraire. En réalité, il est de l'essence même du droit supplétif d'établir un modèle d'équilibre contractuel (A). C'est pourquoi il est logique d'y recourir, dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives, pour limiter la liberté contractuelle¹¹⁶⁵ (B).

¹¹⁶¹ Dans le même sens, v. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, n^{os} 364 s..

¹¹⁶² Sur le lien entre clause abusive et autonomie de la volonté, v. *supra* n^o 6.

¹¹⁶³ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n^o 365.

¹¹⁶⁴ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n^o 366.

¹¹⁶⁵ Sur le lien entre clause abusive et liberté contractuelle, v. *supra* n^{os} 147 s..

A. Le droit supplétif comme modèle d'équilibre contractuel

303. Vision restrictive du droit supplétif : la suppléance de volonté. Comme leur nom l'indique, les règles supplétives de volonté sont censées pallier le silence des parties et traduire ainsi leur volonté tacite¹¹⁶⁶. Traditionnellement cantonné à ce rôle, le droit supplétif a longtemps été regardé comme « un pis-aller, applicable faute de mieux »¹¹⁶⁷. Pourtant, il apparaît que le droit supplétif doit être mieux considéré et est appelé à jouer un rôle primordial d'exemple de normalité contractuelle.

304. Vision renouvelée du droit supplétif : expression de la normalité contractuelle. En réalité, le droit supplétif n'est pas seulement l'expression de la suppléance des volontés, mais aussi celle « des vues idéales de l'ordre juridique et notamment de la normalité contractuelle »¹¹⁶⁸. La dimension axiologique du droit supplétif existait déjà dans la tradition romaniste¹¹⁶⁹, et le Code civil ne l'ignore pas : « Le souffle de Domat et de Pothier comme la vigueur des convictions chrétiennes de Portalis s'allient à l'humanisme des Lumières pour le laisser deviner »¹¹⁷⁰. Pourtant cette idée a pris du temps pour s'imposer en droit français¹¹⁷¹.

305. Vision renouvelée du droit supplétif : l'évolution doctrinale. Dès le début du XX^{ème} siècle, trois auteurs, Gény, Saleilles et Gounot, ont remis en cause la traditionnelle opposition entre règles impératives et règles supplétives, notamment dans le but de renforcer l'autorité de ces dernières.

Ainsi Gény a renommé règles « dispositives »¹¹⁷² le droit supplétif¹¹⁷³, ce nouvel adjectif étant choisi pour insister sur sa valeur de modèle :

¹¹⁶⁶ Dans le même sens, v. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 24.

¹¹⁶⁷ C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004, n° 458.

¹¹⁶⁸ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 583.

¹¹⁶⁹ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n°s 527 s..

¹¹⁷⁰ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 455.

¹¹⁷¹ Notre étude se borne au droit français, mais l'idée selon laquelle le droit supplétif est un modèle de la normalité contractuelle existe dans d'autres ordres juridiques, soit encore au stade doctrinal, v. not. en droit québécois, G. TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », in *Problèmes de droit contemporain, Mélanges Louis Baudouin*, ss dir. de A. POPOVICI, PU Montréal, 1974, p. 217 s., spéc. p. 225-233 (qui voit dans les dispositions supplétives « une sorte de mesure de l'équilibre contractuel que chacun doit observer ») ; soit qu'elle ait été légalement consacrée, v. not. en droit allemand, la loi du 9 décembre 1976 relative aux conditions générales d'affaires (sur laquelle, v. C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 536 s.).

¹¹⁷² Le terme est emprunté à la doctrine allemande.

¹¹⁷³ À l'origine de la pensée de Gény, le droit dispositif constituait, à côté des règles impératives et supplétives, une troisième catégorie de règles, fondées sur le principe de « l'équilibre des intérêts privés en balance » (Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. II, LGDJ, 2^e éd., 1919, n° 170), mais, par la suite, il a fait évoluer sa pensée et l'adjectif dispositif désignait les règles supplétives

« C'est bien d'autorité, et par décision propre, que le législateur édicte ces règles dispositives ; et s'il s'inspire, pour les arrêter, de la volonté probable des intéressés, il ne s'agit pas d'une volonté concrète considérée dans la personne individuelle de ceux-ci, mais plutôt d'une volonté abstraite, évaluant en bon sens les intérêts en jeu et mesurée sur l'opinion commune du public en général »¹¹⁷⁴.

De son côté, Saleilles consacre aussi la notion de règles dispositives, mais en tant que sous-catégorie des règles supplétives¹¹⁷⁵. Dans son système, les premières ont une autorité renforcée par rapport aux secondes : elles pourront s'appliquer « contre la volonté certaine des parties du moment que cette volonté [...] n'est pas assez formelle pour préciser ce qu'elle entendait lui substituer »¹¹⁷⁶ tandis que le droit supplétif pourra être écarté dans n'importe quelle circonstance. En d'autres termes, les règles dispositives sont estimées d'une certaine importance qui implique que le fait d'y déroger soit spécialement justifié.

Gounot, enfin, constate, à propos des règles non impératives « qu'assez diverse est leur nature et que si les unes sont fondées sur des présomptions générales de volonté, les autres reposent beaucoup plus sur des considérations d'équité ou d'intérêt général que sur des intentions tacites »¹¹⁷⁷. Il arrive ensuite à la conclusion selon laquelle le droit supplétif traduit une certaine normalité contractuelle :

« En réalité, quand le législateur réglemente la vente, le louage, le prêt et les autres types d'opérations juridiques qui lui paraissent devoir jouer un rôle dans la vie sociale, il s'inspire, non pas de la psychologie individuelle des parties considérées *in concreto* – elle est pour lui imprévisible et impénétrable – mais du but objectif normal de ces diverses opérations »¹¹⁷⁸.

D'autres auteurs ont poursuivi dans cette voie. Ainsi Batiffol critiquait comme « simpliste » l'idée selon laquelle les dispositions du Code civil, notamment supplétives, auraient pour seul objet de faire respecter la libre volonté des parties¹¹⁷⁹. De son côté, Monsieur Berlioz s'est intéressé à la notion allemande « de normes semi-impératives, c'est-à-dire de normes qui sont *jus dispositivum* pour les contrats négociés et *jus cogens* pour les

(Fr. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n° 237).

¹¹⁷⁴ Fr. Géný, *op. cit.*, n° 237. Nous soulignons.

¹¹⁷⁵ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, art. 116-144, Pichon, Paris, 1901.

¹¹⁷⁶ R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Mélanges de droit comparé, Pichon, Paris, 1904, p. 49.

¹¹⁷⁷ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912, p. 97.

¹¹⁷⁸ E. Gounot, th. préc., p. 186. Nous soulignons.

¹¹⁷⁹ H. BATIFFOL, *La « crise du contrat » et sa portée*, Arch. de Philo. du droit, t. 12, Sirey, 1968, p. 14 s., p. 27.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

contrats d'adhésion »¹¹⁸⁰. De même, l'idée selon laquelle le droit supplétif incarne une certaine normalité se retrouve sous toutes les grandes plumes de la fin du XX^{ème}. Ainsi Carbonnier écrivait, à propos des règles supplétives qu' « à la vérité, c'est le législateur qui, en se fondant sur des considérations d'utilité et d'équité, a posé une règle objective, obligatoire pour tous en principe, même si elle est assortie d'une faculté d'y déroger par exception »¹¹⁸¹. D'après Cornu, par les lois supplétives, le législateur « forge un modèle idéal, c'est-à-dire une solution type qui lui paraît la mieux adaptée – tous facteurs considérés – au milieu social auquel il le destine ». Selon Monsieur Calais-Auloy, « par ces règles [supplétives], le législateur cherche à établir un équilibre entre les intérêts des contractants »¹¹⁸². Pareillement, on peut lire sous la plume de Mademoiselle Viney que les règles supplétives apparaissent « de plus en plus aujourd'hui comme "le modèle à reproduire" parce qu'elles sont censées indiquer la solution qui concilie le mieux les intérêts en cause »¹¹⁸³. Monsieur Terré, quant à lui, voit dans « les dispositions du droit commun [...] une base d'équilibre »¹¹⁸⁴.

Enfin, plusieurs thèses ont repris à leur compte, de manière plus ou moins directe, l'idée selon laquelle le droit supplétif représente les valeurs idéales promues par l'ordre juridique qui les édicte. Ainsi lit-on que les contrats deviennent « de moins en moins la chose des parties et de plus en plus la chose que des parties raisonnables auraient voulue », entendu comme étant ce que « la normalité commande qu'il soit »¹¹⁸⁵, que les règles supplétives représentent « l'expression de la normalité attachée à un contrat donné »¹¹⁸⁶ ou « l'énoncé de relations contractuelles raisonnables »¹¹⁸⁷, que « les dispositions supplétives du droit spécial des contrats visent à permettre à l'opération contractuelle de se développer de manière équilibrée »¹¹⁸⁸. C'est, enfin, l'étude menée par Cécile Pérès-Dourdou qui conceptualise tout à fait cette idée en droit français. Selon elle, la règle supplétive, « représentant les valeurs et les

¹¹⁸⁰ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 132, 1973, n° 218.

¹¹⁸¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 2000, n° 37.

¹¹⁸² *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé de la consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, 1984.

¹¹⁸³ G. VINEY, préface de la th. de C. Pérès-Dourdou, préc..

¹¹⁸⁴ Fr. TERRE (dir.), *Le consommateur et ses contrats*, éd. du Juris-Classeur, coll. Juriscompact, 2002, p. 261 s., spéc. p. 263, n° 017-05.

¹¹⁸⁵ Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-Marseille III, 1981, n° 278.

¹¹⁸⁶ J. Rochfeld, th. préc., n° 399.

¹¹⁸⁷ M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n° 133.

¹¹⁸⁸ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 367.

vues idéales de l'ordre juridique », constitue « le modèle que celui-ci juge préférable entre tous »¹¹⁸⁹. Elle la décrit comme « l'incarnation symbolique d'une normalité, constitutive d'une représentation idéale des rapports juridiques »¹¹⁹⁰. Elle la qualifie de « modèle, en tant qu'elle représente un type idéal à reproduire, traduisant les valeurs auxquelles l'ordre juridique marque son attachement en les érigeant en devoir-être, exprimant une normalité axiologique »¹¹⁹¹.

306. La normalité du droit supplétif et le déséquilibre significatif. Il est admis que le droit supplétif incarne un modèle de normalité contractuelle. Dès lors, le standard du déséquilibre significatif renvoie à l'équilibre normal du contrat¹¹⁹² qui est instauré par les règles supplétives. Cela implique, par conséquent, que soient considérées comme abusives les stipulations qui « apparaissent incompatibles avec le modèle idéal, juste et équilibré, que traduit la règle supplétive correspondante »¹¹⁹³. Ainsi c'est à l'aune du droit supplétif, « de ce que le consommateur est en droit d'attendre du contrat, c'est-à-dire les normes habituelles »¹¹⁹⁴, que les clauses doivent être appréciées. Le critère du déséquilibre significatif posé par l'article L. 132-1 s'apprécie donc par rapport à l'équilibre supplétif établi par le législateur¹¹⁹⁵, soit par les dispositions générales sur les contrats ou obligations conventionnelles et les règles relatives aux contrats spéciaux du Code civil, soit par les textes du Code de commerce ou du Code de la consommation, soit encore par des textes spécifiques¹¹⁹⁶.

Il en ressort que le droit supplétif acquiert un rôle nouveau de limitation de la liberté contractuelle.

¹¹⁸⁹ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 492.

¹¹⁹⁰ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 458.

¹¹⁹¹ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 584.

¹¹⁹² Sur ce point, v. *supra* n° 300 s..

¹¹⁹³ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 553.

Dans le même sens, v. C. DANGLEHANT, « Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », *D.* 1995, p. 127 qui écrivait au sujet du déséquilibre significatif qu'« il s'agit de prouver un déséquilibre dérogeant au droit commun ».

¹¹⁹⁴ Fr. Terré (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 263, n° 017-05.

¹¹⁹⁵ Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 457.

¹¹⁹⁶ Par exemple, L. n° 89-462, 6 juillet 1989 sur la location d'habitation.

B. Le droit supplétif comme limite à la liberté contractuelle

307. Position du problème. L'équilibre contractuel supplétif est le modèle de référence en considération duquel se mesure « l'abus de liberté contractuelle »¹¹⁹⁷ que réalise la clause litigieuse. Ainsi droit supplétif et législation contre les clauses abusives poursuivent le même but : la limitation de cette liberté. Cette affirmation ne va pourtant pas de soi, car c'est reconnaître au droit supplétif un rôle qu'on lui a longtemps refusé.

308. Droit supplétif et liberté contractuelle absolue. Pendant longtemps, la distinction traditionnelle entre règles impératives et règles supplétives était considérée comme absolue. Il en découlait que la liberté de principe dont dispose tout sujet de déroger à la solution, édictée par l'ordre juridique, à titre supplétif, était illimitée. Les parties contractantes pouvaient ainsi laisser libre cours à leur imagination pour modifier, atténuer, renforcer ou supprimer la règle supplétive. Ainsi comprise, cette dernière « ne saurait jamais ériger un quelconque obstacle à l'expression, *souhaitée et conçue comme la plus libre possible*, de la volonté individuelle »¹¹⁹⁸. Cette solution était d'ailleurs logique tant qu'on considérait le droit supplétif comme la seule suppléance à la volonté des parties.

309. Droit supplétif et encadrement de la liberté contractuelle. En revanche, dès lors que les règles supplétives s'imposent comme un modèle incarnant les valeurs idéales auxquelles l'ordre juridique est attaché, il ne paraît plus cohérent d'admettre toutes les dérogations quelles qu'elles soient : celles qui violent ces valeurs devraient être condamnées¹¹⁹⁹. En effet, comme le constate Madame Sinay-Cytermann, « à partir du moment où l'on met en évidence les considérations d'équité qui animent les lois non impératives, on admet beaucoup plus difficilement les exclusions, même par clauses expresses, de certaines obligations décrites par ces dispositions légales »¹²⁰⁰. Ainsi s'établit une tension dynamique « entre, d'un côté, la liberté de principe dont jouissent les individus en présence d'une règle supplétive et, de l'autre, la normalité idéale qu'exprime, selon l'ordre juridique qui l'édicte, la règle supplétive »¹²⁰¹.

¹¹⁹⁷ Sur le fait que la notion de clause abusive sanctionne un abus de liberté contractuelle, v. *supra* n° 147 s..

¹¹⁹⁸ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 459.

¹¹⁹⁹ Dans le même sens, v. C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 493 : « il peut s'avérer nécessaire de lutter contre celles des manifestations de la volonté individuelle qui mettent en péril la normalité qu'incarne la règle supplétive ».

¹²⁰⁰ A. SINAY-CYTERMANN, « La Commission des clauses abusives et le droit commun des obligations », *RTD civ.* 1985, p. 471, n° 30.

¹²⁰¹ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 525.

Certains auteurs ont bien senti cette évolution du rôle du droit supplétif. Ainsi Mademoiselle Viney désigne les règles supplétives comme les « textes décrivant les obligations normalement attachées aux types de contrats les plus usuels »¹²⁰², car elle estime que la formule permet de « mesurer à quel point la liberté de déterminer le contenu obligatoire du contrat est aujourd'hui en recul »¹²⁰³. D'autres ont clairement affirmé l'idée selon laquelle les dérogations au droit supplétif doivent être mesurées :

« Ces règles normales [doivent prévaloir] sur cette liberté excessive de contracter et (permettre) de corriger les stipulations particulières d'un contrat lorsqu'elles s'écartent trop de la normalité »¹²⁰⁴ ;

« Le droit dit supplétif, en matière civile, se trouve de plus en plus dans une situation de minimum de référence, par rapport auquel il faut justifier tout éloignement »¹²⁰⁵.

Ce rôle nouveau du droit supplétif a été mis en lumière par Cécile Pérès-Dourdou. Selon elle, la règle supplétive est non seulement modèle, mais aussi « ordre, en ce que la liberté de principe qu'elle présuppose au bénéfice des sujets de droit n'est pas absolue mais relative, le modèle supplétif devant être intégré à l'encontre de la volonté individuelle exprimée lorsque celle-ci franchit un seuil inacceptable et porte atteinte à la règle supplétive elle-même »¹²⁰⁶. Dès lors, la liberté contractuelle en présence de règles supplétives n'est plus absolue. Elle n'est pas supprimée, mais encadrée dans des limites raisonnables et mesurée par rapport aux valeurs essentielles dont le droit supplétif est porteur¹²⁰⁷. Pour résumer, comme l'écrit Madame Pérès-Dourdou, « cette liberté de principe n'est donc plus conçue comme devant être la plus étendue possible, mais comme celle qui est compatible avec le modèle directeur qu'incarne la solution supplétive »¹²⁰⁸.

Le droit supplétif ainsi compris n'en devient pas pour autant impératif¹²⁰⁹. Les parties conservent leur liberté de principe d'y déroger et de « faire appel aux vertus créatrices de leur imagination individuelle »¹²¹⁰. En revanche, seront retranchés tous les choix jugés incompatibles avec les règles supplétives.

L'exemple même de cette évolution est la législation en matière de clauses abusives qui, en réputant non écrites les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et

¹²⁰² G. VINEY, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1988, n° 485.

¹²⁰³ G. Viney, *op. cit.*, n° 490.

¹²⁰⁴ G. Trudel, art. préc., p. 217 s., spéc. p. 225-233. Nous soulignons.

¹²⁰⁵ J. Rochfeld, th. préc., n° 398. Nous soulignons.

¹²⁰⁶ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 584.

¹²⁰⁷ Dans le même sens, v. C. Pérès-Dourdou, th. préc., n°s 493 et 525.

¹²⁰⁸ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 534.

¹²⁰⁹ Dans le même sens, v. C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 584.

¹²¹⁰ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 584.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

obligations des parties au contrat de consommation, restreint les possibilités de s'affranchir librement de l'équilibre voulu par le Code ou le législateur¹²¹¹.

310. Conclusion de la section. Il existe donc un lien étroit entre la définition du déséquilibre significatif et le droit supplétif, le standard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation renvoyant au modèle de clauses équilibrées proposées par les normes non impératives. Naturellement, la démonstration ne vaut que si le droit supplétif existe. Dans le cas où la stipulation serait *sui generis*, la mise en œuvre du déséquilibre significatif ne peut pas se faire en comparaison du droit supplétif. Dans ces cas, sans doute, faudra-t-il s'en remettre au sens de l'équité de l'interprète. Néanmoins, ces hypothèses resteront marginales, car le droit commun et spécial des contrats ainsi que le droit de la consommation regorgent de règles supplétives de telle sorte que les clauses sortant totalement de l'imagination des rédacteurs des contrats de consommation demeurent rares.

SECTION II. LE SENS DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF : UNE NOTION INDETERMINEE

311. Plan. Les termes « déséquilibre » et « significatif » appartiennent au langage courant, ce qui est caractéristique des standards¹²¹². C'est donc aux juristes qu'il appartient de leur donner un sens particulier. Ce n'est pas chose aisée pour autant, puisque toutes les définitions du standard se rejoignent, par ailleurs, pour reconnaître qu'il s'agit nécessairement d'une notion « intentionnellement vague »¹²¹³, floue, au contenu indéterminé et variable selon le temps et les circonstances¹²¹⁴. Il est donc logique de constater que le déséquilibre significatif est frappé de cette indétermination (§ 1), ce qui n'est pas sans conséquence sur la notion de clause abusive (§ 2).

§ 1. Le constat de l'indétermination du déséquilibre significatif

312. Indétermination innée. C'est ainsi le propre des standards que de reposer sur des termes flous. Le « déséquilibre significatif » de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne fait pas exception, ce qu'on lui reproche souvent¹²¹⁵. Il est d'ailleurs

¹²¹¹ Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 455.

¹²¹² J.-S. Navarro, art. préc., spéc. p. 838.

¹²¹³ N. Sauphanor, th. préc., n° 416.

¹²¹⁴ V. *supra* n° 297.

¹²¹⁵ Par exemple, v. B. GELOT, « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », *Defrénois* 1995, 1201, n° 9, selon lequel « son imprécision est de nature à laisser perplexe ».

frappant de constater qu'il n'est pas défini dans les principaux ouvrages de droit de la consommation¹²¹⁶. La plupart se contentent, en effet, de recopier la formulation de l'article L. 132-1, sans aucune autre forme de commentaire expliquant en quoi il consiste¹²¹⁷. Il est vrai que définir ces termes ne rend pas le critère plus opérant (A). La comparaison du déséquilibre significatif avec « l'avantage excessif », l'un des deux précédents critères des clauses abusives, issus de la loi du 10 janvier 1978, qui aurait pu être une piste pour éclairer le sens du standard actuel, ne s'avère pas, en réalité, être d'un grand secours (B). Les conceptualisations doctrinales du standard du déséquilibre significatif ne sont guère plus éclairantes (C).

A. Glose du déséquilibre significatif

313. Plan. Au premier abord, l'expression « déséquilibre significatif » est assez parlante, sans doute grâce au fait qu'elle provient du langage courant. On comprend *grosso modo* la situation à laquelle elle se rapporte : celle d'un consommateur qui a souscrit un engagement trop inégal... En revanche, il est plus difficile de se faire une idée de la matérialité du déséquilibre significatif et de ses manifestations. Définir respectivement les termes de « déséquilibre » (1) et de « significatif » (2) ne renseigne guère plus à ce sujet.

1. Déséquilibre

314. Incertitude quant à son sens. Le « déséquilibre » est, au sens figuré dans lequel il est employé à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, un « manque de proportion » ; il est synonyme de « disparité » ou d'« inégalité »¹²¹⁸. La disparité, tout comme l'inégalité, est une « absence d'égalité », une « disproportion »¹²¹⁹. La disproportion est un « défaut de proportion, différence excessive, déséquilibre entre deux ou plusieurs choses ou personnes, ou entre les parties d'un même ensemble »¹²²⁰. La boucle est bouclée : le déséquilibre est une disproportion qui est un déséquilibre ! La recherche sémantique mène ainsi à une impasse.

¹²¹⁶ V. not. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2010, n° 182 ; H. DAVO, Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey, coll. Université, 2010, n° 258 ; G. RAYMOND, *op. cit.*, n° 416 ; S. PIÉDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2008, n° 441. *Contra*, v. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2012, qui consacre des développements conséquents au critère du déséquilibre significatif (n^{os} 596 s.).

¹²¹⁷ Par exemple, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 182.

¹²¹⁸ V° *Déséquilibre*, <http://atilf.atilf.fr>.

¹²¹⁹ V° *Disparité*, <http://atilf.atilf.fr>.

¹²²⁰ V° *Disproportion*, <http://atilf.atilf.fr>.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

L'idée vague que l'on peut avoir, de prime abord, à la lecture de l'expression « déséquilibre significatif » n'est pas précisée. S'il « est clair que l'idée même de disproportion est au cœur de la notion de clause abusive »¹²²¹, on ignore toujours comment le « déséquilibre significatif » peut se manifester, quelles formes il peut revêtir. On ignore aussi quelle est sa nature.

315. Incertitude quant à la nature du déséquilibre. La compréhension de la notion de « déséquilibre » est rendue encore plus difficile du fait de l'absence, à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, de toute mention relative à la nature du déséquilibre justifiant la sanction des clauses abusives. Il est seulement prévu qu'il s'agit d'un déséquilibre « entre les droits et obligations » des parties au contrat de consommation. Cherchons à l'explicitier.

En premier lieu, toute conception morale¹²²² du déséquilibre de l'article L. 132-1 doit être écartée¹²²³. Même si « la stipulation de clauses abusives constitue en elle-même une faute »¹²²⁴, cette faute n'est pas une condition de l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹²²⁵ et « l'appréciation du caractère abusif d'une clause se dispense d'un jugement de valeur sur l'attitude des contractants »¹²²⁶. Deux raisons permettent d'éluder cette conception. D'une part, le législateur a, expressément, refusé de transposer dans la loi du 1^{er} février 1995 la mention de la bonne foi présente dans la directive communautaire du 5 avril 1993. D'autre part, il a abandonné la référence à cette faute que pouvait constituer « l'abus de puissance économique », ancien critère de la loi du 10 janvier 1978¹²²⁷. La loi du 1^{er} février 1995 se distingue ainsi de la précédente qui avait une vision plus moralisante, en exigeant que l'origine fautive de la stipulation, l'abus de puissance économique, soit une condition de la qualification de clause abusive¹²²⁸.

¹²²¹ D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 12.

¹²²² Selon une qualification empruntée à Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 403.

¹²²³ Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 403. *Contra*, v. F.-X. Testu, art. préc., n° 9.

¹²²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 02-20.633, *Bull. civ.* I, n° 63, p. 56 : Cette faute est de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs et ouvre droit à réparation sur le fondement de l'article 1382 c. civ..

¹²²⁵ Dans le même sens, Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 403.

¹²²⁶ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 403.

¹²²⁷ En ce sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 403.

¹²²⁸ Sur l'évolution de la prise en compte de l'abus de puissance économique, v. d'abord Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, n° 58, note G. RAYMOND ; *Defrénois* 1994, 821, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1994, I, 3773, 313, obs. G. VINEY ; *JCP G* 1994, II, 22237, note G. PAISANT ; *LPA* 1994, n° 82, note E. BAZIN ; *RGAT* 1994, 439, obs. J. KULLMANN ; *RTD civ.* 1994, p. 601, obs. J. MESTRE, selon lequel l'abus de puissance économique se déduit du fait que la clause est incluse dans un contrat type habituellement proposé aux consommateurs ; puis revenant sur cette jurisprudence, v. Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2001, *RGDA* 2001, p. 293, obs. J. KULLMANN et Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 2002, n° 99-15.711, *JCP E*

En second lieu, ne peut pas non plus être retenue une conception économique, au sens strict du terme, du déséquilibre de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, c'est-à-dire dans le sens où il serait un moyen de lutter contre la lésion dans le contrat de consommation. Pourtant, c'est ce à quoi le mot « déséquilibre » fait immédiatement penser, et cette interprétation a d'ailleurs été crainte¹²²⁹, si bien que la directive du 5 avril 1993, dans son article 4 point 2, tout autant que l'article L. 132-1 en son alinéa 7 énoncent que 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 ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert. Comme nous l'avons déjà évoqué, cette précision condamne tout contrôle de la lésion par le biais de la qualification de clause abusive¹²³⁰.

Dès lors, quelle est la nature de ce fameux déséquilibre qui nous occupe ? À la lecture de l'expression complète de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat », on serait tenté de croire qu'il est de nature « juridique »¹²³¹. Il s'agirait ainsi de sanctionner l'inégalité entre les situations contractuelles telles qu'elles résultent des droits et obligations stipulés dans le contrat. Néanmoins, il est réducteur¹²³² – voire artificiel¹²³³ – de s'en tenir à une conception seulement juridique du déséquilibre car « juridique et économique sont, en effet, inextricablement liés »¹²³⁴ « pour cette simple raison que le contrat est avant tout l'expression juridique d'une opération économique »¹²³⁵. Ainsi une clause qui peut paraître sévère d'un point de vue strictement juridique peut éventuellement se justifier économiquement, parce que le prix stipulé par les parties est faible¹²³⁶, ce peut être le cas, par exemple, en présence d'une clause limitative de responsabilité.

Par conséquent, le déséquilibre au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation semble être plutôt « juridico-économique ». On ne peut pas juger du prix, mais le déséquilibre

2002, n° 705 pour qui « le seul fait qu'un contrat relève de la catégorie des contrats d'adhésion ne suffit pas à démontrer que telle clause particulière a été imposée par un abus de puissance économique ».

¹²²⁹ Rappelons qu'en 1978, l'expression « déséquilibre manifeste entre les droits et obligations » avait été écartée au motif qu'elle revenait à consacrer la lésion en droit de la consommation, v. Discussion par l'Assemblée Nationale du 8 décembre 1977, *JORF*, Débats parlementaires, Assemblée Nationale, Année 1977-1978, n° 115 du vendredi 9 décembre 1977, not. intervention de J. FOYER, p. 8466.

¹²³⁰ Sur cette question, v. *supra* n° 137.

¹²³¹ V. not. F.-X. Testu, art. préc., n° 8 : « Le but de la législation sur les clauses abusives est d'interdire un déséquilibre juridique injuste des situations contractuelles, et non de porter une appréciation sur l'équilibre économique du contrat, ce qui serait contraire aux postulats de l'économie libérale et au rejet d'une théorie générale de la lésion ». Nous soulignons.

¹²³² Dans le même sens, v. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 324.

¹²³³ Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 405.

¹²³⁴ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 324.

¹²³⁵ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 405.

¹²³⁶ Dans le même sens, v. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 324.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

peut être apprécié au regard de l'importance économique respective des obligations des parties. C'est d'ailleurs la solution à laquelle invite l'exposé des motifs de la directive :

« L'objet principal du contrat et le rapport qualité/prix peuvent, néanmoins, être pris en compte dans l'appréciation du caractère abusif d'autres clauses »¹²³⁷.

Ainsi, comme le relève Monsieur Stoffel-Munck, « le mécanisme technique de la lésion est bien mis à l'écart, mais l'idée dont il procède paraît demeurer : c'est bien à un meilleur équilibre des prestations qu'on entend aboutir en privant le professionnel de certains des avantages qu'il s'était réservés »¹²³⁸. On peut conclure avec un auteur que c'est bien « l'équilibre des prestations contractuelles qui inspire »¹²³⁹ la législation en matière de clauses abusives.

2. Significatif

316. Incertitude quant à la mesure du déséquilibre. Le dispositif de lutte contre les clauses abusives constitue une exception au principe français selon lequel l'équilibre des prestations n'est pas une condition de validité des contrats. Comme toute exception, elle doit être circonscrite : tout déséquilibre ne peut être sanctionné. C'est pourquoi le législateur a choisi de limiter la protection contre les clauses abusives aux seules stipulations qui emportent un déséquilibre « significatif » entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation. Un auteur constate que « ses synonymes pourraient d'ailleurs être multipliés à l'envi (injuste, disproportionné, déraisonnable, inéquitable ?) mais leur pertinence ne le disputerait qu'à leur obscurité »¹²⁴⁰. La critique peut paraître vive car l'adjectif permet de comprendre que « le déséquilibre doit engendrer une réelle différence entre les droits et obligations des parties au contrat »¹²⁴¹. Il implique une idée d'importance, de gravité et d'excès du déséquilibre entre les droits et obligations. Selon Monsieur Paisant, il « doit relever de l'évidence », évidence qui « confine ici à l'intolérable »¹²⁴². Néanmoins, la critique paraît justifiée dès lors qu'on ignore le seuil en deçà duquel le déséquilibre est acceptable et au-delà duquel il peut être sanctionné.

¹²³⁷ Dir. 5 avril 1993, exposé des motifs, considérant n° 19.

¹²³⁸ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 408.

¹²³⁹ G. RAYMOND, « Clauses abusives », in *JCl. Concurrence-Consommation*, fasc. 820, n° 42.

¹²⁴⁰ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 401.

¹²⁴¹ *Droit du contrat*, Lamy, coll. civ. et pén., 2007, n° 255-28.

¹²⁴² G. PAISANT, « Les critères d'appréciation des clauses abusives », in *Les clauses abusives dans les contrats de consommation*, *INC Hebdo* 12 décembre 1997, n° 1015, p. 7-8.

317. Justification. L'incertitude tenant à la mesure du déséquilibre se justifie, ou du moins, s'explique par le lien existant entre le standard du déséquilibre significatif et le droit supplétif conçu comme modèle contractuel idéal¹²⁴³. En effet, il a été démontré que sont considérées comme abusives les stipulations qui « apparaissent incompatibles avec le modèle idéal, juste et équilibré, que traduit la règle supplétive correspondante »¹²⁴⁴. Appliquer le standard du déséquilibre significatif revient donc à s'interroger sur le seuil au-delà duquel les valeurs incarnées par le droit supplétif sont mises à mal de telle sorte que la clause doive être écartée. Or il n'est pas possible d'identifier *a priori* ce seuil et cela est inhérent à la fonction d'ordre de la règle supplétive, comme l'explique Cécile Pérès-Dourdou :

« Parce qu'elle traduit une tension dynamique, d'intensité variable, entre la liberté de principe dont jouissent les particuliers en présence d'un règle supplétive et l'attachement, plus ou moins prononcé, de l'ordre juridique aux valeurs que celle-ci exprime ; parce qu'elle opère par retranchements des possibles, c'est-à-dire par élimination des choix jugés incompatibles avec le modèle supplétif, la composante d'ordre de la règle supplétive varie, par hypothèse, en fonction du résultat produit par la stipulation litigieuse. En ce sens, elle dépend essentiellement de la combinaison adoptée par les parties et de l'importance accordée aux valeurs qu'elle met en cause »¹²⁴⁵.

La nature de standard du « déséquilibre significatif » est donc un obstacle qui empêche de le définir efficacement. L'échec de cette définition intrinsèque conduit à tenter de déterminer son sens, d'un point de vue extrinsèque, en comparaison avec la notion d'« avantage excessif », ancien critère des clauses abusives.

B. Comparaison avec l'avantage excessif

318. Rappel. Dans l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, la réunion de deux critères était nécessaire pour caractériser une clause abusive. Il fallait, en effet, que les stipulations « 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 ». La condition de l'abus de puissance économique ayant disparu dans la loi du 1^{er} février 1995¹²⁴⁶, il est tentant de se référer à l'avantage excessif pour expliquer le déséquilibre significatif. Néanmoins, il s'avère que celui-là était frappé de la même indétermination que celui-ci. L'assimilation des deux notions n'est d'ailleurs pas si évidente.

¹²⁴³ Sur ce point, v. *supra* n^{os} 302 s..

¹²⁴⁴ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n^o 553.

¹²⁴⁵ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n^o 590.

¹²⁴⁶ Sur cette disparition, v. *supra* n^o 315.

319. Indétermination de la notion d'avantage excessif. Il est frappant de constater que les reproches adressés aujourd'hui à l'encontre la notion de déséquilibre significatif l'étaient déjà, par le passé, à l'encontre de celle d'avantage excessif. Certes le terme « avantage » se comprenait comme une faveur, une prérogative que le professionnel s'octroie au détriment du consommateur, mais on ignorait comment se matérialisait cet avantage et quelle était sa nature. Ainsi Olivier Carmet regrettait que ce critère « soit plus allusif que précis »¹²⁴⁷ et que sa signification « demeure diffuse et difficile à cerner avec précision »¹²⁴⁸. De même, si l'adjectif « excessif » impliquait une « inéquivalence grave entre les prestations réciproques »¹²⁴⁹ – tout comme l'épithète « significatif » –, le seuil à partir duquel un avantage le devenait restait un mystère :

« La difficulté essentielle résulte sans doute de l'impossibilité de dégager l'élément de référence à partir duquel pourraient être mesurés l'avantage et son caractère excessif »¹²⁵⁰.

Ainsi la notion d'avantage excessif soulève les mêmes questions que celle de déséquilibre significatif et ne nous renseigne guère sur cette dernière, d'autant plus qu'on peut se demander si les expressions sont véritablement équivalentes.

320. Incertitude quant à l'équivalence entre ancien et nouveau critères. Il est tentant de penser que l'avantage excessif de la loi du 10 janvier 1978 et le déséquilibre significatif de la loi du 1^{er} février 1995 sont des expressions équivalentes. C'est en ce sens que se prononce la grande majorité des auteurs pour lesquels la substitution ne change rien quant au fond¹²⁵¹ :

« Il n'est pas nécessaire d'ergoter : sur ce point, les mots changent, mais l'idée est identique. L'avantage excessif conféré par la clause n'est rien d'autre qu'un déséquilibre significatif et inversement »¹²⁵² ;

« Si les termes ont changé avec la réforme de 1995, la réalité demeure : le déséquilibre significatif procure au professionnel un avantage excessif au détriment du consommateur »¹²⁵³ ;

¹²⁴⁷ O. CARMET, « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD com.* 1982, n° 1, p. 1, spéc. p. 15-16.

¹²⁴⁸ O. Carmet, art. préc., spéc. p. 15-16.

¹²⁴⁹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, t. II, Les Obligations, Contrat, Litec*, 6^e éd., 1998, n° 749.

¹²⁵⁰ O. Carmet, art. préc., spéc. p. 17-18.

¹²⁵¹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 182.

¹²⁵² D. MAZEAUD, « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », *Droit et Patrimoine* juin 1995, études/ doctrine p. 42, n° 17. Nous soulignons.

¹²⁵³ G. Raymond, *op. cit.*, n° 417. Nous soulignons.

« Le critère du déséquilibre significatif est l'équivalent de celui de l'avantage excessif retenu par la loi de 1978. L'avantage excessif résulte bien du déséquilibre entre les droits et obligations de chacune des parties au contrat »¹²⁵⁴ ;

« On peut remarquer que si les termes « déséquilibre significatif » ont été préférés aux termes anciens d' « avantage excessif », c'est par un souci du législateur de s'accorder parfaitement avec la directive, sans pour autant qu'une modification du sens doive y être perçue. Les termes ont été modifiés, l'idée demeure, semble-t-il, la même »¹²⁵⁵ ;

« Si la loi ne parle pas d'avantage excessif, c'est évidemment la même idée qui est reprise en des termes différents. L'avantage excessif implique le déséquilibre significatif entre les prestations »¹²⁵⁶ ;

« Comme le déséquilibre est toujours à l'avantage du professionnel, la formule nouvelle est équivalente à l'ancienne »¹²⁵⁷ .

Pourtant, il paraît nécessaire de nuancer ces affirmations, qui ne paraissent pas toujours exactes. Trois séries d'hypothèses permettent de le vérifier.

320-1. Avantage excessif et déséquilibre significatif. Il semble logique de considérer qu'une clause qui a été déclarée abusive sous l'empire de la loi du 10 janvier 1978 le soit tout autant sous l'empire de la loi du 1^{er} février 1995, car l'avantage excessif au profit du professionnel se traduit nécessairement par un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, au détriment du non-professionnel ou consommateur. On peut dire que le déséquilibre significatif résulte de l'avantage excessif.

320-2. Déséquilibre significatif sans avantage excessif. L'expression « déséquilibre significatif » paraît plus extensive que celle d' « avantage excessif », car la première est inférieure en degré à la seconde d'un point de vue sémantique¹²⁵⁸. Cela signifie qu'une clause qui n'aurait pas été qualifiée d'abusive sous l'empire de la loi ancienne pourrait l'être sous

¹²⁵⁴ C. Danglehant, art. préc.. Nous soulignons.

¹²⁵⁵ H. DAVO, « Clauses abusives : bref aperçu de la loi du 1^{er} février 1995 transposant la directive 93/13/CEE », *REDC*, 1995, p. 215. Nous soulignons.

¹²⁵⁶ G. PAISANT « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99, n° 9. Nous soulignons. V. aussi G. PAISANT, « Les critères d'appréciation des clauses abusives », art. préc. : « Il existe une parenté évidente entre ces définitions successives [des clauses abusives]. Aussi est-ce sans trahir l'esprit de la réforme de 1995 qu'on peut affirmer que, sous des critères formellement nouveaux, la notion de clause abusive est restée fondamentalement identique ».

¹²⁵⁷ R. MARTIN, « La réforme des clauses abusives. Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *ADL* 1995, p. 879, n° 6. Nous soulignons.

Pour d'autres exemples en ce sens, v. aussi A. KARIMI, « Les modifications du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *LPA* 05 mai 1995, p. 4, spéc. p. 6 *in fine* ; Ch. JAMIN, « Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique », *RTD civ.* 1995, p. 437 ; J. KULLMANN, « Clauses abusives et contrat d'assurance », *RGDA* 1996, 11, p. 20 : « La nouvelle définition de la clause abusive ne diffère guère de la précédente » ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 749.

¹²⁵⁸ Dans le même sens, v. R. Martin, art. préc., n° 6.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

l'empire de la loi nouvelle. On peut penser à l'exemple d'une clause pénale, d'un faible montant, stipulée au profit du professionnel et sans contrepartie pour le consommateur. Elle ne constitue pas un avantage excessif pour le professionnel – étant donné qu'elle est d'un faible montant, mais crée un déséquilibre significatif, car le non-professionnel ou consommateur est privé d'un droit que son cocontractant détient¹²⁵⁹.

320-3. Avantage excessif sans déséquilibre significatif ? Si une clause ne crée pas de déséquilibre significatif, il semble difficile qu'elle emporte un avantage excessif pour le professionnel car cet avantage aurait suffi à caractériser le déséquilibre (v. 1°). Pourtant, un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 5 juillet 2006¹²⁶⁰ sème le doute. En l'espèce, la cour d'appel avait estimé que la clause litigieuse n'était pas abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} février 1995. Or la Cour de cassation casse cette décision au motif qu'elle était applicable au contrat en cause, non la loi du 1^{er} février 1995, mais celle du 10 janvier 1978. Si la Cour de cassation avait approuvé la solution de la cour d'appel, elle aurait pu procéder à une substitution de motifs, opération, prévue à l'article 620 du Code de procédure civile, qui lui permet « de rejeter le pourvoi en remplaçant, dans la décision attaquée, un motif erroné par un motif de pur droit »¹²⁶¹. Elle a la faculté de procéder ainsi chaque fois que la décision des juges du fond est bonne, mais mal fondée. En préférant casser l'arrêt plutôt que de le confirmer avec une substitution de motifs, il semble qu'une interprétation possible de l'arrêt soit que l'application de la loi du 10 janvier 1978 mène à une solution différente, c'est-à-dire à la reconnaissance du caractère abusif de la clause et donc de l'existence d'un avantage excessif en l'absence de déséquilibre significatif. Cette interprétation nous semble pourtant hasardeuse, parce qu'il est toujours délicat de deviner ce qu'a voulu la Cour de cassation à partir de ce qu'elle n'a pas fait. Rappelons que la substitution de motifs ne peut avoir lieu qu'à condition que la Cour de cassation trouve dans l'arrêt tous les éléments de fait lui permettant de mettre en œuvre la règle de droit¹²⁶² et c'est peut-être la raison pour laquelle elle n'y pas eu recours dans l'arrêt du 5 juillet 2006.

En conclusion, si une clause était qualifiée d'abusives sous l'empire de la loi ancienne, elle l'est aussi sous l'empire de la nouvelle. En revanche, une clause qui n'était pas qualifiée

¹²⁵⁹ Sur le défaut de réciprocité comme critère des clauses abusives, v. *infra* n^{os} 398 s..

¹²⁶⁰ Cass. 2^{ème} civ., 5 juillet 2006, *Resp. civ. et assur.* 2007, comm. 270, note H. GROUDEL.

¹²⁶¹ V° Substitution – de motifs, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 5, b).

¹²⁶² En ce sens, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, p. 36-37.

d'abusives au sens de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, peut éventuellement l'être au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} février 1995. Quant à la question de savoir si une stipulation pourrait être déclarée abusive sur le fondement de la loi ancienne, mais pas sur le fondement de la loi nouvelle, la réponse est plus douteuse. Quoiqu'il en soit, on voit que les notions d'avantage excessif et de déséquilibre significatif ne sont pas aussi équivalentes qu'on a bien voulu le faire croire.

§ 2. Conséquences de l'indétermination du déséquilibre significatif

321 bis. Plan. L'indétermination de la notion de « déséquilibre significatif » emporte des conséquences sur la qualification de clause abusive. On peut y voir des inconvénients – relatifs – et des avantages.

322. Inconvénients relatifs. La notion de « déséquilibre significatif » est entachée des défauts qui affectent traditionnellement un standard. Néanmoins, ces inconvénients peuvent être relativisés.

En premier lieu, l'indétermination du déséquilibre significatif rendrait toute identification *a priori* des clauses abusives difficile, comme l'évoque Monsieur Jestaz :

« Le standard évoque la diversité, une diversité impossible à systématiser »¹²⁶³.

Certains auteurs estiment alors qu'on ne peut définir ni le déséquilibre significatif ni, par voie de conséquence, la clause abusive¹²⁶⁴. Le constat paraît, cependant, sévère, car l'indétermination de la notion est exagérée. D'une part, le droit positif, lui-même, démontre qu'une détermination *a priori* des clauses abusives est possible, avec les listes noire et grise des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation qui dressent des séries de cas dans lesquels les stipulations sont présumées irréfragablement ou simplement abusives¹²⁶⁵. D'autre part, trente-cinq années de mise en œuvre de la législation sur les clauses abusives ont nécessairement permis d'éclairer le sens du déséquilibre significatif¹²⁶⁶ de telle sorte que l'indétermination « naturelle et originelle » qui l'affectait est bien moindre aujourd'hui.

¹²⁶³ Ph. Jestaz, rapport préc., spéc. p. 1182. Nous soulignons.

¹²⁶⁴ F.-X. Testu, art. préc., n° 13 ; J. Beauchard, *op. cit.*, p. 349 ; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 325.

¹²⁶⁵ Sur lesquelles, v. *infra* n°s 327 s..

¹²⁶⁶ Sur ce point, v. *infra* n°s 393 s..

IDENTIFICATION THÉORIQUE

En second lieu, l'application de la réglementation en matière de clauses abusives serait imprévisible¹²⁶⁷ compte tenu de l'indétermination de la notion de déséquilibre significatif. Ses détracteurs agitent alors le spectre de l'insécurité juridique qu'elle comporte. Cette insécurité serait double et affecterait aussi bien les professionnels que les non-professionnels ou consommateurs¹²⁶⁸. Du côté des professionnels d'abord, il est souvent rappelé que ces derniers devraient pouvoir connaître, à l'avance, l'ampleur de la législation de protection à laquelle ils s'exposent¹²⁶⁹. Or, en matière de clauses abusives, le recours à un standard, requérant une appréciation au cas par cas, heurte les impératifs de prévisibilité contractuelle, car il ne leur permet pas de savoir, par avance, si la clause qui est insérée dans leurs contrats crée ou non un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, si elle est valable ou pas¹²⁷⁰. L'argument ne convainc pas. D'abord, parce que c'est ignorer le fait que les professionnels font, la plupart du temps, appel à des juristes pour rédiger leurs conventions et que ces derniers ne peuvent raisonnablement prétendre ne pas savoir si une clause est ou n'est pas abusive. Ensuite, parce que c'est croire que les professionnels sont mus par l'intention d'éviter la stipulation de clauses abusives... Si tel est le cas, pourquoi le contentieux en la matière est-il toujours aussi fourni après trente-cinq années d'existence de la législation en la matière ? Du côté des non-professionnels et consommateurs ensuite, est souvent mentionnée l'idée qu'ils sont privés d'une protection efficace contre les clauses abusives en raison de l'imprévisibilité de la notion de déséquilibre significatif¹²⁷¹. Sa souplesse nous semble, au contraire, constituer un avantage pour eux.

¹²⁶⁷ En ce sens, v. Ph. Malaurie, P. Morvan, *op. cit.*, n° 250 : « Le standard offre au juge un pouvoir discrétionnaire qui rend la règle imprévisible » ; D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », art. préc. : « Le système légal de protection [contre les clauses abusives] conduit à un droit qui brille par son imprévisibilité » ; Ph. Stoffel-Munck, art. préc., n° 481.

¹²⁶⁸ N. Sauphanor, th. préc., n° 425 : « Il faut craindre les effets néfastes que peut induire le choix d'une notion indéterminée sur le plan de l'efficacité de la protection des consommateurs et sur celui de la prévision contractuelle ».

¹²⁶⁹ Dans le même sens, N. Sauphanor, th. préc., n° 425.

¹²⁷⁰ Dans le même sens, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 325 ; N. Sauphanor, th. préc., n° 425. V. aussi C. Danglehant, art. préc. : « 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 d'avance la validité des clauses qu'ils insèrent dans les contrats. Ceci est contraire au principe primordial de sécurité des contrats » ; G. Paisant, « Les critères d'appréciation du caractère abusif des clauses : analyse critique », art. préc., spéc. p. 10 : « L'imprécision dont la loi fait preuve pour caractériser la notion de clause abusive pose le problème de l'insécurité juridique. Quelle est la limite à ne pas franchir par les professionnels dans les contrats qu'ils proposent aux consommateurs ? » ; D. Mazeaud, art. préc. : « C'est, en effet, une mission quasi-impossible pour les professionnels de bonne foi de prévoir avec certitude si toutes les clauses qui composent les contrats qu'ils proposent aux consommateurs échapperont ou non au label infamant de clause abusive ».

¹²⁷¹ N. Sauphanor, th. préc., n° 425.

323. Avantages. En effet, le fait que la lutte contre les clauses abusives repose sur un standard est un réel atout pour les consommateurs et les non-professionnels. Ainsi, l'indétermination de la notion n'est pas un handicap, mais une arme contre l'inventivité des professionnels. Cette fonction du standard est bien connue et de nombreux auteurs se rejoignent pour louer cet élément de mobilité¹²⁷² ou d'adaptabilité¹²⁷³ du droit :

« Leur apport essentiel au système juridique est sans doute leur extrême plasticité qui permet au droit de mieux saisir l'infinie diversité des faits et de mieux absorber dans des règles stables l'évolution sociale, économique ou technologique... Les "standards" contribuent dès lors à une meilleure adéquation et à une bonne adaptation du droit aux faits »¹²⁷⁴.

Certains auteurs ne voient pas le côté avantageux de cette flexibilité, comme Madame Sauphanor pour qui « une législation de protection, comme l'est l'interdiction des clauses abusives, ressort davantage du domaine de la sécurité juridique que de celui de l'adaptabilité. »¹²⁷⁵ Pourtant, à nos yeux, la souplesse et la malléabilité du déséquilibre significatif sont gages de meilleure protection pour les consommateurs et non-professionnels¹²⁷⁶ : elles permettent à la notion de s'adapter à toutes les situations et de déjouer toutes les clauses imaginées par les professionnels.

324. Conclusion du chapitre. La définition du « déséquilibre significatif » est en demi-teinte, car elle dépend étroitement de sa qualité de standard. Cette dernière permet, en effet, d'éclairer sa nature. Le déséquilibre significatif renvoie ainsi, implicitement, à un modèle de conduite qui invite les parties au contrat de consommation à stipuler des clauses « normalement » équilibrées, notamment au regard des règles supplétives. Les cocontractants ont, certes, la possibilité de s'écarter de ce modèle contractuel idéal, mais sans porter atteinte à son essence sous peine d'encourir la sanction de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Sous cet angle, on constate que la notion de clause abusive contribue à révéler la véritable place et le rôle revisité du droit supplétif en tant que modèle d'équilibre contractuel et d'outil de limitation de la liberté contractuelle.

La qualité de standard du déséquilibre significatif est, en revanche, un obstacle lorsqu'il s'agit de comprendre le sens de l'expression et d'en délimiter le contenu. Le déséquilibre significatif reste une notion vague, difficile à cerner *a priori*, du moins d'un point de vue théorique. L'idée de disproportion qu'il inspire n'est nullement précisée. C'est ce caractère

¹²⁷² Ph. Malaurie, P. Morvan, *op. cit.*, n° 250.

¹²⁷³ N. Sauphanor, th. préc., n° 425.

¹²⁷⁴ J.-L. Bergel, art. préc., spéc. p. 806. Nous soulignons.

¹²⁷⁵ N. Sauphanor, th. préc., n° 425.

¹²⁷⁶ Dans le même sens, v. C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 589.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

intrinsèquement indéterminé qui fait de l'appréciation du déséquilibre significatif une nécessité.

CHAPITRE II.

L'APPRECIATION DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

325. Une appréciation nécessaire. En tant que standard, le déséquilibre significatif est une notion indéterminée, par nature¹²⁷⁷. Partant, il n'est pas immédiatement opérationnel¹²⁷⁸ : sa mise en œuvre nécessite qu'il fasse l'objet d'une appréciation. Elle consiste pour l'interprète à vérifier, en fonction des faits dont il dispose, si la clause qui lui est soumise est conforme ou pas au modèle de conduite auquel renvoie le déséquilibre significatif¹²⁷⁹.

En principe, c'est au juge qu'il revient d'apprécier les standards¹²⁸⁰. Cependant, la particularité du déséquilibre significatif réside dans le fait que ce dernier n'est pas le seul à intervenir dans son appréciation. En effet, d'autres sources, réglementaire et administrative, ont également ce pouvoir (Section I).

Pour les aider dans leur tâche, ces différents auteurs de la qualification de clause abusive peuvent s'appuyer sur la méthode d'appréciation prévue à l'article L. 132-1 du Code de la consommation (Section II).

SECTION I. LES SOURCES D'APPRECIATION DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

326. Trois sources d'appréciation du déséquilibre significatif. Trois sources se partagent l'appréciation du standard du déséquilibre significatif : le pouvoir réglementaire qui a établi deux listes de clauses abusives (§ 1), le pouvoir judiciaire qui détermine, au cas par cas, si les stipulations qui lui sont soumises sont ou non abusives (§ 2) et le pouvoir administratif, incarné par la Commission des clauses abusives (§ 3). Après avoir présenté chacune de ces trois sources et étudié leur rôle dans la détermination du caractère abusif d'une stipulation, il faudra dresser un bilan de leur diversité en cette matière (§ 4).

¹²⁷⁷ V. *supra* n^{os} 311 s..

¹²⁷⁸ Ph. Jestaz, rapport préc., spéc. p. 1182 : « L'opposé du standard, c'est, me semble-t-il, la norme juridique immédiatement opérationnelle ».

¹²⁷⁹ Dans le même sens, P. Roubier, *op. cit.*, p. 111 s..

Sur ce modèle de conduite, v. *supra* n^{os} 299 s..

¹²⁸⁰ Dans le même sens, v. Ph. Malaurie, P. Morvan, *op. cit.*, n^o 250 ; P. Roubier, *op. cit.*, p. 111 s., N. Sauphanor, th. préc., n^o 416 s..

§ 1. La source réglementaire : les listes noire et grise des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation

327. Plan. Il existe, aujourd'hui, deux listes réglementaires de clauses abusives, l'une noire à l'article R. 132-1 du Code de la consommation, l'autre grise à l'article R. 132-2 du Code de la consommation. Leur adoption a été le fruit d'un long processus (A). Après les avoir rapidement présentées (B), nous apprécierons la valeur de ces listes en tant que sources des clauses abusives (C).

A. Adoption des listes noire et grise de clauses abusives

328. Évolution historique lente. L'idée selon laquelle la lutte contre les clauses abusives passe par l'instauration de listes de telles stipulations est ancienne. Ainsi la résolution du Conseil de l'Europe concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par des consommateurs ainsi que les méthodes de contrôle appropriées¹²⁸¹ comportait déjà une liste des « principales catégories de clauses abusives ». De même, certains droits européens se sont dotés très tôt de telles listes. C'est le cas, notamment de la loi allemande portant réglementation des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976¹²⁸² qui comporte et une liste grise et une liste noire¹²⁸³.

En droit français, l'adoption de listes noire et grise est récente, du point de vue de l'histoire de la législation en cette matière. Le rôle du pouvoir réglementaire a, certes, existé dès l'origine, dans la loi du 10 janvier 1978 et a, certes, été conforté par celle du 1^{er} février 1995, mais sans que cela donne lieu à une véritable activité de sa part. Il a fallu attendre la loi du 4 août 2008 et le décret du 18 mars 2009 pour que le pouvoir réglementaire prenne toute sa mesure en élaborant des listes noire et grise.

329. Loi du 10 janvier 1978 et décret du 24 mars 1978. L'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 prévoyait qu'il revenait au pouvoir réglementaire de déterminer les clauses

¹²⁸¹ *Résolution* (76) 47, Conseil de l'Europe (Affaires juridiques), Strasbourg, 1977.

¹²⁸² Sur ce texte, v. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 1997, n° 661 s. ; M. FROMONT, *Droit allemand des affaires - Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2001, n°s 164 à 169 et n°s 183 s. ; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ, coll. Droit des affaires, 2004, n°s 63 s. et n°s 112 s. ; C. WITZ, *Droit privé allemand – I. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n°s 170 s. et n°s 427 s. ; G. LARDEUX, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, th. Paris II, 1999.

Les dispositions relatives aux clauses abusives issues de la loi du 9 décembre 1976 figurent aux § 305 s. BGB (code civil allemand) depuis la loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001.

¹²⁸³ Respectivement § 308 et § 309 BGB.

pouvant être regardées comme abusives, et ce par l'adoption de décrets en Conseil d'État, pris après avis de la Commission des clauses abusives. Il est bien connu qu'un seul décret a été, en fait, adopté, celui du 24 mars 1978¹²⁸⁴ qui ne visait que trois clauses, puis deux, l'un de ses articles ayant été annulé par le Conseil d'État¹²⁸⁵. Les deux clauses interdites avaient été codifiées, par la suite, aux anciens articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation :

Anc. art. R. 132-1 c. consom. : « Dans les contrats de vente conclus entre des professionnels, d'une part, et des non-professionnels ou des consommateurs, d'autre part, est interdite comme abusive au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations »¹²⁸⁶.

Anc. art. R. 132-2 c. consom. : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, est interdite la clause ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre.

Toutefois, il peut être stipulé que le professionnel peut apporter des modifications liées à l'évolution technique, à condition qu'il n'en résulte ni augmentation de prix ni altération de la qualité et que la clause réserve au non-professionnel ou consommateur la possibilité de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement »¹²⁸⁷.

Étaient ainsi interdites, pour le bien des non-professionnels et consommateurs, deux des clauses abusives les plus fréquemment stipulées. Les gouvernements successifs n'ont, cependant, pas poursuivi sur cette lancée et aucun autre décret n'a vu le jour pendant longtemps.

330. Reconduction du système par la loi du 1^{er} février 1995 et ajout d'une clause noire par le décret du 25 novembre 2005. Lors de la discussion du projet de loi « concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés », des parlementaires avaient proposé, *via* des amendements, d'instaurer des listes noire et/ou grise de clauses abusives¹²⁸⁸. Néanmoins, ces propositions restèrent lettre morte, et la loi du 1^{er} février 1995

¹²⁸⁴ *JORF*, 1^{er} avril 1978, p. 1412. Sur ce texte, v. P. GODÉ, « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », *RTD civ.* 1978, p. 744 s..

¹²⁸⁵ CE, 3 décembre 1980, *D.* 1981, p. 228, note C. LARROUMET ; *JCP G* 1981, II, 19502, concl. HAGELSTEEN, *RTD com.* 1981, p. 340, obs. J. HEMARD. L'article annulé concernait les clauses de renvoi, sur lesquelles, v. *supra* n° 251.

¹²⁸⁶ Nous soulignons.

¹²⁸⁷ Nous soulignons.

¹²⁸⁸ C. ESTIER qui proposait de compléter le dispositif normatif en y insérant deux types de listes de clauses abusives. Une liste « noire » de clauses absolument abusives, dont la violation serait systématiquement sanctionnée, son contenu pouvant être inspiré de la liste annexée à la directive ; une liste « grise » de clauses présumées abusives, sauf preuve contraire du professionnel et soumises au pouvoir d'appréciation du juge,

IDENTIFICATION THÉORIQUE

n'apporta aucune modification au rôle du pouvoir réglementaire. Il pouvait toujours déterminer, par décret pris en Conseil d'État, les clauses qui devaient être considérées comme abusives. Cependant le Gouvernement ne s'est guère plus saisi de cette opportunité, malgré la réforme que la Commission des clauses abusives appelait de ses vœux¹²⁸⁹. Ainsi un seul nouveau décret a été adopté, le 25 novembre 2005¹²⁹⁰, pour les nécessités de la transposition d'une directive européenne sur la commercialisation à distance des services financiers¹²⁹¹, et a interdit une seule nouvelle clause :

Anc. art. R. 132-2-1 c. consom. : « Dans les contrats mentionnés à l'article L. 121-20-8, est interdite comme abusive au sens du premier alinéa de l'article L. 132-1 la clause ayant pour objet ou pour effet de prévoir qu'incombe au consommateur la charge de la preuve du respect par le fournisseur de tout ou partie des obligations que lui imposent les dispositions des articles L. 121-20-8 à L. 121-20-16 du présent code, L. 112-2-1 du Code des assurances, L. 221-18 du Code de la mutualité, L. 932-15-1 du Code de la sécurité sociale et L. 341-12 du Code monétaire et financier »¹²⁹².

Un projet de loi en faveur des consommateurs en date du 8 novembre 2006¹²⁹³ prévoyait d'instaurer des listes noire et grise de clauses abusives, mais il a été retiré par la conférence des Présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale le 30 janvier 2007. Ainsi, en trente ans de lutte contre les clauses abusives, seules trois clauses noires avaient été interdites par la voie réglementaire.

331. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie¹²⁹⁴ et décret n° 2009-302 du 18 mars 2009¹²⁹⁵. Aucune réforme du droit des clauses abusives n'avait été

Discussion et adoption du projet de loi, Compte rendu intégral, séance du 15 novembre 1994, *JO Sénat* 1994, p. 5557 ; J.-P. CHARIÉ qui suggérait d'adopter une liste grise, Discussion et adoption du projet de loi adopté par le Sénat, concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, *JO Assemblée Nationale*, compte rendu intégral, séance du 10 janvier 1995.

¹²⁸⁹ « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives », annexe V, in *Rapport d'activité pour l'année 2001* de la Commission des clauses abusives, *BOCCRF* 30/05/02.

¹²⁹⁰ *D.* n° 2005-1450, 25 novembre 2005, *JO* 26 novembre 2005, D. FENOUILLET, « Encore une réforme du droit de la consommation ! Enfin un nouveau texte déclarant des clauses abusives ! », *RDC* 2006/2, p. 379.

¹²⁹¹ *Dir.* n° 2002/65/CE du 23 septembre 2002, *JOCE* n° L 271, 9 octobre 2002.

¹²⁹² Nous soulignons.

¹²⁹³ D. FENOUILLET, « Premières remarques sur le projet de loi "en faveur des consommateurs" », *D.* 2006, chron. p. 2987.

¹²⁹⁴ Sur ce texte (doctrine relative à la matière des clauses abusives), v. X. DELPECH, « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008. 2220 ; M. BRUSCHI, « Renforcement de la protection des consommateurs » *RLDA* 2008, p. 37 ; J. ROCHFELD, « Du droit de la consommation au droit de la régulation du marché : des dangers des listes et de l'harmonisation maximale », *RTD civ.* 2008, p. 732 ; G. PATTETA, « Une solution réglementaire aux problèmes de suppression des clauses abusives ? », *blog.dalloz.fr*, 8 janv. 2009 ; X. LAGARDE, « Observations sur le volet consommation de la LME », *LPA* 23 février 2009 ; DURAFFOUR, « Est-il possible d'encadrer réglementairement l'appréciation judiciaire du caractère abusif d'une clause contractuelle ? », *RLDA* 2009, p. 43 ; O. DESHAYES, « Les réformes récentes et

prévue par le projet gouvernemental de loi de modernisation de l'économie ; elle a été introduite à la suite d'un amendement déposé devant l'Assemblée Nationale¹²⁹⁶. En définitive, la loi du 4 août 2008 a étendu, de manière significative, les prérogatives du pouvoir réglementaire telles qu'elles résultent des alinéas 2 et 3 nouveaux de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, désormais ainsi rédigés :

« Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 534-1 [Commission des clauses abusives], détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse » ;

« Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa »¹²⁹⁷.

Ces textes recensent trois incongruités rédactionnelles. D'abord, ils instaurent une distinction dont l'intérêt ne se comprend pas entre une « liste de clauses » (al. 2) et des « types de clauses » (al. 3). De plus, la référence à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 est mentionnée seulement à l'alinéa 3. Est-ce à dire que les clauses grises ne doivent pas répondre au critère du déséquilibre significatif ? La réponse est évidemment négative, mais il eût été préférable de le préciser. Enfin, tout en renvoyant à l'alinéa 1^{er}, l'alinéa 3 justifie le caractère noir des stipulations « eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat », mais la formule est équivoque car on ne sait pas « si l'atteinte grave est un déséquilibre significatif renforcé, ou bien autre chose »¹²⁹⁸.

Malgré tout, ces textes investissent le Gouvernement de la mission d'établir deux listes, la première de clauses grises et la seconde de clauses noires, et ce avant le 1^{er} janvier 2009, date-butoir fixée par la loi du 4 août 2008. Il a, pourtant, fallu attendre le décret du 18 mars 2009

attendues en 2009 », *RDC* 2009, p. 1602 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives », *RLDC* sept. 2010, p. 7.

¹²⁹⁵ *JO* 20 mars 2009, p. 5030. Sur ce texte, v. S. AMRANI-MEKKI, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009/4, p. 1617 ; A. ASTAIX, « Clauses abusives : publication des listes "noire" et "grise" », *D.* 2009, p. 797 ; O. DESHAYES, « Les réformes récentes et attendues en 2009 », *RDC* 2009, p. 1602 ; D. FENOUILLET, « La liste des clauses "noires" et "grise" enfin décrétée, mais pour combien de temps ? », *RDC* 2009/4, p. 1422 ; D. LEGEAIS, « Clauses abusives. Décret portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », *RTD com.* 2009, p. 424 ; G. NOTTE, « Liste des clauses abusives (Décret n° 2009-232, 18 mars 2009) », *Contrats, conc. consom.* 2009, alerte 23 ; G. PAISANT, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP G* 2009, 116 ; J. ROCHFELD, *RTD civ.* 2009, p. 383 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises". À propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP G* 2009, act. 168.

¹²⁹⁶ Amendement n° 1195, *JOAN CR*, 13 juin 2008, n° 49 bis, p. 8.

¹²⁹⁷ Nous soulignons.

¹²⁹⁸ O. Deshayes, art. préc., p. 1602. Sur cette question, v. *infra* n° 334.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

pour qu'elles soient enfin adoptées. La liste noire figure à l'article R. 132-1 du Code de la consommation selon lequel :

« Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Constaté l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ;

2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;

3° 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 ;

4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

5° Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ;

6° 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 ;

7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ;

8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur ;

9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ;

10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;

11° 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 ;

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

Les clauses grises sont prévues à l'article R. 132-2 du Code de la consommation en vertu duquel :

« Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du

premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, 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 volonté ;

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 renonce ;

3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;

4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;

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 consommateur ;

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. 132-1 ;

7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;

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 professionnel ;

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

10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »¹²⁹⁹.

332. Risque de concurrence avec les listes européennes. La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011¹³⁰⁰ envisage d'établir une liste noire et une liste grise de clauses abusives¹³⁰¹, stigmatisant respectivement onze et vingt-trois stipulations. Ces listes, si la proposition venait à être adoptée, ne s'appliqueraient qu'aux contrats de vente et seulement si le professionnel et le consommateur ont opté pour le règlement comme droit applicable à leur relation¹³⁰². Serait

¹²⁹⁹ Ces textes sont complétés par l'article R. 132-2-1 c. consom. qui soustrait certaines clauses aux dispositions nouvelles.

¹³⁰⁰ COM (2011) 635 final.

¹³⁰¹ Respectivement art. 84 et 85, Annexe I.

¹³⁰² Sur le caractère optionnel de cet instrument, v. art. 3 et 8.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

ainsi instaurée une concurrence entre les listes françaises et européennes qui risquerait à terme d'affecter le contenu des premières, étant que l'ambition européenne est la substitution à terme du droit d'origine européenne aux droits nationaux¹³⁰³.

Dans l'attente de l'adoption de ce texte, étudions plus avant les listes françaises qui constituent le droit positif.

B. Présentation des listes noire et grise

333. Plan. Il ne s'agit pas d'étudier chaque clause stigmatisée par les articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation¹³⁰⁴, mais de faire un commentaire sur l'opportunité de deux listes de nature différente ainsi qu'une présentation générale de leur contenu.

334. Deux listes. Avec le décret du 18 mars 2009, la France s'est dotée de deux listes de clauses abusives : elles se distinguent l'une de l'autre par la nature, simple ou irréfragable, de la présomption d'abus qui leur est attachée. La liste noire énumère les clauses dont la stipulation est interdite de façon générale et absolue, tandis que la liste grise dénombre celles qui sont présumées abusives, sous réserve de la preuve contraire rapportée par le professionnel, eu égard à l'économie particulière de son contrat.

La France rejoint ainsi le cercle des pays de l'Union européenne qui avaient déjà adopté ce système, comme l'Allemagne, le Portugal ou les Pays-Bas. D'autres pays se contentent d'une seule liste noire, comme l'Espagne ou la Grèce. L'opportunité d'une liste grise est, certes, discutable, à partir du moment où par une disposition générale le juge dispose du pouvoir de sanctionner les clauses abusives¹³⁰⁵. Néanmoins, l'option pour deux listes paraît judicieuse, car elle permet de nuancer les interdictions¹³⁰⁶.

D'éminents auteurs¹³⁰⁷ ont relevé que l'établissement d'une liste noire paraissait incompatible avec le critère des clauses abusives retenu en droit français, à savoir le standard du déséquilibre significatif. En effet, ce dernier impose une appréciation *a posteriori* et *in*

¹³⁰³ En ce sens, v. P. PUIG, « L'avènement des sources optionnelles de droit (sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit de la vente du 11 octobre 2001 », *RTD civ.* 2012, p. 493.

¹³⁰⁴ Pour l'étude de ces textes, v. *infra* n^{os} 393 s..

¹³⁰⁵ Dans le même sens, v. G. PAISANT, « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1986) », *D.* 1986, chron. p. 299.

¹³⁰⁶ Dans le même sens, v. M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, s. la dir. de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, XIX.

¹³⁰⁷ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n^o 326.

*concreto*¹³⁰⁸, qui fait dépendre, pour partie, le caractère abusif d'une stipulation de l'économie du contrat dans lequel chacune s'inscrit, alors que l'élaboration d'une liste noire consiste à identifier *a priori* et *in abstracto* des clauses toujours abusives. Selon eux, cette difficulté a été écartée du fait que, une fois visées par un décret, les stipulations figurant dans la liste noire « doivent être regardées, *de manière irréfragable*, comme abusives » et qu'ainsi l'interprète « est obligé de s'incliner devant la mention de la clause dans une liste établie par l'administration, alors même qu'elle ne répond pas à la définition de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1, à laquelle renvoie pourtant le texte qui l'habilite à l'intervenir »¹³⁰⁹. En réalité, il n'est pas certain qu'une telle difficulté existât. En effet, rien n'interdit de considérer que des stipulations soient abusives quels que soient le contrat ou les conditions qui entourent sa conclusion. Le déséquilibre significatif qu'emporte la clause ne serait, en aucun cas, susceptible d'être compensé, ce qui autoriserait son éradication *a priori*. Cette idée a guidé, semble-t-il, le législateur puisque l'alinéa 3 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation dispose qu'un décret stigmatise les clauses noires « eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat ». Ainsi, ces stipulations créent un déséquilibre significatif « renforcé » tellement grave qu'il justifie que la possibilité de rapporter la preuve contraire soit exclue, et ce en conformité avec la définition de l'alinéa 1^{er} et le standard du déséquilibre significatif.

Il existe une autre difficulté tenant à la répartition des clauses entre la liste noire et la liste grise. En effet, comme nous venons de le voir, l'article L. 132-1, alinéa 3, du Code de la consommation établit une distinction selon la gravité du déséquilibre engendré par la stipulation. Il n'est cependant pas certain que ce critère ait été toujours respecté. On pense, notamment, aux clauses limitatives de responsabilité dont on doute qu'elles portent si gravement atteinte à l'équilibre du contrat que cela justifie leur caractère noir¹³¹⁰.

335. Contenu des deux listes. L'article R. 132-1 du Code de la consommation dresse une liste de douze clauses noires et l'article R. 132-2 une liste de dix clauses grises. L'essentiel des stipulations stigmatisées était déjà connu¹³¹¹. Ainsi la liste noire reprend les trois anciennes clauses interdites par les décrets du 24 mars 1978 (art. R. 132-1, 3^o et 6^o) et du 25 novembre 2005 (art. R. 132-1, 12^o), tandis que les neuf autres proviennent – sinon dans la lettre, au moins dans l'esprit – de la liste « blanche », anciennement annexée à l'article

¹³⁰⁸ V. *infra* n^{os} 378 s..

¹³⁰⁹ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n^o 326.

¹³¹⁰ Sur ce point, v. *infra* n^{os} 486 s..

¹³¹¹ Dans le même sens, J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n^o 183 ; O. Deshayes, art. préc..

IDENTIFICATION THÉORIQUE

L. 132-1 du Code de la consommation, et/ou des propositions de la Commission des clauses abusives¹³¹². La liste grise, quant à elle, est une reprise, de près ou de loin, de stipulations figurant dans l'ancienne annexe légale et/ou dans les propositions de la Commission des clauses abusives. Ainsi sur les vingt-deux clauses incriminées, seulement une d'entre elles est entièrement « nouvelle », celle qui consiste à « stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise » (art. R. 132-2, 7°).

Il faut, cependant, préciser que si le décret du 18 mars 2009 a parfois recopié mot pour mot une clause déjà stigmatisée par le passé, il a aussi, tout en s'en inspirant, procédé à des modifications. Tantôt il a élargi la portée de la stipulation interdite¹³¹³. C'est le cas, par exemple, pour la prohibition des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité (art. R. 132-1, 6° c. consom.) qui vaut désormais quel que soit le contrat, alors qu'elle était précédemment limitée à la vente (anc. art. R. 132-1)¹³¹⁴. Tantôt le décret du 18 mars 2009 a restreint l'interdiction passée. Ainsi, en droit antérieur, était proscrite la stipulation imposant au consommateur d'exécuter ses obligations, alors que le professionnel n'a pas exécuté les siennes (point o) de l'ancienne annexe légale). C'est encore le cas en droit positif, mais uniquement lorsque sont en jeu les obligations de fourniture, de délivrance et de garantie du professionnel (art. R. 132-1, 5° c. consom.). Notons, cependant, que, dans ce dernier cas, la clause blanche est devenue grise, ce qui la renforce malgré la restriction¹³¹⁵.

C. Appréciation des listes noire et grise en tant que source des clauses abusives

336. Plan. La détermination de la notion de clause abusive et l'appréciation du déséquilibre significatif par voie décrétole présentent à la fois des avantages (1) et des inconvénients (2).

1. Les avantages relatifs des listes noire et grise

337. Deux avantages relatifs. Les listes de clauses noires et grises, élaborées par voie réglementaire, présente deux avantages : elles renforcent la sécurité juridique et assurent aux

¹³¹² Not. « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives », préc..

¹³¹³ En ce sens, v. D. Fenouillet, art. préc.

¹³¹⁴ Sur les clauses limitatives de responsabilité, v. *infra* n°s 486 s. ; sur les clauses exclusives de responsabilité, v. *infra* n°s 507 s..

¹³¹⁵ Sur les clauses relatives à l'exception d'inexécution, v. *infra* n°s 505 s..

non-professionnels et consommateurs une protection efficace contre les clauses abusives. Cependant, ils doivent être tous deux relativisés.

338. Sécurité juridique renforcée. Du fait de son caractère flou, le recours au standard du déséquilibre significatif peut-être source d'insécurité juridique¹³¹⁶. Néanmoins, dès lors qu'elle est assortie de listes de clauses noires et grises, la législation contre les clauses abusives gagne en précision et en clarté, et de ce fait en sécurité juridique¹³¹⁷ :

« La publication de listes de clauses considérées comme abusives permet à chacun (parties, associations, juges, organismes de contrôle) de connaître avec précision quelles stipulations sont interdites. Ces listes sont utiles non seulement à l'occasion d'un contentieux, mais dès la rédaction du contrat »¹³¹⁸.

Les listes réglementaires de clauses abusives ont ainsi une vertu pédagogique et préventive, car elles permettent, en principe, de clarifier la notion de clause abusive et d'appréhender plus sereinement celle de déséquilibre significatif. Tous les acteurs intervenant en cette matière sont mieux informés et ces listes « serv[e]nt en quelque sorte de relais entre la définition générale et son application à des cas particuliers »¹³¹⁹. Elles ont, aussi, une vertu curative, puisqu'elles aident à repérer plus facilement les clauses abusives dans les contrats.

L'apport des listes réglementaires à la sécurité juridique est indéniable, en admettant qu'elles soient bien rédigées. Or ce n'est malencontreusement pas toujours le cas, et paradoxalement, ces listes, qui entretiennent certaines confusions graves sur la notion de clause abusive, sont, parfois, la source d'insécurité juridique ! Rappelons, notamment, que sont considérées comme noires les clauses de renvoi aux stipulations ne figurant pas sur le document principal dont le non-professionnel ou consommateur n'a pu prendre connaissance (art. R. 132-1, 1°), alors qu'elles soulèvent un problème de consentement que le droit commun sanctionne par leur inopposabilité¹³²⁰. De même, deux clauses visées à l'article R. 132-2 (6° et 10°) sont des stipulations illicites qui ne devraient, en aucun cas, être

¹³¹⁶ En ce sens, v. *supra* n° 322.

¹³¹⁷ Dans le même sens, v. N. Sauphanor, th. préc. ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « Première partie : les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe, p. 1 », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, ss dir. J. Ghestin, LGDJ, 1991, n° 56 ; G. Paisant, « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1986) », art. préc..

¹³¹⁸ M. Fontaine, rapport préc.. Nous soulignons.

Dans le même sens, v. E. HONDIUS, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : vers une directive européenne », *REDC* 1988, p. 185 ; Ch. GIAUME, « 1^{er} janvier 1993 : le nouvel an ou l'an I des clauses abusives », *LPA* 26 décembre 1990, n° 155, p. 15 ; J. Ghestin et I. Marchessaux, art. préc..

¹³¹⁹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 183.

¹³²⁰ Sur ce point, v. *supra* n° 260 s..

IDENTIFICATION THÉORIQUE

présumées simplement abusives¹³²¹. Nous verrons, en outre, que certaines stipulations ne devraient pas figurer dans ces listes. C'est le cas notamment des clauses limitatives de la responsabilité du professionnel¹³²². Dès lors se pose la question de l'illégalité du décret du 18 mars 2009. En effet, le pouvoir réglementaire était habilité à faire figurer dans ces listes uniquement des stipulations qui répondent à la définition des clauses abusives de l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation¹³²³. Or, manifestement, ce n'est pas le cas des stipulations que nous venons de citer. Il est donc tout à fait envisageable que le décret soit contesté par la voie de l'exception d'illégalité¹³²⁴. La menace qui plane ainsi sur lui nuit gravement à la sécurité juridique. L'apport théorique des listes noire et grise de clauses abusives à la sécurité juridique est ainsi, en pratique, bien mis à mal par l'incurie du pouvoir réglementaire. Comme nous le verrons, cette dernière est, par ailleurs, relative puisqu'il n'est pas possible de stigmatiser toutes les stipulations abusives au travers de ces listes¹³²⁵.

339. Efficacité de la protection contre les clauses abusives. L'instauration de listes noire et grise de clauses abusives améliore l'efficacité de la protection des non-professionnels et consommateurs contre les clauses abusives, à la fois d'un point de vue quantitatif et d'un point de vue qualitatif.

Quantitativement d'abord, le décret du 18 mars 2009 a singulièrement accru le nombre de stipulations stigmatisées. En effet, dans un système qui requiert l'intervention d'un décret, l'efficacité dans l'élimination des clauses abusives « dépend de la diligence du pouvoir réglementaire »¹³²⁶. Avec l'adoption d'un décret qui en désigne vingt-deux, « le système de protection des consommateurs en la matière s'en trouve ainsi singulièrement revigoré »¹³²⁷, après trente années de somnolence.

¹³²¹ Sur ce point, v. *supra* n° 156.

¹³²² V. *infra* n°s 485 s..

¹³²³ V. *supra* n° 331.

¹³²⁴ Si cette exception est soulevée devant le juge judiciaire, il devra poser une question préjudicielle au juge administratif, seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte réglementaire, v. *infra* n° 219 s..

Le décret pourrait aussi être contesté sur le fondement de l'art. 3 du décret du 28 novembre 1983 qui dispose que l'autorité administrative est tenue de faire droit à toute demande d'abrogation d'un acte réglementaire illégal « soit que le règlement ait été illégal dès sa signature, soit que l'illégalité résulte des circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date.

En revanche, le recours pour excès de pouvoir est exclu, cette action devant être intentée dans les deux mois suivant la publication du règlement contesté.

¹³²⁵ Sur ce point, v. *supra* n°s 340 s..

¹³²⁶ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 326.

¹³²⁷ J. Ghestin et I. Marchessaux Van-Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc. ; G. Paisant, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », art. préc., n° 1, C. Danglehant, art. préc. ; N. Sauphanor, th. préc., n° 425.

Contra, v. J. Rochfeld, obs. préc..

La condamnation de clauses abusives par décret améliore aussi l'efficacité de la protection contre les clauses abusives d'un point de vue qualitatif. Elle présente d'abord l'avantage d'assurer une généralité de ces solutions car le décret oblige tous les ressortissants des catégories qu'ils désignent¹³²⁸. Ainsi la portée générale du décret est un atout dans la protection des non-professionnels et consommateurs, surtout en comparaison des condamnations judiciaires ponctuelles aux effets limités en raison de l'autorité de la chose jugée¹³²⁹.

Ensuite, l'intérêt des listes est de faciliter la preuve du caractère abusif pour le non-professionnel ou le consommateur, qui doit seulement démontrer que l'une des clauses auxquelles il est soumis y figure¹³³⁰. En pratique, néanmoins, l'objectif n'est pas toujours atteint, notamment pour certaines stipulations de la liste grise. En effet, plusieurs d'entre elles ne renversent qu'imparfaitement la charge de la preuve au profit du non-professionnel ou consommateur¹³³¹ car « la définition qui en est donnée dans le décret suppose qu'[il] prouve un embryon de déséquilibre entre ses droits et obligations et ceux du professionnel »¹³³². Il en est ainsi pour les clauses ayant pour objet ou pour effet d' « imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné » (art. R. 132-2, 3°) ; de « reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable » (art. R. 132-2, 4°) ; de « permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du non-professionnel ou du consommateur lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou du consommateur » (art. R. 132-2, 5°) ; de « limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur » (art. R. 132-2, 9°)¹³³³. L'efficacité de la protection est ainsi amoindrie de manière regrettable. Pourtant, le Gouvernement aurait pu éviter de tels écueils puisque la Commission des clauses abusives avait systématiquement attiré son attention sur ce point¹³³⁴, mais son avis n'a été suivi pour aucune des clauses en question.

¹³²⁸ En ce sens, v. Th. REVET, « Droit réglementaire et droit prétorien », *RDC* 2005/2, p. 251.

¹³²⁹ Sur ce point, v. *supra* n° 356.

¹³³⁰ Dans le même sens, v. J. Ghestin et I. Marchessaux Van-Melle, art. préc. ; N. Sauphanor, th. préc., n° 425.

¹³³¹ En ce sens, v. H. Davo, Y. Picod, *op. cit.*, n° 264-2 ; O. Deshayes, art. préc. ; G. Paisant, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », art. préc..

¹³³² O. Deshayes, art. préc..

¹³³³ Nous soulignons la preuve que le non-professionnel ou consommateur est tenu de rapporter s'il veut se prévaloir de la clause grise.

¹³³⁴ « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », annexe III, in *Rapport d'activité pour l'année 2008*, *BOCCRF* 05/03/2009.

À ces avantages relatifs s'ajoutent des inconvénients certains.

2. Les inconvénients des listes noire et grise

340. Deux inconvénients. En tant qu'outil de détermination des clauses abusives et du déséquilibre significatif, les listes réglementaires, noire ou grise, ne sont pas à l'abri de toute critique. Certaines d'entre elles ont déjà été évoquées, mais elles sont imputables à l'incurie gouvernementale¹³³⁵. Il s'agit, désormais, de pointer du doigt les défauts intrinsèques de ces listes.

341. Insuffisance des listes noire et grise. Il faut bien reconnaître que les listes de clauses noires et grises « n'apportent souvent qu'une protection minimum »¹³³⁶ car seules les stipulations abusives les plus fréquentes et les plus graves peuvent y être répertoriées. Ainsi, il est vain de vouloir dresser une liste définitive qui recenserait toutes les clauses abusives¹³³⁷. Trop de facteurs s'y opposent : l'évolution des technologies, des législations, des modèles socio-culturels ou des techniques de distribution, la diversité des pratiques commerciales et des conditions générales, ainsi que l'imagination des rédacteurs des contrats aboutissent sans cesse à l'apparition de nouvelles clauses contractuelles¹³³⁸. Face à ces évolutions, les listes, qui, une fois établies, sont rigides, sont rapidement dépassées et « laisse[nt] la part belle aux nombreuses clauses qui bien que méritant le qualificatif d'abusif, n'ont pas fait l'objet d'une mesure spécifique d'interdiction »¹³³⁹.

342. Catalogue de clauses. Les listes des articles R. 132-1 et R. 132-2 apparaissent comme « une énumération à la Prévert »¹³⁴⁰, comme des catalogues de clauses sans

¹³³⁵ V. *supra* n^{os} 337 s..

¹³³⁶ J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », in *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, Actes du 18^{ème} colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 78 s et J. Ghestin et I. Marchessaux, « Première partie : les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe, p. 1 », art. préc., n^o 57.

Dans le même sens, v. aussi E. Hondius, art. préc..

¹³³⁷ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n^o 183 ; J. Ghestin et I. Marchessaux, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », art. préc. ; M. Fontaine, rapport préc. ; G. Paisant, « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1986) », art. préc. ; G. PAISANT, « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *D.* 1988, chron. p. 253.

¹³³⁸ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n^o 183 ; J. Ghestin et I. Marchessaux, art. préc. ; J. Ghestin et I. Marchessaux, « Première partie : les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », art. préc. ; M. Fontaine, rapport préc. ; E. Hondius, art. préc..

¹³³⁹ G. Paisant, « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1986) », *D.* 1986, chron. p. 299.

¹³⁴⁰ D. Fenouillet, art. préc..

cohérence. Il est regrettable qu'aucun fil directeur ne puisse y être identifié. Comme le souligne Madame Fenouillet, « force est de reconnaître que les deux listes échappent pour une bonne part à une typologie claire et convaincante »¹³⁴¹. En effet, au lieu de stigmatiser des stipulations abusives particulières, il aurait été préférable de repenser la matière en identifiant des types de déséquilibres¹³⁴², des critères du déséquilibre significatif¹³⁴³, ce qui aurait le mérite de sanctionner un plus large panel de clauses et de parer à toutes les évolutions décrites au paragraphe précédent.

Historiquement première source des clauses abusives, le pouvoir réglementaire a été rapidement concurrencé par le pouvoir judiciaire en la matière.

§ 2. La source judiciaire : la jurisprudence

343. Plan. À l'origine, dans la loi du 10 janvier 1978, le pouvoir judiciaire avait été exclu de la détermination des clauses abusives. C'est pourquoi il est nécessaire de relater comment il s'est emparé de cette mission (A), d'étudier en quoi consiste précisément son rôle de nos jours (B) et quelles sont ses limites (C).

A. Apparition du pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives

344. Loi du 10 janvier 1978. Le projet de loi initial confiait au juge la mission de caractériser et d'anéantir, espèce par espèce, les clauses abusives, mais les parlementaires, tenaillés par la peur du juge, se sont méfiés des magistrats et les ont « confinés dans une tâche d'application quasi-mécanique »¹³⁴⁴ des décrets qui devaient être pris en application de la loi de 1978¹³⁴⁵. Cependant, devant la carence du pouvoir réglementaire qui avait adopté un seul décret, la Cour de cassation a progressivement admis qu'une clause puisse être jugée abusive, malgré l'absence de décret l'interdisant comme telle, « d'abord par allusion, ensuite implicitement, enfin explicitement »¹³⁴⁶.

¹³⁴¹ D. Fenouillet, art. préc..

¹³⁴² D. Fenouillet, art. préc..

¹³⁴³ Sur ce point v. *infra* n° 393 s..

¹³⁴⁴ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 328. Dans le même sens, v. Ph. MALINVAUD, « La protection des consommateurs », *D.* 1981, chron. p. 49 ; Ph. DELEBECQUE, note *D.* 1982, p. 136.

Contra, v. certains auteurs qui prétendaient que le juge disposait du pouvoir d'annulation des clauses abusives répondant aux critères de la loi de 1978, v. G. BERLIOZ, « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP* 1979, I, 2954 ; L. BIHL, « L'information des consommateurs », *JCP* 1978, I, 290.

¹³⁴⁵ *JOAN* 13 décembre 1977.

¹³⁴⁶ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 83.

345-1. Les arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 16 juillet 1987¹³⁴⁷ et du 25 janvier 1989¹³⁴⁸. Ces deux arrêts sont traditionnellement cités comme formant la première étape de la détermination judiciaire des clauses abusives, car la Cour de cassation y retient une interprétation particulièrement large du décret du 24 mars 1978.

Dans la première espèce, un acheteur d'objet d'ameublement mettait en cause la clause du contrat de vente qui réduisait son droit à réparation en cas de dépassement du délai de livraison, simplement stipulé à titre indicatif. La cour d'appel lui avait dénié tout caractère abusif. La Cour de cassation, retient la position opposée. Au visa de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services et des articles 2 et 3 du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 pris pour l'application de cet article, elle décide que :

« Conférant au professionnel vendeur un avantage excessif, notamment en lui laissant en fait l'appréciation du délai de livraison et en réduisant le droit à réparation prévu par l'article 1610 du Code civil au bénéfice de l'acquéreur non professionnel en cas de manquement par le vendeur à son obligation essentielle de délivrance dans le temps convenu, cette clause devait être réputée non écrite »¹³⁴⁹.

La décision est ambiguë, car la clause tombait sous le coup des dispositions du décret du 24 mars 1978 en ce qu'elle limitait la garantie due au non-professionnel ou consommateur, mais pas en ce qu'elle stipulait un délai de livraison indicatif. De plus, les fondements juridiques de la solution sont peu clairs. D'un côté, la Cour de cassation vise le décret, sans reconnaître expressément qu'il interdise la clause. D'un autre côté, elle considère que la stipulation confère un avantage excessif, ce qui laisse penser qu'elle se fonde directement sur l'article 35 de la loi de 1978 pour la déclarer abusive, et non sur le décret.

Dans la seconde espèce, il s'agissait d'un contrat par lequel un consommateur avait acheté des films pour diapositives ; le prix des films incluait leur développement et une clause du

¹³⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1987, *D.* 1987, somm. p. 456, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1988, jur. p. 49, note J. CALAIS-AULOY ; *JCP G* 1988, II, 21001, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1988, p. 144, obs. J. MESTRE.

¹³⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, H. GROUDEL, « La responsabilité des laboratoires photographiques : un léger mieux », *Resp. civ. et assur.* 1989, n° 9 ; T. HASSLER, « La perte d'un film photographique : la jurisprudence remédie à l'inertie du pouvoir réglementaire », *LPA* 31 mai 1989, n° 65, p. 21 ; C. GIAUME, « Quelques réflexions en matière de clauses abusives. À propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1989 », *LPA* 30 mai 1990, n° 65, p. 25 ; *D.* 1989, p. 253, note Ph. MALAURIE ; *D.* 1989, som. comm. p. 304, obs. T. HASSLER ; *D.* 1989, som. comm. p. 337, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1989, II, 21357, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1989, p. 533, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1989, p. 574, obs. Ph. RÉMY ; *Gaz. Pal.* 1990, 1^{er} sem., p. 16, note L. PANHALEUX.

V. aussi pour un raisonnement similaire dans une espèce similaire, Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1990, C. GIAUME, « Deux réflexions sur l'actualité des clauses abusives », *LPA* 3 août 1990, n° 93, p. 28 ; *JCP G* 1991, II, 21594, note T. HASSLER ; *Defrénois* 1991, art. 34987, n° 20, p. 367, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD com.* 1991, p. 85, obs. B. BOULOC.

¹³⁴⁹ Nous soulignons.

contrat stipulait qu'en cas de perte du film, la responsabilité du professionnel serait limitée à son remplacement. La Cour de cassation a approuvé le tribunal d'instance d'avoir déclaré abusive la clause au sens de l'article 2 du décret du 24 mars 1978 applicable à la cause, bien que le contrat qui liait le consommateur et le professionnel ne fût que partiellement une vente, et en retenant le caractère indivisible de l'acte, à la fois vente et louage d'ouvrage.

Après avoir retenu une conception extensive du décret du 24 mars 1978, la Cour de cassation a indirectement admis la possibilité pour les juges du fond de déclarer abusive une clause en dehors du cadre du décret.

345-2. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 décembre 1989¹³⁵⁰. Selon Monsieur Ghestin, cet arrêt « ouvre la porte, malgré sa relative ambiguïté, à la reconnaissance du pouvoir des juges du fond d'annuler les clauses abusives en l'absence de tout décret »¹³⁵¹. En l'espèce, un contrat d'enseignement prévoyait que les frais de scolarité constituaient un « forfait acquis intégralement à l'école ». Le tribunal d'instance avait refusé d'appliquer cette clause au motif qu'il était abusif de faire payer dans son entier une année scolaire qui avait été à peine commencée. La Cour de cassation censure ce jugement car le tribunal n'a pas caractérisé en quoi la stipulation est constitutive d'un abus. Ainsi elle ne lui reprochait pas de s'être appuyée sur un mauvais fondement juridique, le caractère abusif de la clause, mais d'avoir insuffisamment motivé son jugement. Partant la Cour de cassation semblait admettre que les juges du fond puissent réputer non écrite une clause en la qualifiant d'abusives, alors même qu'elle n'a pas été prohibée par décret. Cela a été clairement confirmé par la suite.

345-3. Les arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 mai 1991¹³⁵² et du 26 mai 1993¹³⁵³. Véritable « coup d'État »¹³⁵⁴ jurisprudentiel, l'arrêt du 14 mai

¹³⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 1989, *D.* 1990, p. 289, note J. GHESTIN ; *Defrénois* 1991, art. 34987, n° 19, p. 366, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1990, II, 21534, note Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1990, p. 277, obs. J. MESTRE.

¹³⁵¹ J. GHESTIN, « L'élimination par le juge des clauses abusives en l'absence de décret d'interdiction », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 447 s., n° 10.

¹³⁵² Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, T. HASSLER, « Clause abusive et perte d'une pellicule photo : un arrêt important : Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991 », *LPA* 8 juillet 1991, n° 81, p. 18 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 159 ; *Contrats conc. consom.* 1991, n° 160, note L. LEVENEUR ; *D.* 1991, somm. p. 320, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1991, jur. p. 449, note J. GHESTIN ; *JCP G* 1991, II, 21743, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. J. MESTRE.

¹³⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1993, *D.* 1993, p. 568, note G. PAISANT ; *Defrénois* 1994, p. 352, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1993, II, 22158, note E. BAZIN ; *RTD civ.* 1994, p. 97, obs. J. MESTRE.

¹³⁵⁴ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 83.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

1991 reconnaît aux juges du fond le droit de déclarer une clause abusive, malgré l'absence de décret l'interdisant. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de reproduction de diapositives sur papier. Ces dernières ont été perdues par le laboratoire qui entendait s'abriter derrière une clause exonératoire de responsabilité. Contrairement aux espèces similaires précédentes¹³⁵⁵, il n'y avait eu aucune vente de telle sorte que toute application, même extensive, de l'article 2 du décret du 24 mars 1978 était exclue. Malgré tout, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir déclaré la clause abusive :

« 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 M... F. 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 »¹³⁵⁶.

La Cour de cassation a ainsi retenu tous les éléments caractéristiques des clauses abusives au sens de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 : l'avantage excessif, l'abus de puissance économique et la sanction du réputé non écrit, sans toutefois le viser expressément.

Si un doute subsistait du fait de l'absence de référence explicite à la loi du 10 janvier 1978, il a été dissipé par l'arrêt en date du 26 mai 1993 qui confirme la solution posée en 1991. Après avoir visé l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, la Cour de cassation formule un attendu de principe on ne peut plus clair :

« Attendu 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 ».

La Cour de cassation a ainsi accordé aux juges du fond « une éclatante revanche »¹³⁵⁷ en les autorisant clairement à annuler les clauses abusives, même en l'absence de tout décret d'interdiction.

346. Consécration implicite du pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives. Un projet de loi, (devenu la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992), avait prévu d'autoriser expressément le juge à déclarer une clause abusive, dès lors qu'elle répondait à la définition qu'en donnait la loi du 10 janvier 1978 (art. 9). Mais cet article a été abandonné au motif que l'arrêt du 14 mai 1991 « enlève de l'acuité à la nécessité de maintenir l'article 9

¹³⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989 et Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1990, préc..

¹³⁵⁶ Nous soulignons.

¹³⁵⁷ D. MAZEAUD, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, p. 23 s., spéc. p. 31.

dans ce projet de loi »¹³⁵⁸. La consécration explicite du pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives n'interviendra jamais et il faudra se contenter d'une consécration implicite en deux temps.

Il est possible de voir dans le décret n° 93-314 du 10 mars 1993 relatif à la Commission des clauses abusives¹³⁵⁹ la première consécration implicite de ce pouvoir. En effet, son article 4, aujourd'hui codifié à l'article R. 534-4 du Code de la consommation, prévoit qu'à l'occasion d'une instance, lorsque l'argument tiré du caractère abusif d'une stipulation contractuelle est soulevé, le juge peut demander son avis à la Commission. Comme le souligne Monsieur Huet, « c'est indirectement, mais nettement, reconnaître que le juge pourra, faisant suite à cet avis, déclarer lui-même que la clause en question est abusive »¹³⁶⁰. En effet, la saisine n'aurait aucun intérêt si elle existait seulement pour que le juge se voie confirmer par la Commission des clauses abusives que la stipulation litigieuse est interdite par décret.

Étonnamment, la loi du 1^{er} février 1995 qui a réformé le droit des clauses abusives n'a ni consacré ni brisé explicitement la jurisprudence du 14 mai 1991. Les travaux préparatoires ne laissent, pourtant, aucun doute sur la volonté politique de reconnaître au juge le pouvoir de déclarer une stipulation abusive sans que celle-ci ait été préalablement interdite par décret¹³⁶¹. D'ailleurs, ce pouvoir a été indirectement entériné par la réforme, comme le prouvent plusieurs passages de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} février 1995. Il en est ainsi, d'abord, de l'ancien alinéa 2 :

« Des décrets en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives au sens du premier alinéa »¹³⁶².

On peut déduire l'existence du pouvoir judiciaire de stigmatiser les clauses abusives à partir du caractère facultatif du pouvoir réglementaire.

L'ancien alinéa 3 va dans le même sens :

« Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa »¹³⁶³.

¹³⁵⁸ JOAN (CR), 17 décembre 1991, p. 8097.

¹³⁵⁹ Y. CHARTIER, « La réforme de la Commission des clauses abusives (D. n° 93-314 du 10 mars 1993) », *JCP G* 1993, act. n° 15 ; M. KERNINON, « La réforme de la Commission des clauses abusives », *Rev. conc. consom.* 1993, n° 76, p. 7 ; J. HUET, « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », *D.* 1993, p. 331.

¹³⁶⁰ J. Huet, art. préc..

¹³⁶¹ Déclaration Fosset, *JO Sénat (CR)* 16 novembre 1994, p. 5569 ; Déclaration ministre de l'Économie, *JOAN (CR)* 11 janvier 1995, p. 11.

¹³⁶² Nous soulignons.

¹³⁶³ Nous soulignons.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

Une telle disposition « postule l'intervention des tribunaux »¹³⁶⁴, car seuls les juges peuvent « tirer les conséquences de la démonstration du caractère abusif d'une clause »¹³⁶⁵.

Enfin, l'ancien alinéa 8, selon lequel « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses », se passe de commentaire.

347. La loi du 4 août 2008. La loi du 4 août 2008 a abrogé les alinéas 2 et 3 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} février 1995. Ainsi, aujourd'hui, une seule disposition de ce texte, son alinéa 8, fonde, implicitement, le pouvoir d'intervention judiciaire en matière de clauses abusives. Il n'est nullement remis en cause¹³⁶⁶, d'autant plus que l'article L. 141-4 du Code de la consommation dispose désormais que « le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent Code dans les litiges nés de son application ».

B. Etendue du pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives

348. Plan. Le pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives se mesure à l'aune de deux éléments. Les juges ont l'obligation de relever d'office les stipulations abusives, ce qui renforce leur pouvoir, mais leur rôle est variable car il dépend du type de clauses qui est soumis à leur contrôle.

349. Devoir de relever d'office les clauses abusives. Le rôle et les pouvoirs du juge face à une clause abusive ont été profondément modifiés à la suite d'une évolution, déjà décrite¹³⁶⁷, dont nous rappellerons les grandes lignes. Sous l'impulsion de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), le juge a d'abord eu la possibilité de relever d'office les stipulations abusives qui lui étaient soumises¹³⁶⁸. Cette faculté a été consacrée par

¹³⁶⁴ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 328.

¹³⁶⁵ T. REVET, « Droit réglementaire et droit prétorien », *RDC* 2005/2, p. 251.

¹³⁶⁶ Dans le même sens, v. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 328 ; G. Paisant, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », art. préc., n° 4.

¹³⁶⁷ V. *supra* n° 180.

¹³⁶⁸ CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244/98, *Rec. CJCE* 2000, I, p. 4991, L. Bernardeau, « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, *Océano*, aff. C-240/98) », *RED consom.* 2000, 261 ; *RTD civ.* 2000, p. 939, obs. J. RAYNARD ; *JCP G* 2001, II, 10513, note M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISANT ; *RTD civ.* 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2001, p. 291, obs. M. LUBY ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *D.* 2002, somm. p. 3339, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2003, jur. p. 486, note C. NOURISSAT ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 1711, obs. Ph. FLORES et G. BIARDEAUD ; *JCP E* 2003, 279, note C. BAUDE-TEXIDOR et I. FADLALLAH ; *JCP G* 2003, I, 142, n° 1 à 4, obs. X. LAGARDE ;

l'adoption de l'article L. 141-4 du Code de la consommation par la loi du 3 janvier 2008¹³⁶⁹. Néanmoins, la CJCE a, depuis, exigé que le juge relève d'office les clauses abusives¹³⁷⁰ : d'une simple faculté, on est passé à un devoir. C'est ce devoir que s'apprête à consacrer le projet de loi n° 1015, relatif à la consommation, déposé à l'Assemblée nationale le 2 mai 2013 et en cours de discussion au moment où nous écrivons ces lignes (novembre 2013)¹³⁷¹. La Cour de cassation a, par ailleurs, précisé que lorsque le juge relève d'office un moyen tiré de l'existence d'une clause abusive, il doit en aviser les parties et les inviter à présenter leurs observations¹³⁷².

350. Rôle variable. Le rôle du juge en matière de clauses abusives varie en fonction du type de stipulation qui leur est déféré¹³⁷³. Deux cas se distinguent : soit la clause figure dans l'une des listes réglementaires des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, soit elle ne s'y trouve pas.

Dans le premier cas, le pouvoir d'appréciation des juges est limité. En effet, ils doivent se contenter de vérifier que la stipulation litigieuse correspond à celle de la liste. Ils doivent, en outre, s'il s'agit d'une clause grise, apprécier les preuves, éventuellement fournies par le professionnel, de son absence de caractère abusif.

JCP G 2003, II, 10082, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2003, p. 410, obs. M. LUBY ; *Contrats conc. consom.* 2003, comm. 31, note G. RAYMOND.

¹³⁶⁹ Sur ce texte, v. C. ALLIEZ, « La réforme de l'office du juge en droit de la consommation », *LPA* 2 juillet 2009, n° 131, p. 5 ; S. BAZIN, « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et proc.* 2008, p. 125 ; S. BAZIN, « Retour sur l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et proc.* 2010, p. 110 ; H. CROZE, « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du code de la consommation », *Procédures* 2008, n° 80 ; Ph. FLORES et G. BIARDEAUD, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, chron. p. 2227 ; GORCHS, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D.* 2010, p. 1300 ; Gh. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285 ; Gh. POISSONNIER, « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *Contrats, conc. consom.* 2009, ét. 5 ; G. RAYMOND, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 », *Contrats, conc. consom.* 2008, ét. 3 ; N. RZEPECKI, « Le relevé d'office par le juge des dispositions du code de la consommation : principe et régime », *RLDA* juin 2009, p. 41.

¹³⁷⁰ CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, G. PAISANT, « L'obligation de relever d'office du juge national », *JCP G* 2009, 336 ; *D.* 2009, p. 2312, note Gh. POISSONNIER ; *Europe* 2009, n° 8, p. 42, V. MICHEL et M. MEISTER ; *JCP E* 2009, 1970, note L. RASCHEL ; *JCP G* 2009, 369, n° 13, Y.-M. SERINET ; *LEDC* septembre 2009, p. 6, obs. G. GUERLIN ; *Procédures* 2009, n° 8, p. 19, note C. NOURISSAT ; *RDC* 2009/4, p. 1467, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; *RDC* 2010/1, p. 59, obs. O. DESHAYES ; *RLDC* 2009, n° 63, p. 13, obs. V. MAUGERI. Solution depuis réitérée, CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Nogueira*, aff. C-40/08, *JOUE C* 282 du 21/11/2009, p. 7, *Procédures* 2009, comm. 400, note C. NOURISSAT ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 49, p. 12, obs. Gh. POISSONNIER et J.-Ph. TRICOIT.

¹³⁷¹ Art. 28 qui prévoit d'ajouter un alinéa à l'art. L. 141-4 c. consom. ainsi rédigé : « Il [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 ».

¹³⁷² Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2012, n° 11-12.242, inédit.

¹³⁷³ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 185 ; N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n° 575.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

Dans le second cas, la marge d'appréciation des juges est plus étendue. Ils doivent ainsi décider si la clause litigieuse répond ou pas à la définition de l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, c'est-à-dire si elle a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. La Cour de cassation a d'ailleurs accru son pouvoir d'appréciation, en ajoutant à l'alternative classique entre clause abusive ou non abusive, une troisième possibilité, celle de « clause déclarée abusive sauf telle modification »¹³⁷⁴. Il en est ainsi dans l'un des quatre arrêts en date du 14 novembre 2006¹³⁷⁵. En l'espèce, une stipulation accordait la garantie de prix aux livraisons effectuées et stipulées moins de trois mois après la commande et aux modèles mentionnés dans le bon de commande, mais l'écartait en cas de variation de prix résultant d'une modification de régime fiscal ou d'une modification technique imposée par les pouvoirs publics. La Haute juridiction estime que la clause litigieuse est abusive au motif qu' :

« [elle] avait pour objet ou pour effet d'accorder au constructeur le droit de s'exonérer de la garantie de prix sans que le consommateur ait le droit correspondant de rompre le contrat, sauf à perdre le montant de l'acompte versé, au cas où le prix serait trop élevé par rapport au prix convenu lors de la commande ».

Mais le plus étonnant est le dispositif qui suit dans lequel la Cour de cassation la déclare abusive, « sauf à ce que soit précisé que le consommateur a le droit correspondant de rompre le contrat au cas où le prix final serait trop élevé par rapport au prix convenu lors de la commande »¹³⁷⁶. Cette solution s'inspire de la pratique du Conseil constitutionnel des déclarations d'inconstitutionnalité sous réserve, comme le relève Madame Fenouillet :

« Elle en constitue un diminutif (la Cour de cassation ne réécrit pas elle-même la clause, mais se borne à préciser les conditions dans lesquelles ladite clause perdrait son caractère abusif) inversé (elle ne déclare pas la clause non abusive à condition qu'elle soit interprétée de telle façon, mais la déclare abusive sauf si elle était autrement rédigée) »¹³⁷⁷.

À ce jour, la Haute juridiction n'a pas renouvelé l'expérience, mais rien n'exclut qu'elle procède à nouveau de la sorte si l'occasion se présentait. Notons, toutefois, que ce type d'interprétation n'a de sens que lorsque la Cour de cassation se prononce sur l'action en

¹³⁷⁴ D. FENOUILLET, « Les clauses abusives à nouveau sur la sellette ! », *RDC* 2007/2, p. 337.

¹³⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, 04-17.578, *Bull. civ.* n° 489, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », *Contrats, conc. consom.* 2007, ét. 2, p. 5, *D.* 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2007, II, 10056, G. PAISANT ; *RLDC* 2007, n° 35, p. 12, obs. S. DOIREAU ; *RLDC* 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; *RTD com.* 2007, p. 437, obs. B. BOULOC.

¹³⁷⁶ Nous soulignons.

¹³⁷⁷ D. Fenouillet, art. préc..

suppression intentée par une association de consommateurs, comme c'était le cas dans l'arrêt du 14 novembre 2006.

Le pouvoir judiciaire semble avoir un rôle étendu dans la détermination des clauses abusives, mais il connaît aussi des limites.

C. Appréciation du pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives

351. Plan. La qualification judiciaire de la notion de clause abusive serait source d'insécurité juridique (1). Si ce reproche doit être relativisé, il en est un autre qui ne peut l'être. La portée de l'intervention judiciaire en matière de clauses abusives est, en effet, restreinte, du fait de l'autorité relative de la chose jugée attachée aux décisions de justice (2).

1. Insécurité juridique à relativiser

352. Plan. Les trois arguments principaux généralement invoqués au soutien de l'idée selon laquelle laisser aux juges le pouvoir de déterminer le caractère abusif d'une clause serait source d'insécurité juridique¹³⁷⁸ méritent d'être nuancés.

353. Méconnaissance des solutions jurisprudentielles. Ceux qui refusent de reconnaître la jurisprudence comme une source du droit invoque souvent la difficulté de connaître ses solutions. Il est indéniable que l'accès à la jurisprudence est ardu pour tout non-juriste. Néanmoins, à l'heure de l'inflation législative, l'accès au droit légiféré ne nous semble guère plus aisé. Il est ainsi fort douteux qu'une majorité de consommateurs ait connaissance des listes réglementaires de clauses abusives¹³⁷⁹.

354. Arbitraire du juge. Certains ont pu craindre l'arbitraire des juges en matière de détermination de clauses abusives¹³⁸⁰. Pourtant cette peur du juge ne se comprend pas. En effet, « les juges français n'ont jamais, en matière contractuelle, démerité dans leur tâche de

¹³⁷⁸ V. par exemple, en ce sens, J. Ghestin et I. Marchessaux, « Première partie : les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », art. préc., n° 58.

¹³⁷⁹ Dans le même sens, v. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 159.

¹³⁸⁰ Cette crainte est liée à la nature de standard du déséquilibre significatif, standard auquel les mêmes reproches sont adressés, v. not. Ph. Malaurie, P. Morvan, *op. cit.*, n° 250 : « Intégré dans une règle de droit, le standard confère au juge un pouvoir discrétionnaire d'arbitrer les conflits de façon intuitive et empirique » ; N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 418 : « Mais le renforcement du rôle du magistrat, qu'induit l'introduction du standard, inquiète une partie de la doctrine qui estime que cette notion « ouvre la porte à l'arbitraire du juge ».

IDENTIFICATION THÉORIQUE

mise en œuvre et d'adaptation des textes »¹³⁸¹. Par exemple, si depuis la loi du 9 juillet 1975, les juges ont le pouvoir de moduler les clauses pénales, ils en ont toujours usé avec modération. De même, en matière de clauses abusives, « aucun des dérapages redoutés ne s'est produit »¹³⁸².

355. Disparité des solutions. Laisser au juge la détermination du caractère abusif d'une clause suppose d'admettre une certaine disparité de solutions et fait craindre des incohérences¹³⁸³. En effet, dans un même type de contrat, il est possible qu'un juge lillois trouve une stipulation abusive, alors qu'un magistrat niçois lui dénie ce caractère. Néanmoins, une fois encore, ce reproche peut être relativisé car la disparité n'est plus à redouter lorsque la Cour de cassation s'est prononcée sur un type particulier de clauses. Or, en la matière, cette dernière a manifestement exercé un pouvoir régulateur¹³⁸⁴.

En effet, la notion de clause abusive est une question de droit et l'appréciation du caractère abusif par les juges du fond se fait sous le contrôle de la Cour de cassation. La décision fondatrice de ce contrôle est l'arrêt du 26 mai 1993¹³⁸⁵. En l'espèce, elle censure le jugement qui avait déclaré abusive une stipulation relative à la mutualisation des risques dans un contrat de cautionnement. Elle estime, en effet, que la clause n'est pas imposée par un abus de puissance économique et qu'elle ne confère pas à l'organisme de cautionnement mutuel un avantage excessif.

Depuis, la Haute juridiction n'a jamais cessé d'exercer son contrôle sur la notion de clause abusive, ce qui permet ainsi d'assurer une certaine unité dans son appréhension¹³⁸⁶. Il est visible à la lecture des arrêts de rejet, lorsqu'elle retient qu'une cour d'appel qualifiant l'existence ou l'absence de caractère abusif « a légalement justifié sa décision »¹³⁸⁷, ou l'a fait

¹³⁸¹ H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 159.

¹³⁸² H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 159.

¹³⁸³ Dans le même sens, v. Ph. Malinvaud, art. préc. ; A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 5 ; G. Paisant, « Les critères d'appréciation du caractère abusif des clauses : analyse critique », art. préc. : « L'imprécision dont la loi fait preuve pour caractériser la notion de clause abusives pose le problème de l'insécurité juridique. [...] À clauses semblables ou identiques comment éviter les appréciations divergentes des juges ? ».

¹³⁸⁴ Dans le même sens, v. J. MESTRE, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 682.

¹³⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1993, préc..

¹³⁸⁶ Dans le même sens, v. J. Mestre, obs. *RTD civ.* 1994, p. 97 ; Ph. Delebecque, obs. *Deffrénois* 1994, p. 352.

¹³⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998 ; Cass. 2^{ème} civ., 2 avril 2009.

Pour des variantes, v. les juges du fond ont « justement considéré que » : Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 octobre 2007 ; ils ont « justement estimé que... » : Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1998 ; ils ont « justement déduit que... » : Cass. 1^{ère} civ., 26 octobre 2004 ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005 (dépôt vente) ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005 (compte permanent) ; ils ont « exactement retenu que... » : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000 ; Cass. 3^{ème} civ., 11 juillet 2001 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007 ; ils ont « exactement considéré que... » : Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2001 ; ils ont « exactement énoncé que... » : Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2003 ; ils ont « exactement décidé que... » : Cass. 1^{ère} civ., 14 février ; ils ont « exactement déduit que... » : Cass. 1^{ère} civ.,

« à bon droit »¹³⁸⁸, ces expressions étant bien connues pour révéler la réalité du contrôle et l'approbation de la Cour¹³⁸⁹. Il ressort aussi des arrêts de cassation, dans lesquels elle substitue son appréciation, à celle des juges du fond¹³⁹⁰, ce qui révèle, une nouvelle fois, la consistance de son contrôle¹³⁹¹. Certaines décisions sont même révélatrices d'un contrôle très poussé de la Cour de cassation¹³⁹².

Si le reproche de l'insécurité juridique adressé à l'intervention judiciaire dans la détermination des clauses abusives n'est guère pertinent, celui tenant à sa portée limitée l'est davantage.

5 juillet 2005 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 février 2011 ; ils ont « fait l'exacte application » : Cass. com., 3 mai 2006.

Relevé effectué à partir des arrêts de la Cour de cassation répertoriés sur le site Internet de la Commission des clauses abusives, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>.

¹³⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996 ; Cass. com., 8 novembre 2005 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013.

Pour une variante, v. Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996 (« c'est donc, à juste titre, que la cour d'appel... »).

Relevé effectué à partir des arrêts de la Cour de cassation répertoriés sur le site Internet de la Commission des clauses abusives, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>.

¹³⁸⁹ M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *op. cit.*, spéc. p. 88.

¹³⁹⁰ Cas dans lesquels la Cour déclare abusive une clause désignée non abusive par les juges du fond : Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1998 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 octobre 2002 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2007 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 décembre 2009 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2011 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012 (établissement d'enseignement) ; Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013.

Cas dans lesquels la Cour déclare non abusive une clause désignée comme abusive par les juges du fond : Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1994 : « en se déterminant comme elle l'a fait, alors que [la clause] ne révélait pas un abus de puissance économique de l'assureur et ne lui conférait aucun avantage excessif, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005 (contrat de syndic de copropriété) ; Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007 ; Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012.

Relevé effectué à partir des arrêts de la Cour de cassation répertoriés sur le site Internet de la Commission des clauses abusives, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>.

¹³⁹¹ M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *op. cit.*, spéc. p. 91.

¹³⁹² En ce sens, v. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005 (quatre arrêts), J. MESTRE, « Une belle façon de fêter le dixième anniversaire de la loi du 1^{er} février 1995 sur les clauses abusives », *RTD civ.* 2005, p. 393 : « De ces différents arrêts, on retiendra plusieurs enseignements. [...] Ensuite, la part essentielle que prend aussi la Cour de cassation dans ce nécessaire combat, à travers le contrôle poussé qu'elle a décidé d'exercer sur la qualification de clause abusive, et par lequel elle peut, au demeurant, procéder à un juste tri parmi toutes les stipulations pratiquées par les professionnels » ; Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006 (4 arrêts), *RDC* 2007, p. 337, D. FENOUILLET : Ces décisions « attestent la réalité du contrôle exercé sur la qualification par la Cour de cassation et le souci de cette dernière de procéder à une appréciation nuancée du déséquilibre significatif, même si elles ne manquent pas, à certains égards d'audace. [...] Elles illustrent une nouvelle fois que la qualification « clause abusive » est contrôlée par la Cour de cassation. Les décisions attestent même d'un contrôle poussé, la Cour prenant en compte d'autres éléments que ceux invoqués par les juges du fond pour admettre la qualification ou la rejeter et n'hésitant pas à vérifier l'interprétation donnée par les juges du fond au regard de la volonté des parties » ; Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009 : le contrôle de la Cour de cassation porte sur neuf clauses) ; Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009 : huit clauses contrôlées ; Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2013 : 2 arrêts, respectivement 26 et 14 clauses contrôlées.

Relevé effectué à partir des arrêts de la Cour de cassation répertoriés sur le site Internet de la Commission des clauses abusives, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>.

2. Effet relatif de l'autorité de la chose jugée

356. Portée limitée des décisions judiciaires. Le reproche majeur que l'on peut adresser à la lutte contre les clauses abusives par la voie judiciaire est l'effet trop limité de l'invalidation d'une stipulation, en raison de l'autorité simplement relative de la chose jugée attachée à toutes les décisions de justice, même celles de la Cour de cassation¹³⁹³.

On pourrait objecter, dès à présent, que les arrêts de la Haute juridiction sont dotés d'une grande autorité morale. En effet, dès lors que cette dernière déclare une clause abusive, « la positivité de ses semblables est fort compromise : non seulement bien des juges du fond reprendront à leur compte la solution consacrée au sommet de l'ordre judiciaire, mais encore, sauf rare exception, la Cour de cassation réaffirmera, à l'égard des mêmes clauses, la position qu'elle a formulée à l'endroit de la première du genre qui lui a été soumise »¹³⁹⁴. Ainsi, toute clause jugée abusive par la Cour de cassation n'a pas, en principe¹³⁹⁵, pas un grand avenir judiciaire.

Il n'empêche qu'une décision judiciaire, même émanant de la Cour de cassation, n'a pas de valeur générale : elle n'oblige que les parties à l'instance et n'emporte pas l'obligation pour tous les professionnels de supprimer de leurs contrats les clauses qu'elle condamne¹³⁹⁶. Dès lors, il faut bien reconnaître que « l'efficacité du contrôle judiciaire est amoindrie car l'annulation prononcée à la suite d'un procès ne fait pas obstacle au maintien dans les contrats de la clause jugée abusive. Le jugement constatant la nullité d'une clause ne peut s'appliquer ipso facto aux autres contrats rédigés sur le même modèle »¹³⁹⁷.

357. Une limite bientôt partiellement levée ? L'inconvénient présenté par l'autorité relative de la chose jugée en matière de clauses abusives est bien connu, de telle sorte que régulièrement des tentatives de réformes essayent d'y remédier. Ainsi, lors de la discussion de la loi de modernisation de l'économie devant le Sénat, il avait été proposé que les stipulations jugées abusives à l'occasion d'une instance déterminée soient rendues inopposables à tous les non-professionnels ou consommateurs ayant conclu des contrats identiques avec le professionnel condamné¹³⁹⁸. Cet amendement fut rejeté à l'initiative du Gouvernement au

¹³⁹³ Dans le même sens, v. A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 5 ; Ph. Malinvaud, art. préc. ; T. Revet, art. préc..

¹³⁹⁴ T. Revet, art. préc..

¹³⁹⁵ Les juges du fond ont toujours la possibilité de « résister » à la position qu'elle a adoptée à propos de tel type de clause.

¹³⁹⁶ T. Revet, art. préc..

¹³⁹⁷ A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 5.

¹³⁹⁸ *JO Sénat*, CR, 5 juill. 2008, p. 4106.

motif que cette question méritait « un examen approfondi, notamment au regard du principe de l'autorité de la chose jugée »¹³⁹⁹.

De même, le projet de loi n° 1015, relatif à la consommation, déposé à l'Assemblée nationale le 2 mai 2013, prévoit de renforcer l'autorité des arrêts rendus en matière de clauses abusives, dans le cadre des instances introduites par les associations de consommateurs. En effet, son article 28 suggère d'ajouter un alinéa aux articles L. 421-2 et L. 421-6 du Code de la consommation selon lequel ces dernières peuvent demander que les stipulations déclarées abusives au cours d'une instance soient réputées non écrites « dans tous les contrats conclus par le même professionnel, avec des consommateurs, y compris ceux qui ne sont plus proposés¹⁴⁰⁰ »¹⁴⁰¹.

§ 3. La source administrative : la Commission des clauses abusives

358. Plan. Après avoir présenté la Commission des clauses abusives et son fonctionnement (A), sera étudié son rôle dans la détermination du caractère abusif des clauses et du déséquilibre significatif, rôle qui se manifeste par le biais de son rôle consultatif (B) et de son pouvoir de recommandation (C).

A. Présentation de la Commission des clauses abusives

359. Création de la Commission des clauses abusives par la loi du 10 janvier 1978. La Commission des clauses abusives a été instituée par les articles 36 et 38 de la loi du 10 janvier 1978. Les règles la concernant ont été introduites, par la suite, dans le Code de la

¹³⁹⁹ Déclaration de M. Chatel, *JO Sénat*, CR, 5 juill. 2008, p. 4105.

¹⁴⁰⁰ La dernière partie de la phrase « y compris ceux qui ne sont plus proposés » est destinée à lutter contre la jurisprudence de la Cour de cassation, initiée par trois arrêts en date du 1^{er} février 2005 (Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-16935, *Bull. civ. I*, n° 59, G. PAISANT, « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », *JCP G* 2005, II, 10057 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 95, G. RAYMOND ; *D. aff.* 2005, AJ p. 487, obs. C. RONDEY ; *RDC* 2005, p. 733, obs. D. FENOUILLET ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, *Bull. civ. I*, n° 61, G. Raymond, note préc. ; *D.* 2005, pan. p. 2841, obs. S. AMRANI-MEKKI ; C. Rondey, obs. préc. ; *JCP G* 2005, I, 141, n° 15, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2005, p. 727, obs. D. FENOUILLET ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 03-16905, *Bull. civ. I*, n° 62, *CCE* 2005, comm. 85, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; S. Amrani-Mekki, obs. préc. ; C. Rondey, obs. préc. ; J. Rochfeld, obs. préc. ; *RDC* 2005, p. 733, obs. D. Fenouillet ; *RTD civ.* 2005, p. 313, obs. J. MESTRE et B. FAGES), selon laquelle l'action des associations de consommateurs en suppression des clauses abusives est irrecevable lorsque le contrat n'est plus proposé au consommateur à la date de l'introduction de l'instance ou au jour où le juge statue. Cette jurisprudence avait été vivement critiquée, car les contrats, bien qu'ils ne soient plus proposés, étaient toujours en circulation et régissaient encore la relation contractuelle entre le professionnel et ses cocontractants consommateurs. Sur ce point, v. *supra* n° 115.

¹⁴⁰¹ Adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

consommation aux articles L. 132-2 à L. 132-5, devenus articles L. 534-1 à L. 534-3¹⁴⁰² et R. 534-1 à R. 534-4¹⁴⁰³, à la suite de la réforme du 1^{er} juillet 2010 qui l'a rattachée à l'Institut National de la Consommation. Les travaux préparatoires de la loi de 1978 montrent que le législateur a souhaité pallier les inconvénients de l'intervention judiciaire¹⁴⁰⁴ : coût, lenteur, contrôle *a posteriori*, autorité relative de la chose jugée. C'est pourquoi la Commission des clauses abusives a été créée en vue d'établir une procédure préventive, de portée plus générale et fondée sur la concertation¹⁴⁰⁵. Elle est généralement considérée comme une autorité administrative indépendante¹⁴⁰⁶.

360. Composition de la Commission des clauses abusives. Selon l'article R. 534-1 du Code de la consommation, la Commission des clauses abusives est composée de treize membres :

- un magistrat de l'ordre judiciaire, président ;
- deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membres du Conseil d'État (l'un deux est 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.

Cette composition originale qui repose sur la parité entre professionnels et consommateurs révèle l'intention du législateur de « résoudre le problème des clauses abusives par la concertation plutôt que par la contrainte, par *soft law* plutôt que *hard law* »¹⁴⁰⁷.

La commission est, en outre, assistée d'un secrétaire général et la fonction de commissaire du gouvernement est assurée par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

¹⁴⁰² L. n° 2010-737, 1^{er} juillet 2010.

¹⁴⁰³ D. n° 2010-1221, 18/10/2010.

¹⁴⁰⁴ Sur ce sujet, v. *supra* nos 114 s..

¹⁴⁰⁵ Projet de loi n° 306 (1976-1977) sur la protection et l'information des consommateurs, *JO Sénat*, Documents législatifs, 1976-1977 ; J. PRORIOL, *Rapport* n° 376, au nom de la Commission des affaires économiques et du plan, sur le projet de loi sur la protection et l'information des consommateurs (1976-1977), *JO Sénat*, Documents législatifs, 1976-1977.

¹⁴⁰⁶ L. LEVENEUR, « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association H. Capitant, LGDJ, 1997, t. 1, p. 155 s. ; M. HERVIEU, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, t. 178, 2012.

¹⁴⁰⁷ Contra G. PAISANT, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », in *Droit et Actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 605 s. ; Rapp. public 2001 du Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Etudes et Documents n° 52, La Documentation française, 2001, p. 287 s.

¹⁴⁰⁷ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 186.

361. Rapport annuel et propositions de modifications législatives ou réglementaires.

En vertu de l'ancien article L. 132-5 du Code de la consommation, la Commission des clauses abusives devait établir, chaque année, un rapport de son activité et proposer éventuellement les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissaient souhaitables. Bien que cet article ait été abrogé par la loi du 1^{er} juillet 2010 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011), la Commission des clauses abusives continue, cependant, à élaborer son rapport annuel¹⁴⁰⁸. Il est vrai que l'article L. 531-2 du Code de la consommation accorde expressément à la Commission des clauses abusives la possibilité de proposer des modifications législatives ou réglementaires¹⁴⁰⁹. Le rapport annuel, lui, n'est, plus explicitement prévu. En revanche, la Commission des clauses abusives peut, d'après l'article L. 534-8 du Code de la consommation, diffuser les informations, avis et recommandations qu'elle estime nécessaires de porter à la connaissance du public¹⁴¹⁰. C'est sans doute ce texte qui justifie que la Commission des clauses abusives élabore toujours des rapports annuels. Ainsi depuis qu'elle existe, trente-quatre¹⁴¹¹ rapports d'activité ont été adoptés, dont vingt-trois comprennent une rubrique consacrée aux propositions de réforme¹⁴¹².

B. Rôle consultatif

362. Différents rôles consultatifs. La Commission des clauses abusives doit être consultée pour les décrets pris en application de l'article L. 132-1, alinéas 2 et 3, du Code de la

¹⁴⁰⁸ *Rapport d'activité pour l'année 2011, BOCCRF* à paraître ; *Rapport d'activité pour l'année 2012, BOCCRF* à paraître.

¹⁴⁰⁹ Art. L. 531-2 c. consom. : « L'Institut national de la consommation établit chaque année un rapport d'activité dans lequel figurent, le cas échéant, les propositions de modifications législatives ou réglementaires proposées par les commissions mentionnées aux articles L. 534-1 [CCA], L. 534-4 et L. 534-7. Les avis des commissions sont annexés au rapport ainsi que les suites données à ces avis. Ce rapport est présenté au Président de la République et au Parlement. Il est rendu public ».

¹⁴¹⁰ Art. L. 534-8 c. consom. : « Les commissions mentionnées aux articles L. 534-1 [CCA], L. 534-4 et L. 534-7 assurent la diffusion des informations, avis et recommandations qu'elles estiment nécessaires de porter à la connaissance du public. Les informations, avis et recommandations diffusés par la commission mentionnée à l'article L. 534-1 ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l'identification de situations individuelles ».

¹⁴¹¹ Trente-quatre rapports pour trente-cinq années d'existence, car l'un des rapports vaut pour deux années : *Rapport d'activité pour les années 1992 et 1993, BOCCRF* 30/09/1994.

¹⁴¹² Ne contiennent pas de partie relative aux propositions de modifications législatives ou réglementaires les rapports d'activité pour les années 1992/1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2002, 2006, 2009. Pour une analyse des propositions de réforme émises par la Commission des clauses abusives, v. H. Davo, Y. Picod, *op. cit.*, n° 277, qui les classent en quatre catégories (développement de certaines pratiques contractuelles, modifications du régime de divers contrats spéciaux, renforcement des interdictions relatives aux clauses abusives, réforme de la Commission des clauses abusives elle-même).

IDENTIFICATION THÉORIQUE

consommation. Elle peut aussi l'être à l'occasion d'une instance. Elle s'était autorisée, en outre, à être consultée par des professionnels, mais cette pratique a aujourd'hui cessé.

363. Avis sur les projets de décrets. La Commission des clauses abusives doit rendre un avis sur les décrets pris en application des alinéas 2 et 3 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Son avis est obligatoire, mais pas nécessairement conforme. Elle n'a eu l'occasion de se prononcer que trois fois dans ce cadre, étant donné que seuls trois décrets, ceux du 24 mars 1978, du 25 novembre 2005 et du 18 mars 2009 ont été adoptés par le Gouvernement. En ce qui concerne le dernier, l'influence de la Commission des clauses abusives sur les listes est mitigée car d'un côté, « sur les douze stipulations dont elle préconisait alors l'interdiction¹⁴¹³, à quelques nuances de rédaction près, neuf se retrouvent dans l'actuelle liste noire tandis que deux autres ont été intégrées dans la liste grise »¹⁴¹⁴, mais d'un autre côté, l'avis qu'elle a rendu en vue de l'adoption du décret du 18 mars 2009 « n'a eu que peu d'impact sur les choix finaux du pouvoir réglementaire »¹⁴¹⁵.

Bien que seuls les avis sur les projets de décrets pris en application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation soient prévus, le Gouvernement a parfois saisi la Commission des clauses abusives afin qu'elle donne son avis sur les projets d'autres textes. Elle a ainsi été sollicitée, par exemple, sur un projet d'arrêté fixant les conditions générales de vente régissant les rapports entre les agents de voyage et leur clientèle¹⁴¹⁶ ou encore sur l'adoption de la loi de transposition du 1^{er} février 1995¹⁴¹⁷.

364. Avis sur les clauses dont le caractère abusif est soulevé en cours d'instance. Le décret n° 93-314 du 10 mars 1993 relatif à la Commission des clauses abusives¹⁴¹⁸, devenu l'article R. 132-6, puis R. 534-4¹⁴¹⁹ du Code de la consommation, dispose que « la commission peut être saisie pour avis lorsque à l'occasion d'une instance le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé » (al. 1^{er}). Lorsqu'elle est sollicitée, elle doit rendre son avis dans les trois mois (al. 3).

¹⁴¹³ « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives », préc..

¹⁴¹⁴ G. Paisant, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », art. préc., n° 5.

¹⁴¹⁵ G. Paisant, art. préc., n° 5.

¹⁴¹⁶ Avis, 25 avril 1978, *Rapport d'activité pour 1978*, *BOSP*, 13 juin 1979.

¹⁴¹⁷ Avis, 2 septembre 1994, *Rapport d'activité pour 1994*, *BOCCRF*, 30 mai 1995.

¹⁴¹⁸ Y. Chartier, art. préc. ; M. Kerninon, art. préc..

¹⁴¹⁹ D. n° 2010-1221, 18/10/2010.

Certes « l'avis ne lie pas le juge » (al. 2 *in fine*). Cependant, la Commission des clauses abusives a alors un rôle d'expert, de « sachant »¹⁴²⁰, et « dans la pratique, lorsque le magistrat a recours à un expert, il suit, en général, l'avis de ce dernier »¹⁴²¹.

Depuis que cette procédure existe, la Commission des clauses abusives a rendu trente-cinq avis¹⁴²².

365. Avis sur les projets de contrats types rédigés par les professionnels. Dès sa création, la Commission des clauses abusives a estimé qu'elle pouvait examiner les projets de contrats types élaborés par des organisations professionnelles à l'intention de leurs adhérents ou établis en concertation entre des représentants de celles-là et des représentants des associations de consommateurs¹⁴²³. Elle a décidé de nommer « avis » les décisions rendues sur ces ébauches de contrats, afin de les distinguer des recommandations rendues sur des contrats en vigueur¹⁴²⁴. En agissant de la sorte, elle s'est peut-être inspirée des travaux préparatoires de la loi du 10 janvier 1978 :

« Quand bien même ce mécanisme ne serait pas prévu, l'intérêt des professionnels sera de soumettre à la Commission les projets de modèles avant même qu'ils ne servent de référence à des contrats conclus avec des consommateurs »¹⁴²⁵.

Elle a, surtout, outrepassé les prérogatives que lui confèrent les textes. En effet, l'article L. 534-1 du Code de la consommation restreint son pouvoir de recommandation « aux contrats habituellement proposés par les professionnels »¹⁴²⁶, ce qui n'est évidemment pas le cas de conventions qui ne sont qu'à l'état de projet. Pour se justifier, elle a indiqué qu'il lui paraissait « aussi important de conseiller *a priori*, que de dénoncer *a posteriori* »¹⁴²⁷.

La Commission des clauses abusives a rendu un certain nombre d'avis dans le cadre de cette procédure originale :

¹⁴²⁰ L. Leveneur, art. préc., spéc. p. 170.

¹⁴²¹ C. Danglehant, art. préc.. Dans le même sens, v. L. Leveneur, art. préc., spéc. p. 171 : « On ne peut, en effet, manquer d'observer que si le juge, qui n'y est pas tenu, sollicite l'avis de la Commission, cet organe expert en abus dont la composition garantit, *a priori*, la compétence et l'impartialité, c'est plutôt qu'il est enclin à le suivre ».

¹⁴²² Consultables sur le site de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr/avis/index.htm>.

¹⁴²³ *Rapport d'activité pour 1978*, chap. I, I, B, *BOSP*, 13 juin 1979.

Les demandes émanant de professionnels agissant à titre individuel sont possibles, mais examinées seulement à titre subsidiaire, *Rapport d'activité pour 1981*, chap. I, II, B, *BOSP*, 13 juin 1979.

¹⁴²⁴ *Rapport d'activité pour 1981*, chap. I, II, B, préc..

¹⁴²⁵ Avis de la commission des lois n° 10, Rapporteur M. J. THYRAUD, *JO Sénat*, documents législatifs, 1977-1978, p. 8.

¹⁴²⁶ Nous soulignons.

¹⁴²⁷ *Rapport d'activité pour l'année 1981*, préc..

IDENTIFICATION THÉORIQUE

- sur un projet de contrat type de louage d'emplacement publicitaire établi par la Chambre syndicale française de l'affichage¹⁴²⁸ ;
- sur des projets de contrats-types « bon de commande de véhicule d'occasion » établis en application d'un protocole d'accord conclu entre l'Institut National de la Consommation et le Chambre Syndicale nationale du commerce et de la réparation automobile¹⁴²⁹ ;
- sur un projet de contrat de déménagement rédigé par le Conseil National du Déménagement et du garde-meubles (syndicat professionnel)¹⁴³⁰ ;
- sur un projet de norme relatif au contrat de déménagement de particuliers établis par l'Association Force Ouvrière consommateurs et le Conseil National du déménagement¹⁴³¹.

Cette pratique est tombée en désuétude au cours des années 1990. Il est vrai qu'elle comportait un risque non négligeable. La Commission des clauses abusives pouvait craindre de valider des projets de conventions, dont certaines clauses pouvaient être ensuite déclarées judiciairement abusives, ce qui aurait été du plus mauvais effet. Un projet de loi en faveur des consommateurs du 8 novembre 2006¹⁴³² a, pourtant, voulu officialiser la saisine de la Commission des clauses abusives par les professionnels, afin de lui permettre d'apprécier les projets de contrats qu'ils envisagent de proposer aux consommateurs. Mais ce projet de loi a été retiré le 30 janvier 2007 par la conférence des présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale.

Aux deux rôles consultatifs conférés à la Commission des clauses abusives à l'heure actuelle, s'ajoute la possibilité d'élaborer des recommandations.

C. Pouvoir de recommandation

366. Plan. Le principal pouvoir de la Commission des clauses abusives est celui d'établir des recommandations (1). Si ces dernières sont privées de normativité de droit (2), elles sont, en revanche, dotées d'une normativité de fait indéniable (3).

¹⁴²⁸ *Rapport d'activité pour l'année 1979*, chap. I, II, B, *BOSP*, 13 juin 1979.

¹⁴²⁹ *Rapport d'activité pour l'année 1979*, chap. I, II, B, préc..

¹⁴³⁰ *Rapport d'activité pour l'année 1982*, *BOCCRF* 20/09/1983.

¹⁴³¹ *Rapport d'activité pour les années 1992 et 1993*, *BOCCRF* 30/09/1994.

¹⁴³² D. Fenouillet, « Premières remarques sur le projet de loi "en faveur des consommateurs" », art. préc..

1. Mécanisme des recommandations

367. Élaboration des recommandations. Les articles L. 534-1 à L. 534-3, anciennement L. 132-2 à L. 132-4, du Code de la consommation organisent le pouvoir de recommandation de la Commission des clauses abusives. Cette dernière « connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs » en vue « de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif » (art. L. 534-1). Elle peut être saisie dans ce but par le ministre chargé de la consommation, par les associations de consommateurs, par les professionnels intéressés ; elle peut aussi se saisir d'office (art. L. 534-2).

En vue de l'élaboration de la recommandation, l'article R. 534-3, alinéa 2, du Code de la consommation dispose que le Président de la commission désigne un rapporteur soit parmi ses membres, soit dans les conditions de l'article R. 534-17, II du même code (agents des services communs de l'Institut National de la Consommation (INC), fonctionnaires de catégorie A ou agents contractuels de l'État de niveau équivalent, personnes qualifiées choisies d'un commun accord entre le directeur général de l'INC et le président de la commission). Ce rapporteur est chargé d'établir un pré-rapport qui recense toutes les clauses qui lui paraissent abusives. Ce pré-rapport est examiné, éventuellement amendé et adopté par la Commission des clauses abusives, puis devient son rapport qui est transmis aux principaux professionnels du secteur en vue de leur audition. Après cette audition, le rapporteur élabore un projet de recommandation qui, une fois examiné, amendé et adopté, devient la recommandation de la commission. À l'origine, il était prévu, à l'ancien article L. 132-4 du Code de la consommation, que le ministre chargé de la consommation rende publiques les recommandations, soit d'office, soit sur demande de la commission. Ce texte n'a pas été repris par la loi du 1^{er} juillet 2010. L'article L. 534-8 nouveau dispose seulement que la Commission assure la diffusion des recommandations qu'elle estime nécessaire de porter à la connaissance du public, ce qu'elle fait en les publiant sur son site Internet. Néanmoins, elle continue de demander leur publication au *Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes*.

Dans le cadre de ces recommandations, la Commission des clauses abusives peut solliciter soit la suppression, soit la modification des clauses qui présentent un caractère abusif (art. L. 534-3). Il fut un temps où la Commission des clauses abusives a outrepassé ses

IDENTIFICATION THÉORIQUE

prérogatives. Elle adoptait, en effet, des recommandations dites « positives »¹⁴³³, dans lesquelles elle préconisait l'insertion de nouvelles clauses¹⁴³⁴ ou suggérait des modifications de la présentation formelle de certains contrats¹⁴³⁵. Ces pratiques ont toutes deux cessé aujourd'hui. Il reste, néanmoins, encore une trace de la seconde : la Commission des clauses abusives souligne, parfois, dans un considérant préliminaire, que la présentation des contrats qui lui ont été soumis n'est pas toujours satisfaisante en termes de lisibilité¹⁴³⁶.

Par ailleurs, la Commission des clauses abusives a parfois recours à la technique de la « réserve d'interprétation »¹⁴³⁷. En effet, il lui arrive de conditionner le caractère abusif d'une clause à une certaine interprétation. Il en est ainsi pour les stipulations qui ont pour objet ou pour effet :

- de limiter, dans les établissements régis par la loi du 30 juin 1975, le droit pour les consommateurs de ne pas acquitter de frais de séjour s'ils partent en vacances pour une durée inférieure ou égale à celle des congés payés légaux sous réserve de permettre à l'établissement de disposer de leur logement ou lit durant cette période¹⁴³⁸ ;
- d'imposer des horaires de visite lorsque le consommateur n'a pas la jouissance exclusive d'un logement, sans accorder à celui-ci la faculté d'en recevoir occasionnellement en dehors de ces horaires sous réserve que le professionnel en ait été informé suffisamment à l'avance pour prendre ses dispositions¹⁴³⁹ ;
- de restreindre le droit de recevoir des visites dans les établissements où chaque consommateur a la jouissance exclusive d'un logement, sauf à stipuler les précautions à respecter pour la sécurité et la tranquillité des autres occupants¹⁴⁴⁰ ;
- de supprimer, réduire ou entraver l'exercice par le non-professionnel ou consommateur des actions en justice ou des voies de recours, sous réserve des procédures facultatives susceptibles d'éviter le recours aux tribunaux¹⁴⁴¹ ;

¹⁴³³ Sur cette pratique, v. G. Paisant, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., n° 9 à 13 ; J. GHESTIN, « Les recommandations de la Commission », *Rev. conc. consom.* 1998, n° 105, *La protection du consommateur contre les clauses abusives*, p. 14, spéc. p. 17 s..

¹⁴³⁴ V. *Recomm.* n° 80-02, *BOSP* 15/05/1980 ; *Recomm.* n° 80-04, I, 1°) à 8°), *BOSP* 17/10/1980 ; *Recomm.* n° 80-05, B-1°) et 2°), *BOSP* ; *Recomm.* n° 80-06, 2°) à 4°), *BOSP* 26/11/1980 ; *Recomm.* n° 82-01, A-4°) à 7°), *BOCC* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 82-02, A-2°) à 6°), *BOCC* ; *Recomm.* n° 82-03, A-1°) à 3°), *BOCC* 22/12/1982 ; *Recomm.* n° 82-04, B, *BOCC* 22/12/1982 ; *Recomm.* n° 84-01, C-1 à 7, *BOCC* 20/11/1984 ; *Recomm.* n° 84-02, A-1°) et 2°), *BOCC* 5/12/1985 ; *Recomm.* n° 85-01, A-1°) à 10°), *BOCC* 17/01/1985 ; *Recomm.* n° 85-02, A-2°) à 5°), *BOCC* 4/09/1985 ; *Recomm.* n° 85-03, A- 3°) à 11°), *BOCC* 4/11/1985 ; *Recomm.* n° 85-04, II-1°) à 7°), *BOCC* 6/12/1985 ; *Recomm.* n° 86-01, A-4 à 11, *BOCCRF* 11/03/1986 ; *Recomm.* n° 87-02, 3°) à 5°), 7°) et 9°), *BOCCRF* 13/08/1987 ; *Recomm.* n° 87-03, II-1°) et 2°), *BOCCRF* 16/12/1987 ; *Recomm.* n° 89-01, II-1°) à 5°), *BOCCRF* 14/07/1989 ; *Recomm.* n° 90-01, A-4°) à 16°), *BOCCRF* 28/08/1990 ; *Recomm.* n° 94-05, 1°-A et 2°)-A, *BOCCRF* 28/12/1994 ; *Recomm.* n° 2002-01, A, *BOCCRF* 26/02/2002 ; *Recomm.* n° 02-02, B-4 à 7, *BOCCRF* 30/05/2001.

¹⁴³⁵ Sur ce point, v. *supra* n° 240.

¹⁴³⁶ Par exemple, *Recomm.* n° 10-01, 2^{ème} considérant, *BOCCRF* 25/05/2010.

¹⁴³⁷ Pour un exemple jurisprudentiel, v. *supra* n° 350.

¹⁴³⁸ Nous soulignons. *Recomm.* n° 85-03, B-13°), *BOCC* 4/11/1985.

¹⁴³⁹ Nous soulignons. *Recomm.* n° 85-03, B-29°), *BOCC* 4/11/1985.

¹⁴⁴⁰ Nous soulignons. *Recomm.* n° 85-03, B-30°), *BOCC* 4/11/1985.

¹⁴⁴¹ Nous soulignons. *Recomm.* de synthèse n° 91-02, 19°), *BOCCRF* 6/09/1991.

- de lier la fourniture de gaz de pétrole liquéfié à la mise à disposition d'un réservoir, sauf à ce que soit établi un motif légitime résultant d'un impératif de sécurité¹⁴⁴².

Inversement, elle a écarté le caractère abusif de la stipulation fixant le taux d'intérêt dans un contrat de compte permanent, « sous réserve qu'une telle clause n'ait pas pour effet de mettre à la charge de l'emprunteur des intérêts d'un montant plus élevé que ceux résultant de l'application d'un taux conventionnel de pareil montant »¹⁴⁴³.

368. Présentation générale des recommandations adoptées à ce jour. De 1978 à 2013, la Commission des clauses abusives a émis soixante-treize recommandations. Elles peuvent être classées en deux catégories, les unes à caractère général, visant une ou plusieurs clauses, quels que soient les professionnels qui les stipulent, les autres à caractère sectoriel, s'adressant à un secteur professionnel déterminé :

- les recommandations générales : contrats de garantie (*Recomm.* n° 79-01) ; recours en justice (*Recomm.* n° 79-02) ; formation du contrat (*Recomm.* n° 80-03) ; délai de livraison (*Recomm.* n° 80-06) ; équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats (*Recomm.* n° 81-01) ; contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs (*Recomm.* n° 91-02 dite de synthèse) ; clauses dites de consentement implicite (*Recomm.* n° 94-01) ; durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs (*Recomm.* n° 2001-02).
- les recommandations sectorielles : location d'emplacements destinés à l'affichage publicitaire (*Recomm.* n° 80-01) ; vente immobilière imposant à l'acquéreur la continuation de l'assurance souscrite par le vendeur (*Recomm.* n° 80-02) ; location de locaux à usage d'habitation (*Recomm.* n° 80-04) ; achat d'objets d'ameublement (*Recomm.* n° 80-05) ; construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur (*Recomm.* n° 81-02) ; transporteurs terrestres de marchandises et commissionnaires de transport (*Recomm.* n° 82-01) ; déménageurs (*Recomm.* n° 82-02) ; installation de cuisine (*Recomm.* n° 82-03) ; droit à réparation en cas de perte ou de détérioration des films confiés à des laboratoires photographiques ou cinématographiques (*Recomm.* n° 82-04) ; fourniture de gaz de pétrole liquéfié (GPL) en vrac et de mise à disposition ou de vente de réservoir (*Recomm.* n° 84-01) ; transport terrestre de voyageurs (*Recomm.* n° 84-02) ; hôtellerie de plein air (*Recomm.* n° 84-03) ; distribution de l'eau (*Recomm.* n° 85-01) ; achat de véhicules automobiles de tourisme (*Recomm.* n° 85-02) ; établissements hébergeant des personnes âgées (*Recomm.* n° 85-03) ; assurances destinées à couvrir divers risques de la vie privée et couramment dénommées "multirisques habitation" (*Recomm.* n° 85-04) ; location avec option d'achat ou promesse de vente de biens de consommation (*Recomm.* n° 86-01) ; remontées mécaniques dans les stations de sports d'hiver (*Recomm.* n° 86-02) ; location de coffres-forts (*Recomm.* n° 87-01) ; agences matrimoniales (*Recomm.* n° 87-02) ; clubs de sport à caractère lucratif (*Recomm.* n° 87-03) ; clauses relatives aux prêts dans les contrats d'accession à la propriété immobilière (*Recomm.* n° 88-01) ; assurance des

¹⁴⁴² Nous soulignons. *Avis* n° 02-02 relatif à un contrat de fourniture de gaz de pétrole liquéfié (GPL) en vrac et de mise à disposition du réservoir, 1°).

¹⁴⁴³ Nous soulignons. *Avis* n° 04-02 relatif à des contrats de compte permanent, 3°) ; *Avis* n° 04-03 relatif à des contrats de compte permanent, 3°).

IDENTIFICATION THÉORIQUE

véhicules automobiles de tourisme (*Recomm.* n° 89-01) ; assurances complémentaires à un contrat de crédit à la consommation ou immobilier ou à un contrat de location avec option d'achat (*Recomm.* n° 90-01) ; assurances dénommées "dommages ouvrages" (*Recomm.* n° 90-02) ; établissements d'enseignement (*Recomm.* n° 91-01) ; construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur (*Recomm.* n° 91-03 complétant la *Recomm.* n° 81-02) ; location de certains biens mobiliers autres que les véhicules automobiles (*Recomm.* n° 91-04) ; contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit (*Recomm.* n° 94-02) ; séjours linguistiques (*Recomm.* n° 94-03) ; locations saisonnières (*Recomm.* n° 94-04) ; bons de commande et contrats de garantie des véhicules d'occasion (*Recomm.* n° 94-05) ; abonnement autoroutier (*Recomm.* n° 95-01) ; contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs (*Recomm.* n° 95-02) ; syndicats de copropriété (*Recomm.* n° 96-01) ; locations de véhicules automobiles (*Recomm.* n° 96-02) ; révélation de succession par les généalogistes (*Recomm.* n° 96-03) ; télésurveillance (*Recomm.* n° 97-01) ; maintenance de certains équipements d'immeubles (*Recomm.* n° 97-02) ; abonnement au câble et à la télévision à péage (*Recomm.* n° 98-01) ; dépôt-vente (*Recomm.* n° 99-01) ; radiotéléphones portable (mobiles) (*Recomm.* n° 99-02) ; location de locaux à usage d'habitation (*Recomm.* n° 2000-01 complétant la *Recomm.* n° 80-04) ; distribution d'eau (*Recomm.* n° 2001-01 complémentaire à la *Recomm.* n° 85-01) ; vente de listes en matière immobilière (*Recomm.* n° 2002-01) ; formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples (*Recomm.* n° 2002-02) ; assurance de protection juridique (*Recomm.* n° 2002-03) ; accès à l'Internet (FAI) (*Recomm.* n° 2003-01) ; agences immobilières (*Recomm.* n° 2003-02) ; traitement contre les termites et autres insectes xylophages (*Recomm.* n° 2004-01) ; vente de véhicules automobiles neufs (*Recomm.* n° 2004-02) ; prêt immobilier (*Recomm.* n° 2004-03) ; hôtellerie de plein air et locations d'emplacements de résidence mobile (*Recomm.* n° 2005-01) ; comptes de dépôt (*Recomm.* n° 2005-02) ; formation à titre onéreux à la conduite (permis B) par les établissements d'enseignement agréés (*Recomm.* n° 2005-03) ; services groupés de l'Internet, du téléphone et de la télévision ("triple play") (*Recomm.* n° 2007-01) ; vente mobilière conclue par Internet (*Recomm.* n° 2007-02) ; fourniture de voyages proposés sur Internet (*Recomm.* n° 2008-01) ; établissements hébergeant des personnes âgées et non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale (*Recomm.* n° 2008-02) ; transports terrestres collectifs de voyageurs (*Recomm.* n° 08-03 complétant la *Recomm.* n° 84-02) ; soutien scolaire (*Recomm.* n° 2010-01) ; prévoyance obsèques (*Recomm.* n° 2010-02) ; syndicats de copropriété (*Recomm.* n° 2011-01) ; services à la personne (*Recomm.* n° 2012-01) ; location non saisonnière de logements meublés (*Recomm.* n° 2013-01).

Il faut saluer l'œuvre de la Commission des clauses abusives qui n'a pas hésité à aborder les domaines les plus divers et qui a su s'adapter aux besoins de son époque (téléphonie mobile, « triple play », contrats conclus par Internet). Son travail paraît, cependant, avoir une portée limitée, puisque les recommandations sont privées de toute normativité de droit.

2. Absence de normativité de droit

369. Absence de force obligatoire des recommandations. Les textes relatifs à la Commission des clauses abusives ne prévoient rien quant à la valeur juridique des recommandations. Les deux plus hautes juridictions françaises s'accordent pour ne leur en reconnaître aucune. La Cour de cassation s'est prononcée la première en ce sens, dans l'arrêt *Carte Pastel* en date du 13 novembre 1996. En l'espèce, l'UFC Que choisir prétendait que la cour d'appel qui avait refusé de réputer non écrite la clause dite de confidentialité du code secret, aurait de ce fait, violé deux recommandations de la commission¹⁴⁴⁴. Cette argumentation n'a pas trouvé grâce aux yeux de la Cour selon laquelle « les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation »¹⁴⁴⁵. En d'autres termes, elles ne peuvent se voir dotées d'une valeur impérative ou obligatoire.

Le Conseil d'État a suivi la même voie, dans la décision *Fédération du Crédit Mutuel centre-est Europe* du 16 janvier 2006¹⁴⁴⁶. En l'espèce, ladite fédération entendait notamment faire annuler pour excès de pouvoir la recommandation n° 2004-03 relative aux contrats de prêt immobilier¹⁴⁴⁷. Cette requête est rejetée par la Haute juridiction administrative car « la Commission des clauses abusives, lorsqu'elle émet des recommandations, n'édicte pas des règles qui s'impose[nt] aux particuliers ou aux autorités publiques » et que, par conséquent, ses recommandations « ne constitu[ent] pas des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». Ainsi tout effet juridique est dénié aux recommandations de la commission.

370. Une solution souvent critiquée, mais jamais réformée. L'absence de force obligatoire des recommandations de la Commission des clauses abusives a souvent été regrettée. La commission elle-même a appelé de ses vœux une réforme sur la question. Ainsi elle a souhaité que les vingt-deux clauses qu'elle énumère dans sa recommandation de

¹⁴⁴⁴ *Recomm.* n° 91-02, *BOCCRF* 06/09/1991 et *Recomm.* n° 94-02, *BOCCRF* 27/09/1994.

¹⁴⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 399 ; *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 32, note G. RAYMOND ; *D.* 1997, somm. p. 174, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1997, I, 4015, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; *LPA* 22 déc. 1997, note J. HUET ; *RTD civ.* 1997, p. 791, obs. R. LIBCHABER.

Dans le même sens, Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000, *RGDA* 2000, p. 47, note J. KULLMANN.

¹⁴⁴⁶ CE, 16 janvier 2006, *Fédération du Crédit Mutuel Centre Est Europe*, C. PERES, « Le juge administratif et les recommandations de la Commission des clauses abusives », *RDC* 2006/3, p. 670 ; L. CALANDRI, « Le pouvoir de recommandation de la Commission des clauses abusives », *LPA* 2006, n° 185, p. 4 ; *Contrats conc. consom.* 2006, comm. 117, note G. RAYMOND ; *D.* 2006, p. 576, obs. V. AVENA-ROBARDET.

¹⁴⁴⁷ *BOCCRF*, 30/09/2004.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

synthèse n° 91-02¹⁴⁴⁸ soient « présumées abusives ». La même idée est partagée en doctrine. Ainsi dans les projets de réforme du droit de la consommation, sont considérées comme grises les stipulations « qui dérogent à des recommandations de la Commission des clauses abusives »¹⁴⁴⁹. De même, Monsieur Leveneur espère que « les recommandations auront pour effet de présumer abusives les clauses visées »¹⁴⁵⁰. Monsieur Paisant se prononce dans le même sens¹⁴⁵¹. Néanmoins, une telle réforme n'a jamais vu le jour. Il faut donc se contenter, encore aujourd'hui, de la seule normativité de fait des recommandations de la Commission des clauses abusives.

3. Existence d'une normativité de fait

371. Constat généralisé. De nombreux auteurs s'accordent pour reconnaître que bien que les recommandations ne soient pas obligatoires, elles ont « en fait une certaine influence »¹⁴⁵², et ont « acquis droit de cité dans l'ordonnement juridique »¹⁴⁵³. Monsieur Leveneur en a fait une éclatante démonstration dans son article sur « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations »¹⁴⁵⁴ dans lequel il estime que la commission est à la fois source de textes généraux et impersonnels¹⁴⁵⁵ et source quasi-jurisprudentielle. De même, Monsieur Stoffel-Munck considère qu'« en qualifiant une clause d'abusives, [la Commission des clauses abusives] ne nous paraît pas appliquer du droit ; elle en crée ! ou plutôt en propose puisque les recommandations n'ont pas de force contraignante ». Cette normativité de fait découle de la nature même des recommandations qui sont des actes qui « suggère[nt] ou persuade[nt] son ou ses destinataires d'adopter une conduite, un modèle

¹⁴⁴⁸ BOCCRF, 6 septembre 1991.

¹⁴⁴⁹ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1985 ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport de la commission de codification du droit de la consommation au Premier ministre, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1990.

¹⁴⁵⁰ L. Leveneur, art. préc., spéc. p. 167.

¹⁴⁵¹ G. Paisant, « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », art. préc., spéc. n° 25.

¹⁴⁵² Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 326 note 3, p. 343. Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 186 ; G. Raymond, *op. cit.*, n° 408.

¹⁴⁵³ *Rev. conc. consom.* janvier-février 1992, n° 65, p. 23, « Le dispositif d'élimination des clauses abusives : les nouvelles donnes », communication du 24 septembre 1991 d'O. KUHNMUNCH, conseiller à la Cour de cassation, président de la Commission des clauses abusives.

¹⁴⁵⁴ Art préc..

¹⁴⁵⁵ Déjà en ce sens, v. A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 87 : « La Commission assume un rôle quasi-normatif ».

comportemental qu'elle définit »¹⁴⁵⁶. Elle se constate à trois niveaux : les recommandations de la Commission des clauses abusives exercent une influence notable à la fois sur le législateur, sur le juge et sur les professionnels.

372. Influence sur le législateur. À de nombreuses reprises, le législateur s'est inspiré des recommandations de la Commission des clauses abusives, pour interdire dans les contrats sur lesquels il légifère des stipulations qu'elle avait préalablement stigmatisées¹⁴⁵⁷. Sans prétendre à l'exhaustivité, une telle paternité se constate notamment entre¹⁴⁵⁸ :

- les lois du 22 juin 1982 et du 6 juillet 1989 sur le louage d'habitation et la recommandation n° 80-04 concernant les contrats de location de locaux à usage d'habitation ;
- la loi du 23 juin 1989 (article 6) sur le courtage matrimonial et la recommandation n° 87-02 concernant les contrats proposés par les agences matrimoniales ;
- la loi du 31 décembre 1989 sur l'assurance multirisques habitation et la recommandation n° 85-04 concernant les contrats d'assurance destinés à couvrir divers risques de la vie privée et couramment dénommés "multirisques habitation" ;
- la loi du 6 juillet 1990 sur les maisons de retraite et la recommandation n° 85-03 concernant les contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées ;
- la loi du 19 décembre 1990 sur la construction de maisons individuelles et les recommandations n° 81-02 concernant les contrats de construction de maisons individuelles sur un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur et n° 88-01 concernant les clauses relatives aux prêts dans les contrats d'accession à la propriété immobilière ;
- l'article 3 de la loi du 18 juin 1992 sur les délais de livraison (devenu l'article L. 114-1 du Code de la consommation) et les recommandations n° 80-06 concernant les délais de livraison et n° 91-02 dite de synthèse ;
- la loi portant engagement national pour le logement du 13 juillet 2006 et la recommandation n° 2000-01 concernant les contrats de location de locaux à usage d'habitation (complétant la *Recomm.* n° 80-04) ;
- la loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique et la recommandation n° 2002-03 relative aux contrats d'assurance de protection juridique.

Néanmoins, l'influence des recommandations de la Commission des clauses abusives sur le législateur reste limitée, en ce sens que toutes les clauses dénoncées par la commission n'ont pas été interdites par la loi, loin de là.

¹⁴⁵⁶ L. Calandri, note préc..

¹⁴⁵⁷ Dans le même sens, v. J. CALAIS-AULOY, « L'influence de la Commission des clauses abusives sur le législateur », Actes du colloque de Chambéry du 29 mai 1998, in *Rev. conc. consom.* n° 105, sept.-oct. 1998, p. 47 s. ; Ph. Jestaz, rapport préc. ; L. Leveueur, art. préc., spéc. p. 160 ; A. Sinay-Cytermann, art. préc..

¹⁴⁵⁸ Sur ce sujet, v. *Recueil des recommandations de la Commission des clauses abusives*, éd. du Journal officiel 1993, p. 185.

373. Influence sur le juge. Si les recommandations ne créent pas de règles dont la méconnaissance ouvre droit à la cassation¹⁴⁵⁹, elles peuvent néanmoins servir de guide aux juges qui s'en inspirent souvent. La Cour de cassation, elle-même, se réfère aux recommandations de la Commission des clauses abusives pour conforter le caractère abusif d'une stipulation. Ainsi, dans un arrêt en date du 10 février 1998¹⁴⁶⁰, elle a approuvé la cour d'appel d'avoir déclaré abusive la clause d'un contrat d'enseignement prévoyant le paiement de l'intégralité des frais de scolarité, même en cas d'inexécution du contrat imputable à l'établissement ou causé par un cas fortuit ou de force majeure. Elle a en outre relevé, de son propre chef, que la cour d'appel rejoignait ainsi la solution énoncée par la Commission des clauses abusives dans sa recommandation n° 91-01 concernant les contrats proposés par les établissements d'enseignement¹⁴⁶¹. Néanmoins, la Cour de cassation n'a réitéré cette pratique qu'à deux reprises, alors qu'elle a eu l'occasion de le faire à différentes reprises¹⁴⁶². D'abord, dans un arrêt en date du 19 juin 2001¹⁴⁶³ :

« Attendu que le jugement, qui 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, a exactement considéré qu'en affranchissant dans ces conditions le prestataire de service des conséquences de toute responsabilité moyennant le versement d'une somme modique, la clause litigieuse, qui avait pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits

¹⁴⁵⁹ V. *supra* n° 369.

¹⁴⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 53 ; *Contrats, conc., consom.* 1998, comm. 70, note L. LEVENEUR ; *JCP G* 1998, 10124, note G. PAISANT ; *D.* 1998, jur. p. 539, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 1998, I, 155, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1998, p. 674, obs. J. MESTRE.

¹⁴⁶¹ *BOCCRF* 06/09/1991.

¹⁴⁶² V. par ex., Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2007, *JCP G* 2008, I, 136, n° 1, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, selon lequel la clause d'un contrat de vente de listes immobilières qui prévoit « lors de la signature de la convention, la remise d'une "liste d'immeubles parmi lesquels figuraient des immeubles de la nature de ceux recherchés" » est abusive, qui reprend la *Recomm.* n° 2002-01, 2°, *BOCCRF* 26/02/2002 ; Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *Contrats conc. consom.* 2009, n° 258, note G. RAYMOND ; *D.* 2009, AJ p. 1685, obs. X. DELPECH ; *Deffrénois* 2009, p. 2340, note E. SAVAUX ; *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 5, obs. Y. PICOD ; *RLDC* sept. 2009, p. 14, obs. V. MAUGERI ; *RDC* 2009/4, p. 1434, obs. D. FENOUILLET, selon lequel, dans un contrat de location de mobil home, n'est pas abusive la clause autorisant le bailleur à imposer au bailleur le remplacement du mobil home car ce droit repose sur des critères objectifs, qui reprend la *Recomm.* n° 2005-01, 4, *BOCCRF* 23/06/2005 ; Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 65, note G. RAYMOND ; *D.* 2013, p. 818, note P. LEMAY ; *D.* 2013, pan. p. 949, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Gaz. Pal.* 2013. 493, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G* 2013, n° 6, obs. S. PRIEUR ; *JCP G* 2013, n° 140, note G. PAISANT ; *JCP E* 2013, n° 1054, note N. LE BAIL-DUPONT ; *LPA* 19 mars 2013, note A. ATANI ; *RJDA* 2013, n° 211 ; *RLDA* févr. 2013. 40, obs. J. DE ROMANET, selon lequel est abusive « la stipulation contractuelle qui fait du prix total de la scolarité un forfait intégralement acquis à l'école dès la signature du contrat et qui, sans réserver le cas d'une résiliation pour un motif légitime et impérieux, ne permet une dispense partielle du règlement de la formation », qui reprend la *Recomm.* n° 91-01 concernant les contrats proposés par les établissements d'enseignement, 11°, *BOCCRF* 06/09/1991 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2013, n° 10-21.177, inédit, qui condamne deux clauses (relatives au dépôt des chèques au guichet automatique et aux modalités de remise des chéquiers), déjà stigmatisées par la *Recomm.* n° 05-02, 3 et 7, *BOCCRF* 20/09/2005.

¹⁴⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2001, *JCP G* 2001, II, 10631, note G. PAISANT.

et obligations des parties, était abusive et devait être réputée non écrite selon la recommandation n° 82-04 de la Commission des clauses abusives ».

Ensuite, dans l'un des quatre arrêts en date du 14 novembre 2006¹⁴⁶⁴, elle souligne que la clause d'un contrat de vente de véhicules automobiles de tourisme qui stipule que « dans le cas d'une vente à crédit, l'acompte versé restera acquis au vendeur à titre d'indemnité si le client se dédit après expiration du délai de rétractation dont il bénéficie, à moins qu'il ne se trouve dans l'un des cas prévus à l'article XI ci-après » crée un déséquilibre significatif, « comme l'a dénoncé la Commission des clauses abusives dans ses recommandations n° 91-02, dite de synthèse¹⁴⁶⁵, et n° 04-02 relative aux contrats de vente de véhicules automobiles neufs¹⁴⁶⁶ ».

L'influence des recommandations de la Commission des clauses abusives sur les juges est, cependant, limitée. D'abord, parce que la référence à une recommandation est insuffisante pour motiver leur décision : ils doivent, tout de même, pour fonder valablement leur décision, préciser en quoi la stipulation litigieuse est abusive. Ensuite, parce que cette influence dépend du bon vouloir des magistrats, étant donné qu'ils ne sont pas tenus par les recommandations. Ainsi, il arrive que des décisions judiciaires s'affranchissent de ces dernières, comme, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 7 juillet 1998¹⁴⁶⁷. En l'espèce, était débattu le caractère abusif de clauses d'un contrat d'assurance multirisques habitation garantissant le vol, selon lesquelles l'assuré est dans l'obligation, lorsque le vol n'a pas eu lieu par effraction, de faire la preuve qu'il a été commis par escalade, usage de fausses clés ou introduction clandestine. La cour d'appel, approuvée en cela par la Cour de cassation, les a déclarées valables, en dépit d'une recommandation en sens contraire de la Commission des clauses abusives¹⁴⁶⁸. On constate le même phénomène dans un arrêt en date du 1^{er} février 2000¹⁴⁶⁹ selon lequel la clause qui impose seulement à l'assuré de prendre des précautions élémentaires contre le vol en utilisant « tous les moyens de fermeture et de protection (volets, persiennes...) de nuit (entre 22 heures et 6 heures légales) ou en cas d'absence supérieure à 15

¹⁴⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, pourvoi n° 04-15.890, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », *Contrats, conc. consom.* 2007, ét. 2, p. 5, D. 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2007, II, 10056, G. PAISANT ; *RLDC* 2007, n° 35, p. 12, obs. S. DOIREAU ; *RLDC* 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; *RTD com.* 2007, p. 437, obs. B. BOULOC.

¹⁴⁶⁵ *BOCCRF* 06/09/1991.

¹⁴⁶⁶ *BOCCRF* 06/09/2004.

¹⁴⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1998, *Bull. civ.* n° 240, *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. 120, note G. RAYMOND ; *D. Aff.* 1998, p. 1389, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 1999, somm. p. 111, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1998, p. 1417, D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 96, obs. J. MESTRE.

¹⁴⁶⁸ *Recomm.* n° 85-04, 19°, *BOCC* 06/12/1985.

¹⁴⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000, préc..

IDENTIFICATION THÉORIQUE

heures » n'est pas abusive, alors que la Commission des clauses abusives avait estimé le contraire¹⁴⁷⁰.

374. Influence sur les professionnels. Enfin, les recommandations de la Commission des clauses abusives exercent sur les professionnels un effet dissuasif, une « pression morale »¹⁴⁷¹ qui ont des conséquences pratiques. Concrètement, cela se manifeste de deux façons. En premier lieu, au stade de la rédaction des contrats, les professionnels « se conforment parfois spontanément à ses recommandations »¹⁴⁷². D'ailleurs, le guide pratique du MEDEF, intitulé « Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation », prescrit aux entreprises et aux organisations professionnelles, lorsqu'elles élaborent une convention à destination des non-professionnels ou consommateurs, de :

« S'assurer que la clause ne figure pas dans une recommandation de la Commission des clauses abusives. Si elle y figure, éviter de reproduire le déséquilibre créé par cette clause »¹⁴⁷³.

En second lieu, il arrive aussi qu'après l'adoption d'une recommandation qui concerne leur secteur d'activité, les professionnels modifient leurs contrats afin d'en tenir compte »¹⁴⁷⁴.

Malgré l'absence de force obligatoire de ses recommandations, la Commission des clauses abusives exerce « un ministère d'influence à succès »¹⁴⁷⁵. Tentons de voir comment elle coexiste avec les autres sources.

§ 4. Bilan sur les sources d'appréciation du déséquilibre significatif

375. Une grande diversité des sources d'appréciation de la notion de clause abusive. Force est de reconnaître que « la matière des clauses abusives illustre d'une façon particulièrement marquée l'entrecroisement des sources du droit »¹⁴⁷⁶. A la source légale (l'article L. 132-1 du Code de la consommation), s'ajoutent ainsi les sources réglementaire (les articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation), judiciaire et administrative

¹⁴⁷⁰ *Recomm.* n° 85-04, 20°, *BOCC* 06/12/1985.

¹⁴⁷¹ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 186. Dans le même sens, v. A. Sinay-Cytermann, art. préc., n° 87.

¹⁴⁷² Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 326 note 3 p. 343. Dans le même sens, v. L. Leveneur, art. préc., spéc. p. 165.

¹⁴⁷³ MEDEF, *Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation*, Guide pratique à destination des entreprises et des organisations professionnelles, 2010, p. 22.

¹⁴⁷⁴ Dans le même sens, v. O. KUHNMUNCH, communication préc.. Dans le même sens, v. L. Leveneur, art. préc., spéc. p. 164.

¹⁴⁷⁵ C. ROTH, « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », *Rev. Lamy dr. civ.* 2009, n° 61, p. 7.

¹⁴⁷⁶ T. Revet, art. préc..

(la Commission des clauses abusives). Il n'existe pas qu'une différence de nature entre ces sources, elles n'ont, en outre, pas toutes la même valeur contraignante. La plus forte est le décret, la plus basse la Commission des clauses abusives et entre les deux le juge.

L'examen du caractère abusif se fait, par ailleurs, de deux manières différentes selon les sources. Les recommandations sectorielles de la Commission des clauses abusives et la jurisprudence établissent des listes de stipulations abusives en considération du type du contrat (par exemple, contrat de vente de véhicules automobiles, contrat d'assurance, contrat d'assurance lié à un contrat de crédit à la consommation, contrat de syndic, contrat de services de communications électroniques, contrats bancaires, contrat de prestation de services de développements photographiques, etc.). Les recommandations générales et le décret stigmatisent des stipulations selon leur type (clause pénale, clause relative à la responsabilité, clause de résiliation, etc.) et ce quelle que soit la convention qui les contient.

Chaque source a déjà fait l'objet d'une étude et d'une appréciation de son rôle dans la détermination des clauses abusives. Il s'agit maintenant de dresser un bilan de toutes les sources prises dans leur ensemble et de leur rôle dans la définition des notions de clause abusive et de déséquilibre significatif.

376. Avantages de la diversité de sources déterminant la notion de clause abusive. Les sources qui interviennent dans la détermination de la notion de clause abusive peuvent paraître avantageuses par leur pluralité, car elles sont complémentaires. En effet, les défauts pratiques d'une source sont compensés par les qualités d'une autre. Par exemple, il est reproché à la source réglementaire d'être incapable de désigner toutes les clauses abusives ; qu'à cela ne tienne : le pouvoir judiciaire est là pour prendre le relais et sanctionner les stipulations qui ne peuvent l'être par décret. De même, on regrette l'absence de généralité des décisions judiciaires rendues en matière de clauses abusives, mais c'est oublier que vingt-deux des stipulations les plus fréquemment stipulées sont interdites *erga omnes* par voie décrétales. Les recommandations de la Commission des clauses abusives n'ont aucune valeur contraignante, mais les juges les invoquent régulièrement à l'appui de leur motivation. Ainsi la combinaison de plusieurs sources « alliant dissuasion et sanction apparaît comme la plus efficace »¹⁴⁷⁷. C'est pourquoi nous considérons que l'adoption des listes réglementaires par le

¹⁴⁷⁷ G. Paisant, « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1986) », *art. préc.*. Dans le même sens, v. aussi J. Ghestin et I. Marchessaux, « Première partie : les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », *art. préc.*.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

décret du 18 mars 2009 ne sonne pas le glas de l'utilité des autres sources d'appréciation de la notion de clause abusive. Comme le résumait Monsieur Picod et Madame Davo, « le décret du 18 mars 2009 constitue un réel progrès dans la lutte contre les clauses abusives ; il ne peut être suffisant. Pouvoir judiciaire et Commission des clauses abusives ont encore un grand rôle à jouer dans ce domaine »¹⁴⁷⁸

377. Inconvénients de la diversité de sources déterminant la notion de clause abusive.

La pluralité de sources intervenant dans la détermination des clauses abusives soulève aussi des difficultés. En effet, il existe un risque de divergence de solutions, du moins entre le pouvoir judiciaire et la Commission des clauses abusives¹⁴⁷⁹ (car il n'est pas concevable que ces derniers bravent les interdictions réglementaires, sauf si l'une des clauses figurant dans le décret venait à être déclarée illégale¹⁴⁸⁰). Ainsi, comme nous avons déjà pu le constater, il arrive que les juges se prononcent dans un sens contraire à une recommandation de la Commission des clauses abusives¹⁴⁸¹ ou inversement¹⁴⁸². Cette absence de coordination entre les sources nuit à l'efficacité de la protection¹⁴⁸³.

De plus, la diversité des sources rend plus difficile l'appréhension et la compréhension de la notion de clause abusive. En effet, pour en avoir une idée juste et exhaustive, la tâche est ardue. Il faut avoir connaissance des stipulations désignées comme abusives par les listes réglementaires, par les juges et par la Commission des clauses abusives. Et encore, le tableau ne serait pas complet : il faudrait encore lui ajouter toutes les clauses « virtuellement » abusives sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui n'ont pas encore été stigmatisées. Nous rejoignons un auteur qui écrivait à ce propos : « Nous considérons que cette accumulation d'indications venant de sources diverses fait quelque peu désordre »¹⁴⁸⁴. Ainsi seule une synthèse de tous ces éléments, autour de critères

¹⁴⁷⁸ H. Davo, Y. Picod, *op. cit.*, n° 277-1.

¹⁴⁷⁹ Déjà en ce sens, v. J. PRORIOL, rapport préc. : « En définitive, s'il est intéressant pour les principes de constater l'indépendance des voies judiciaire et administrative, on ne peut que s'interroger sur leurs rapports de fait et notamment ceux de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Commission des clauses abusives ».

¹⁴⁸⁰ V. *supra* n° 338.

¹⁴⁸¹ V. *supra* n° 373.

¹⁴⁸² Ainsi la Commission des clauses abusives a dénoncé comme abusives les clauses de variation des taux d'intérêt bancaires, alors que la jurisprudence les déclarait licites. Sur ce point v. *infra* n° 461.

¹⁴⁸³ Discussion et adoption du projet de loi adopté par le Sénat, concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, *JO Assemblée Nationale*, compte rendu intégral de la 1^{ère} séance du 10 janvier 1995, Intervention de M. BERSON, membre du groupe PS.

¹⁴⁸⁴ R. Martin, art. préc., n° 13.

du déséquilibre significatif, permettrait d'avoir une vision claire de la notion de clause abusive¹⁴⁸⁵.

SECTION II. LA METHODE D'APPRECIATION DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

378. Article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation. La méthode d'appréciation de la notion de clause abusive et de son critère, le déséquilibre significatif, est prévue à l'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation, qui dispose :

« Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161¹⁴⁸⁶, 1163¹⁴⁸⁷ et 1164¹⁴⁸⁸ du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie 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. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre »¹⁴⁸⁹.

Ce texte s'inspire fortement de l'article 4-1 de la directive du 5 avril 1995 selon lequel :

« [...] Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature 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 »¹⁴⁹⁰.

Ainsi, tout en prévoyant l'application du droit commun en matière d'interprétation des contrats¹⁴⁹¹, l'alinéa 5 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation instaure des règles d'appréciation spécifiques à la notion de clause abusive. Elles concernent le moment auquel l'interprète doit se placer en vue de l'appréciation (B) et les éléments dont il doit tenir compte

¹⁴⁸⁵ V. *infra* n^{os} 393 s..

¹⁴⁸⁶ Article 1156 c. civ. : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

Article 1157 c. civ. : « 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 avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

Article 1158 c. civ. : « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ».

Article 1159 c. civ. : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ».

Article 1160 c. civ. : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ».

Article 1161 c. civ. : « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ».

¹⁴⁸⁷ « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter ».

¹⁴⁸⁸ « Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés ».

¹⁴⁸⁹ Nous soulignons.

¹⁴⁹⁰ Nous soulignons.

¹⁴⁹¹ L'art. L. 132-1, al. 5, c. consom. ne fait pas référence à l'art. 1162 c. civ. car l'objet du dispositif de ce texte est repris à l'art. L. 133-2 c. consom., sur lequel v. *supra* n^{os} 278 s..

IDENTIFICATION THÉORIQUE

(C). Mais c'est l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui désigne l'objet de l'appréciation, à savoir « les droits et obligations des parties au contrat » (A).

A. L'objet de l'appréciation

379. Déséquilibre significatif « entre les droits et obligations des parties au contrat ». L'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation permet de lutter contre 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 ». Le déséquilibre significatif se mesure donc à l'aune des « droits et obligations des parties au contrat ». Or, cette expression est susceptible de deux interprétations.

Selon la première, l'article L. 132-1, alinéa 1^{er} du Code de la consommation imposerait de comparer des droits et des obligations qui n'ont rien à voir les uns avec les autres. C'est notamment l'analyse retenue dans sa thèse par Philippe Stoffel-Munck qui constate que « comparer des droits et des obligations très divers s'avère fort délicat »¹⁴⁹² et regrette que « faute de lien intellectuel entre les diverses obligations ainsi recensées, l'appréciation du déséquilibre se fa[sse] nécessairement au jugé »¹⁴⁹³. Il se demande, par exemple, comment estimer le déséquilibre significatif dans un contrat d'abonnement à un centre de sport et de loisirs, entre une clause par laquelle le club s'accorde le droit de modifier unilatéralement les horaires d'ouverture et celle donnant droit à l'adhérent à un repas gratuit au restaurant du club au bout de dix repas¹⁴⁹⁴. Il ne « voit pas le rapport qui existe entre ces deux droits », ni « comment les mettre en balance »¹⁴⁹⁵.

Selon la seconde interprétation, à laquelle va notre préférence, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 du Code de la consommation invite à comparer « les droits et obligations » du non-professionnel ou consommateur avec « les droits et obligations » du professionnel. Cette analyse repose sur une lecture grammaticale du texte. En effet, dans cette expression, l'article définit « les » est distribué avec « droits » et avec « obligations », ce qui signifie que « les droits et obligations » forment le groupe à soumettre au contrôle du déséquilibre significatif. En d'autres termes, il faut procéder à une appréciation globale de la situation contractuelle de chacune des parties et ne comparer que ce qui est comparable. Ainsi doivent être mis en parallèle soit deux mêmes types de droits ou obligations entre eux, par exemple les clauses

¹⁴⁹² Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 418.

¹⁴⁹³ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 418.

¹⁴⁹⁴ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 418.

¹⁴⁹⁵ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 418.

relatives à la résiliation du contrat, soit deux types différents de droits ou obligations, mais entre lesquels on peut raisonnablement penser qu'il existe un lien intellectuel de corrélation, par exemple une clause limitative de responsabilité et celle prévoyant un faible prix.

380. Comparaison avec l'approche retenue par la loi du 10 janvier 1978. En retenant une approche comparative des rapports d'obligations du non-professionnel ou consommateur et du professionnel, la loi du 1^{er} février 1995 s'écarte sensiblement du droit antérieur¹⁴⁹⁶. En effet, d'après la loi du 10 janvier 1978, seul importait l'avantage excessif procuré au professionnel, de telle sorte que l'appréciation du caractère abusif imposait seulement de scruter la situation contractuelle de ce dernier. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 12 mars 2002¹⁴⁹⁷ met en exergue cette différence. En l'espèce, alors que la loi du 10 janvier 1978 était applicable en la cause, la Haute juridiction reproche à la cour d'appel d'avoir reconnu une clause abusive au motif que « la référence aux seuls désavantages subis par l'assuré, sans les comparer avec les avantages recueillis par l'assureur, ne permet pas de caractériser l'avantage excessif obtenu par celui-ci ». Cette solution illustre parfaitement la différence d'approche entre les deux lois : la constatation de l'excès du côté du professionnel est nécessaire – mais suffisante – sous l'empire de la loi ancienne, tandis que la loi nouvelle impose une comparaison entre la situation contractuelle de chacune des parties.

L'interprète doit donc apprécier le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et ce en se plaçant au moment de la conclusion du contrat.

B. Le moment de l'appréciation

381. « Au moment de la conclusion du contrat ». L'alinéa 5 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation prévoit que, pour apprécier le caractère abusif d'une clause, l'interprète doit se placer au moment de la conclusion du contrat, et non pas au jour où il statue¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁶ Dans le même sens, v. Fr. TERRE (dir.), *op. cit.*, n° 017-03.

¹⁴⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 2002, *D.* 2003, p. 2927, note Ch. WILLMANN ; *JCP G* 2002, II, 13163, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 2003, p. 91, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁴⁹⁸ La Cour de cassation a retenu la même solution sous l'empire de la loi du 10 janvier 1978 qui ne prévoyait rien à ce sujet, v. Cass. 1^{ère} civ., 26 février 2002, *D.* 2002, AJ p. 1346 ; *Defrénois* 2002, p. 772, note E. SAVAUX ; *RGDA* 2002, p. 361, note J. KULLMANN ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. J. MESTRE et B. FAGES : le caractère abusif d'une clause ne s'apprécie pas au moment de l'exécution du contrat, mais en fonction des stipulations du contrat au moment de sa conclusion.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

Le droit français s'aligne ainsi sur la solution édictée par l'article 4-1 de la directive du 5 avril 1993¹⁴⁹⁹, sans toutefois que cela paraisse tout à fait cohérent. Certes, cette solution est parfaitement praticable pour les stipulations « qui ont pour objet » de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation. Rappelons que comme ces clauses ont été volontairement stipulées abusives¹⁵⁰⁰, le déséquilibre significatif est inhérent à leur stipulation et existe donc dès la conclusion du contrat.

En revanche, peuvent aussi être qualifiées d'abusives des clauses « qui ont pour effet » de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Si ces stipulations n'ont pas été rédigées avec l'intention de déséquilibrer, de manière significative, les rapports d'obligations en cause, elles ont néanmoins cet effet-là. Ces clauses ne sont donc pas – encore – abusives au stade de la conclusion du contrat, mais elles le deviennent du fait de l'exécution de la convention. Dès lors, la précision de l'alinéa 5 de l'article L.132-1 du Code de la consommation semble inapplicable et incohérente dans ce cas¹⁵⁰¹. Sans doute, ce hiatus s'explique-t-il par la négligence du législateur français. En effet, c'est lui qui a introduit la distinction entre les stipulations « qui ont pour objet » et celles « qui ont pour effet », distinction qui n'existait pas dans la directive du 5 avril 1993. Si cette modification n'est pas critiquable en elle-même, notamment parce qu'elle accroît le champ de la protection accordée aux non-professionnels ou consommateurs¹⁵⁰², elle aurait dû s'accompagner d'une adaptation des règles relatives à l'appréciation du caractère abusif. Le législateur n'en a malencontreusement pas pris conscience et s'est contenté de recopier l'article 4-1 de la directive en la matière.

C. Les modalités de l'appréciation

382. Plan. Il ressort de l'alinéa 5 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation que le caractère abusif d'une clause s'apprécie *in concreto* (1), ce qui n'est pas toujours adapté à la situation (2).

¹⁴⁹⁹ V. *supra* n° 378.

¹⁵⁰⁰ Sur la distinction entre les clauses « qui ont pour objet » et celles « qui ont pour effet » de créer un déséquilibre significatif, v. *supra* n° 144.

¹⁵⁰¹ Dans le même sens, v. G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc..

¹⁵⁰² V. *supra* n° 378.

1. Une appréciation *in concreto*

383. Paramètres de l'appréciation *in concreto*. L'alinéa 5 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation préconise une appréciation *in concreto*¹⁵⁰³ du déséquilibre significatif, appréciation qui doit tenir compte de trois paramètres : de toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat, des autres clauses du contrat et des clauses d'un contrat connexe.

384. Circonstances entourant la conclusion du contrat. Selon l'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation, le caractère abusif d'une clause s'apprécie au regard de toutes circonstances qui entourent la conclusion du contrat. Tous les événements pertinents ayant marqué la conclusion de la convention doivent être pris en compte, qu'ils soient d'ordre objectif ou subjectif.

Ainsi au titre des circonstances objectives – c'est-à-dire indépendantes du comportement des parties – qui peuvent éclairer le caractère abusif d'une clause, on peut penser à « la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat »¹⁵⁰⁴, à « l'objet principal du contrat ou au rapport qualité/prix de la fourniture ou de la prestation »¹⁵⁰⁵, aux usages de l'ensemble du secteur concerné¹⁵⁰⁶ ou encore au « contexte économique au jour de la signature du contrat »¹⁵⁰⁷.

Les circonstances subjectives sont celles qui découlent du comportement des parties, comme les « conditions dans lesquelles le consentement des parties a été donné »¹⁵⁰⁸ ainsi que « la force des positions respectives de négociation des parties »¹⁵⁰⁹ qui implique d'apprécier la position du non-professionnel ou consommateur contractant, l'attitude fautive du professionnel ou son « abus de puissance économique »¹⁵¹⁰. Ce dernier n'est plus une condition de mise en œuvre de la protection contre les clauses abusives, mais rien n'empêche de le prendre en compte au stade de leur appréciation. D'une certaine manière, l'alinéa 5 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation « subjectivise » ainsi la définition résolument

¹⁵⁰³ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 182 ; N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n° 585.

¹⁵⁰⁴ Art. 4-1 *Dir.* 5 avril 1993.

¹⁵⁰⁵ Les clauses portant sur ces éléments ne peuvent être déclarées abusives, mais elles peuvent être prises en compte pour l'appréciation du caractère abusif d'une autre clause, v. en ce sens, *Dir.* 5 avril 1993, exposé des motifs, considérant 19.

¹⁵⁰⁶ Dans le même sens, v. P. Godé, art. préc..

¹⁵⁰⁷ C. Danglehant, art. préc..

¹⁵⁰⁸ C. Danglehant, art. préc..

¹⁵⁰⁹ *Dir.* 5 avril 1993, exposé des motifs, considérant 16.

¹⁵¹⁰ *L.* 10 juillet 1978.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

objective de la notion de clause abusive, retenue à l'alinéa 1^{er}¹⁵¹¹. Peut aussi être pris en considération le caractère négocié ou non de la clause. En effet, une stipulation, même négociée, peut faire l'objet du contrôle des clauses abusives¹⁵¹², mais cette circonstance peut rentrer en ligne de compte lors de son appréciation. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé, dans un arrêt en date du 1^{er} février 2005¹⁵¹³, que n'est pas abusive la clause d'un contrat de dépôt-vente prévoyant qu'« il pourra être convenu à titre de prix de mise en vente initial (...) une fourchette de prix à l'intérieur de laquelle [le dépositaire] pourra librement proposer à la vente l'article proposé » au motif que cette fourchette de prix « n'était pas obligatoire et était librement débattue entre les parties lors de la signature du contrat » et que « la clause n'imposait pas une obligation, mais prévoyait une simple faculté ».

385. Autres clauses du contrat. Le législateur a, par ailleurs, précisé que le caractère abusif d'une clause s'apprécie en tenant compte du contrat dans son ensemble, de son économie générale¹⁵¹⁴. Cette règle n'est qu'une reprise de l'article 1161 du Code civil selon lequel « les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres ». Le fait que ce dernier texte soit cité à l'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation semble donc faire double emploi.

386. Clauses d'un contrat connexe. L'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation précise, enfin, que le caractère abusif d'une clause s'apprécie, le cas échéant, en fonction des stipulations contenues dans un contrat connexe. Ce cas vise notamment la pratique des contrats liés, par exemple, l'emprunt souscrit en vue d'un achat ou encore la location d'un système d'alarme liée à la conclusion d'un contrat de télésurveillance. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 29 octobre 2002, illustre cette possibilité¹⁵¹⁵. En l'espèce, un consommateur avait conclu un contrat de vente de matériel de télésurveillance et un contrat d'abonnement de télésurveillance avec la même société. Deux clauses du contrat de vente établissaient la connexité entre ces deux conventions. La première prévoyait une remise conséquente (60 %) sur le prix du matériel, si l'acheteur consentait à signer un contrat de télésurveillance. La seconde stipulait que le client

¹⁵¹¹ Dans le même sens, v. C. Danglehant, art. préc..

¹⁵¹² V. *supra* n^{os} 141 s..

¹⁵¹³ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n^o 03-13.779, préc..

¹⁵¹⁴ V. G. Raymond, *op. cit.*, n^o 417 ; C. Danglehant, art. préc..

¹⁵¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 29 octobre 2002, *Contrats conc. consom.* 2003, comm. 3, note G. RAYMOND ; *JCP G* 2003, I, 122, n^o 25, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP E* 2004, n^o 386, note S. ABRAVANEL-JOLLY.

restait libre, à tout moment, de résilier le contrat de télésurveillance, sous réserve de payer la différence entre le prix réel du matériel et le prix effectivement réglé lors de la conclusion du contrat. Après avoir résilié le contrat de télésurveillance, le consommateur refusa de s'acquitter de la somme prévue et invoqua le caractère abusif de la seconde stipulation. Les juges du fond n'ont pas fait droit à sa demande, mais la Cour de cassation a censuré leur jugement. Après avoir longuement analysé le mécanisme mis en place par les deux contrats, elle estime que la clause qui, en cas de résiliation de l'abonnement de télésurveillance, impose au consommateur de renoncer au bénéfice d'une remise représentant 60 % du prix de vente du matériel est abusive car elle « fait peser sur l'exercice de cette faculté de résiliation une contrainte excessive ».

387. Effet de ces paramètres sur l'appréciation du caractère abusif. Ces trois paramètres peuvent influencer de deux manières différentes sur l'appréciation d'une stipulation litigieuse : soit ils confirment le caractère abusif ou non abusif qui ressort de la lecture de la seule clause en cause, soit ils l'infirmement. En effet, une clause peut paraître *a priori* abusive, mais être justifiée par un ou plusieurs des paramètres. Ainsi une clause limitative de responsabilité reproduite en grand nombre peut, par exemple, autoriser un abaissement des coûts et donc des prix proposés aux non-professionnels ou consommateurs¹⁵¹⁶. De même, il n'est pas exclu qu'une clause *a priori* équilibrée apparaisse abusive au vu de certaines circonstances ou du fait d'une conjonction de clauses du contrat¹⁵¹⁷.

2. La remise en cause de l'appréciation *in concreto*

388. Deux cas de remise en cause de l'appréciation *in concreto*. L'appréciation *in concreto* organisée par l'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation se prête mal à la généralité d'appréciation qu'impliquent l'intervention du pouvoir réglementaire et l'action en suppression des clauses abusives des associations de consommateurs.

389. Appréciation *in concreto* et listes réglementaires. Si les textes imposent une appréciation *in concreto*, « il devient dès lors beaucoup plus délicat de dresser des listes *a*

¹⁵¹⁶ Dans le même sens, v. O. Carmet, art. préc..

¹⁵¹⁷ Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc., n° 12 : « Il se peut en effet fort bien que « le déséquilibre significatif » combattu par la loi soit inhérent à une conjonction de clauses plutôt qu'à une stipulation en particulier ».

IDENTIFICATION THÉORIQUE

priori de clauses abusives »¹⁵¹⁸, car cela reviendrait à procéder à une appréciation *in abstracto*. La remarque vaut, tout particulièrement pour les clauses noires, car pour les stipulations de la liste grise, l'appréciation *in concreto* est toujours possible au regard des preuves, éventuellement fournies par le professionnel, de leur absence de caractère abusif. En revanche, l'établissement d'une liste noire met définitivement à l'écart toute appréciation *in concreto*, étant donné que les interdictions qu'elle pose s'appliquent de manière automatique.

Néanmoins, le législateur a, semble-t-il, paré à cette difficulté. En effet, l'alinéa 3 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, justifie le caractère noir des stipulations stigmatisées « eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat ». Cette proposition paraît indiquer que les clauses noires créent un déséquilibre significatif renforcé. Il est possible d'en déduire qu'elles sont tellement graves qu'aucune circonstance ni aucune autre clause ne pourraient les justifier. En d'autres termes, l'appréciation *in concreto* est exclue pour ces stipulations.

390. Appréciation *in concreto* et action des associations de consommateurs. L'appréciation *in concreto* instaurée par l'article L. 132-1, alinéa 5 du Code de la consommation est incompatible avec l'action des associations de consommateurs en suppression des clauses abusives. Rappelons que cette action tend à la suppression matérielle des stipulations abusives contenues dans tous les documents qui serviront de base à des contrats futurs conclus entre professionnels et consommateurs (« tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur » selon l'article L. 421-6, alinéa 2 du Code de la consommation). C'est pourquoi l'action est dite préventive. L'appréciation se fait alors nécessairement *in abstracto*, et le juge doit décider, en considération du consommateur moyen et de circonstances habituelles, si la clause crée, de façon générale, un déséquilibre significatif¹⁵¹⁹.

391. Conclusion du chapitre. Les règles relatives à l'appréciation du caractère abusif ne sont pas toujours satisfaisantes, et sont révélatrices, une nouvelle fois, de l'incurie du législateur moderne. Elles doivent, malgré tout, guider les sources d'appréciation dans leur tâche d'identification du déséquilibre significatif. Ces sources sont au nombre de trois. Aux pouvoirs réglementaire (élaboration de listes par voie de décret) et administratif (Commission des clauses abusives), seuls initialement prévus, est venu s'ajouter le pouvoir judiciaire.

¹⁵¹⁸ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 324.

¹⁵¹⁹ Dans le même sens, v. J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n°s 182 et 188.

Ces trois sources d'appréciation ont chacune leur importance dans l'identification de la notion de clause abusive. Ainsi le pouvoir réglementaire a rattrapé son retard, en adoptant, avec le décret du 18 mars 2009, deux listes, l'une noire, l'autre grise, qui stigmatisent en tout vingt-deux stipulations. De son côté, la Commission des clauses abusives n'a jamais cessé d'œuvrer à la dénonciation des clauses abusives que ce soit par la voie de son rôle consultatif (trente-cinq avis rendus à la demande d'un juge) ou par celle de son pouvoir de recommandation (soixante-treize à ce jour). Le pouvoir judiciaire, quant à lui, n'a pas failli à la mission qu'il s'est lui-même assignée. Les jugements et les arrêts du fond sont innombrables en la matière et le travail de la Cour de cassation tout aussi remarquable, avec une centaine de décisions dont la moitié s'attèle à identifier le déséquilibre significatif. Ainsi, ces trois sources ne sont pas concurrentes, mais complémentaires, chacune comblant les lacunes des autres.

Si la diversité des sources d'appréciation du déséquilibre significatif est, par certains aspects, une richesse, elle n'en présente pas moins certains inconvénients. L'absence de coordination entre elles, les éventuelles divergences et l'accumulation des solutions risquent en effet de nuire gravement à l'identification de la notion de clause abusive.

*

* *

392. Conclusion du titre. Arrivé à ce stade de la recherche, une vague de pessimisme pourrait envahir l'auteur et les lecteurs de ces lignes. On pourrait conclure à l'échec de l'identification de la notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. D'un point de vue théorique, en effet, le standard du déséquilibre significatif, notion fuyante et indéterminée par nature, échappe à toute tentative de définition. Cette conclusion serait, sans doute, trop hâtive. L'étude théorique de ce standard livre, en effet, certains enseignements précieux qui contribuent à dresser un premier portrait de la notion de clause abusive.

Ainsi, en tant que standard, le déséquilibre significatif indique implicitement aux parties au contrat de consommation une voie à suivre. Ce modèle de conduite que les contractants sont censés observer leur suggère de stipuler des clauses normalement équilibrées, notamment au regard du droit supplétif. Naturellement, en vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent s'éloigner de ce modèle idéal d'équilibre contractuel, mais toute stipulation qui s'en écarterait de manière significative encourrait le grief d'abus de l'article L. 132-1.

IDENTIFICATION THÉORIQUE

La nature de standard du déséquilibre significatif explique aussi pourquoi la notion de clause abusive est *a priori* difficile à identifier. Ce point cristallise d'ailleurs toutes les critiques qui ont pu être adressées à cette notion. Nous estimons, au contraire, que la malléabilité de ce standard est un atout dans la lutte contre les clauses abusives. Pour cela, il est vrai, il faut accepter de s'en remettre aux sources d'appréciation du déséquilibre significatif dont le rôle, quoique parfois critiquable, est fondamental dans l'appréhension de la notion. Ce sont elles qui construisent et précisent, par touches successives, la notion de clause abusive. Ce sont elles, en définitive, qui maîtrisent son identification. C'est pourquoi l'on doit désormais dépouiller le travail immense fourni par ces sources en trente-cinq années de pratique de la législation sur les clauses abusives, en espérant qu'une identification empirique permette, enfin, d'entrevoir les critères du déséquilibre significatif et plus largement de la notion de clause abusive.

TITRE II. IDENTIFICATION EMPIRIQUE : LES CRITERES DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF

393. Possibilité de déterminer des critères du déséquilibre significatif. Il peut paraître paradoxal de chercher des critères du déséquilibre significatif, après avoir démontré que sa nature de standard empêchait de le définir clairement.

D'ailleurs, pour certains, une telle entreprise est vaine. En effet, l'idée selon laquelle la notion de clause abusive n'est pas susceptible d'être circonscrite par des critères est prégnante dans la littérature juridique. Déjà en 1978, Monsieur Godé s'exclamait : « Dire : "il y a de l'abus", c'est exprimer sa révolte et non point un jugement »¹⁵²⁰. La réforme du 1^{er} février 1995 ne semble pas avoir changé grand-chose au sentiment des auteurs¹⁵²¹. Ainsi, selon Monsieur Stoffel-Munck, elle ne répondrait qu'à des considérations pragmatiques¹⁵²². Monsieur Leveneur semble la considérer comme le bras armé de l'équité lorsqu'il écrit, à propos d'une clause judiciairement déclarée abusive, qu'on « sent qu'il est assez juste »¹⁵²³ de l'écarter.

Cela est vrai *a priori*, mais il faut garder à l'esprit que la notion de clause abusive existe depuis plus de trente-cinq ans. L'ensemble des solutions retenues en la matière constitue un fonds de recherche considérable à partir duquel peuvent être dégagés les traits caractéristiques de cette notion. Deux approches sont alors possibles. La première tend à recenser les principales clauses qui ont été désignées comme abusives en pratique¹⁵²⁴. Cependant, cette

¹⁵²⁰ P. GODÉ, « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », *RTD civ.* 1978, p. 744 et s.

¹⁵²¹ Pour un autre exemple, v. G. RAYMOND, « Clauses abusives », in *JCl. Concurrence-Consommation*, fasc. 820, n° 42 : « L'article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction de la loi de 1995, [...] ne facilite pas la détermination des clauses abusives ».

¹⁵²² Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, n°s 462 s. consacrés à une section sur « le caractère pragmatique de la qualification » de déséquilibre significatif.

¹⁵²³ L. LEVENEUR, obs. *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. 70.

¹⁵²⁴ Pour une telle approche, v. H. BRICKS, *Les clauses abusives*, LGDJ, 1982, n°s 65 s. ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les obligations, Le contrat : formation*, 2^e éd., LGDJ, 1988, n°s 611 s. ; *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé de la consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, 1984 ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1985 ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport de la commission de codification du droit de la consommation au Premier ministre, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1990.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

approche, bien qu'utile, ne fait que dresser un état des lieux, à un moment donné, des stipulations abusives en droit positif. La seconde approche, que nous allons suivre, consiste à s'appuyer sur la longue pratique de la législation sur les clauses abusives, pratique riche des solutions retenues par les décrets, la jurisprudence et les travaux de la Commission des clauses abusives, pour dégager *a posteriori* et de manière empirique, les critères¹⁵²⁵ d'identification¹⁵²⁶ de cette notion.

394. Opportunité des critères du déséquilibre significatif. On pourrait objecter que « découvrir » des critères du déséquilibre significatif ne présente plus guère d'intérêt à l'heure où le droit positif s'est doté de deux listes incriminant vingt-deux des clauses abusives les plus fréquemment stipulées. L'argument ne convainc pas, pour plusieurs raisons. La première tient au fait que ces listes sont loin d'être parfaites¹⁵²⁷. Elles s'apparentent à des catalogues de stipulations trop disparates, que l'identification de critères permettrait de clarifier. En outre, la Commission des clauses abusives ainsi que le juge peuvent désigner des clauses abusives en dehors des listes, et à ce titre, ont besoin de fonder leurs solutions sur des critères clairs et

Des auteurs consacrent parfois leur étude à un type de clauses en particulier, par ex. S. PIERRE-MAURICE, « Les clauses abusives relatives au recours en justice et la superposition de règles protectrices », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, ss dir. X. HENRY, PU Nancy, 2009, p. 241 ; sur les clauses pénales, v. G. PAISANT, « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 223 ; A. SINAY-CYTERMANN, « Clauses pénales et clauses abusive : vers un rapprochement », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, LGDJ, 1991, p. 167 ; Y.-M. LAITHIER, « Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », *RDC* 2009/4, p. 1650 ; Gh. POISSONNIER, « Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation », *D.* 2006, chron. p. 370.

¹⁵²⁵ V° Critère, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/critere/20567> : « Principe, élément auquel qui permet de juger, d'estimer, de définir quelque chose ».

¹⁵²⁶ Certains auteurs s'y sont d'ailleurs déjà essayés.

Pour des classifications reposant sur une analyse de la jurisprudence, des décrets et des travaux de la Commission des clauses abusives, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 422 s. ; X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Etude pratique », *JCP G* 2006, I, 110, n° 11 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats conc. consom.* 2008, ét. 7.

Pour des classifications reposant uniquement sur les travaux de la Commission des clauses abusives, v. P. JOURDAIN, « La doctrine de la Commission », in *Actes du colloque de Chambéry* du 29 mai 1998 : *Rev. conc. consom.* n° 105, sept.-oct. 1998, p. 23 s. ; M. LEROUX, « La pratique des clauses abusives dans les contrats de consommation », in *Actes du colloque de Chambéry* du 29 mai 1998 : *Rev. conc. consom.* n° 105, sept.-oct. 1998, p. 62 s..

Pour une classification reposant sur la jurisprudence, v. D. FENOUILLET, *RDC* 2007, p. 337.

Pour une classification reposant sur la jurisprudence et l'ancienne liste blanche, v. L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002, n° 325 s..

Pour une classification reposant sur l'ancienne annexe blanche, v. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000, n° 123.

Pour des classifications reposant uniquement sur le décret du 18 mars 2009, v. O. DESHAYES, « Les réformes récentes et attendues en 2009 », *RDC* 2009/4, p. 1602 ; D. FENOUILLET, « La liste des clauses "noires" et "grises" enfin décrétée, mais pour combien de temps ? », *RDC* 2009/4, p. 1422 ; G. PAISANT, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP G* 2009, 116 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises" – A propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP G* 2009, act. 168.

¹⁵²⁷ Sur ce point, v. *supra* n° 333 s..

opérants. Enfin, ces listes ne sont pas immuables ; elles pourraient disparaître ou être remaniées (à la suite d'une évolution du droit de l'Union européenne notamment¹⁵²⁸). Les critères présentent l'avantage d'être imperméables à de tels aléas.

395. Critères dégagés. Du magma de clauses considérées comme abusives en pratique, il faut d'abord écarter celles qui ne méritent pas une telle qualification¹⁵²⁹. Les stipulations qui restent sont alors susceptibles d'être classées en deux catégories. D'une part, peuvent être isolées les stipulations qui manifestent l'unilatéralisme dans le contrat de consommation, en faveur du professionnel (Chapitre I) ; d'autre part, ressortent celles qui tendent à la négation des droits du non-professionnel ou consommateur (Chapitre II).

¹⁵²⁸ Elles ont bien failli l'être avec la proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008, COM (2008) 614 final. Elles risquent de l'être avec la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011, COM (2011) 635 final.

¹⁵²⁹ Sur ces clauses, v. *supra* n^{os} 150 s..

CHAPITRE I. **L'UNILATERALISME**

396. Définition de l'unilatéralisme¹⁵³⁰. À l'origine, « unilatéralism » est un terme anglais, qui désigne la politique d'un État (en particulier, celle des États-Unis) qui ne prend en considération que ses seuls intérêts (stratégiques, économiques, etc.)¹⁵³¹. Cette définition pourrait être utilement transposée au contrat de consommation : l'unilatéralisme désignerait alors la politique du professionnel qui ne tient compte que de ses seuls intérêts. Les clauses qui répondent à cette définition devraient être, en principe, abusives.

397. Double acception de l'unilatéralisme. L'unilatéralisme dans le contrat peut se manifester de deux manières différentes. Dans une première acception¹⁵³², objective, il consiste à stipuler certaines prérogatives¹⁵³³ contractuelles en faveur d'une seule des parties – le professionnel, cela va sans dire – et à instaurer ainsi un défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation (Section I).

Dans une seconde acception¹⁵³⁴, l'unilatéralisme se caractérise par la stipulation, au profit du professionnel, de prérogatives dépendant de sa seule volonté, lui accordant ainsi des pouvoirs arbitraires dans la maîtrise du contrat (Section II).

SECTION I. LA STIPULATION UNILATERALE DE PREROGATIVES : LE DEFAUT DE RECIPROCITE ENTRE LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

398. Plan. Stipuler une clause en faveur d'une seule des parties au contrat de consommation instaure un défaut de réciprocité entre leurs droits et obligations, ce qui apparaît comme un critère du déséquilibre significatif. C'est pourquoi les clauses non réciproques en faveur du professionnel sont abusives (§ 1), sauf si elles peuvent se justifier par un motif légitime (§ 2).

¹⁵³⁰ *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, ss dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, coll. Études juridiques, t. 9, 1999.

¹⁵³¹ V° *Unilatéralisme*,

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/unilatéralisme/10909924?q=unilatéralisme#801145>.

¹⁵³² V° Unilatéral, in *Vocabulaire juridique*, ss dir. G. CORNU, 9^e éd., PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2011, sens 3 : « Qui ne profite qu'à l'un des intéressés par opp. à réciproque ».

¹⁵³³ Le terme « prérogative » est employé, dans un sens neutre, dans tout le chapitre : il désigne tout droit ou tout pouvoir, faculté, avantage de droit, v° « Prérrogative », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 3.

¹⁵³⁴ V° Unilatéral, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, sens 1 : « Qui émane d'une volonté unique ».

§ 1. Principe : caractère abusif des clauses non réciproques

399. Double acception du défaut de réciprocité. L'étude de la pratique en matière de clauses abusives révèle que le défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation peut prendre deux formes. Soit il est entendu strictement, et il est reproché à la stipulation de ne pas prévoir exactement le même droit en faveur du non-professionnel ou consommateur (A). Soit il est entendu plus largement, et il est fait grief à la clause de ne pas lui consentir une contrepartie de nature différente (B).

A. Le défaut de réciprocité au sens strict

400. Plan. Les clauses qui accordent une prérogative au professionnel, sans consentir la même au non-professionnel ou consommateur, sont abusives. C'est ce qui ressort de la pratique (1). Il faudra expliquer pourquoi (2).

1. Le critère du défaut de réciprocité au sens strict en pratique

401. Plan. L'absence de réciprocité entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation est un critère régulièrement invoqué en pratique pour justifier le caractère abusif d'une stipulation (a). Parmi les nombreuses clauses stigmatisées sur ce fondement, nous isolerons les plus topiques (b).

a. Pratique généralisée

402. Un critère largement employé. Les différentes sources d'appréciation de la notion de clause abusive¹⁵³⁵ retiennent toutes le caractère abusif des stipulations non symétriques. Il en est ainsi aussi bien dans les listes réglementaires de clauses abusives, en jurisprudence, dans les travaux de la Commission des clauses abusives qu'en doctrine.

403. Listes réglementaires de clauses abusives. Deux clauses noires¹⁵³⁶ et deux clauses grises reposent explicitement sur ce critère :

¹⁵³⁵ Sur ce point, v. *supra* n^{os} 326 s..

¹⁵³⁶ Une troisième clause noire paraît s'expliquer par ce critère lorsqu'on la lit. Il s'agit de celle qui a pour effet ou pour objet de « contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son

Art. R. 132-1 c. consom. : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfutable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : [...] »

8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur¹⁵³⁷ ; [...]

10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel¹⁵³⁸ ».

Art. R. 132-2 c. consom. : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : [...] »

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 renonce¹⁵³⁹ ; [...]

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 professionnel¹⁵⁴⁰ ».

Notons d'ores et déjà qu'un même critère du déséquilibre significatif, à savoir le défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation, n'emporte pas toujours le même effet. Il peut tantôt justifier l'interdiction absolue de la clause (noire), tantôt la faire présumer simplement abusive (grise), sans que la raison justifiant cette différence de traitement ne saute aux yeux à la première lecture. Il faudra essayer de la comprendre ou de la repenser¹⁵⁴¹, le cas échéant.

404. Jurisprudence. L'absence de symétrie entre les droits et les devoirs des parties justifie de déclarer une clause abusive aussi bien dans la jurisprudence des juges du fond¹⁵⁴²

obligation de fourniture d'un service » (art. R. 132-1, 5° c. consom.). En réalité, cette clause neutralise le droit du non-professionnel ou consommateur de recourir à l'exception d'inexécution (fondée sur le mécanisme de la réciprocité, ce qui explique le vocabulaire employé pour la dénoncer) et relève, à ce titre, du deuxième critère permettant de qualifier une clause abusive, v. *infra* n° 505 s..

¹⁵³⁷ Nous soulignons.

¹⁵³⁸ Nous soulignons.

¹⁵³⁹ Nous soulignons.

¹⁵⁴⁰ Nous soulignons.

¹⁵⁴¹ V. *infra* n° 415.

¹⁵⁴² V. *infra* nos 410 et 413 les décisions citées pour illustrer les clauses topiques.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

que dans celle de la Cour de cassation¹⁵⁴³. Cette dernière a notamment fustigé une clause en raison de son caractère non réciproque dans l'un des quatre arrêts en date du 14 novembre 2006¹⁵⁴⁴. Elle estime, en effet, que la stipulation d'un contrat de vente de véhicule automobile selon laquelle « le bénéfice de la commande est personnel au client : il ne peut être cédé » est abusive, car elle empêche toute substitution de contractant ou cession de contrat du fait du non-professionnel ou consommateur, alors que, par ailleurs, le professionnel se réserve lui-même la possibilité de substituer un autre client lorsque l'acheteur initial n'a pas pris livraison du véhicule dans les quinze jours. En revanche, lorsque la réciprocité est prévue, la clause est valable selon la Cour de cassation. Ainsi en est-il pour la stipulation d'un contrat de vente de véhicule automobile qui impose à l'acheteur de respecter un certain formalisme en cas d'annulation de sa commande pour retard de livraison, dès lors que le même formalisme est mis à la charge du vendeur qui veut annuler la commande de l'acheteur n'ayant pas pris livraison de son véhicule dans les sept jours suivant la date de livraison convenue¹⁵⁴⁵.

405. Commission des clauses abusives. La Commission des clauses abusives a eu recours, autant dans ses recommandations que dans ses avis¹⁵⁴⁶, au critère de l'absence de réciprocité, pour expliquer le caractère abusif des clauses qu'elle dénonce.

C'est ainsi le cas pour quatre des vingt-deux stipulations incriminées par sa recommandation de synthèse¹⁵⁴⁷. Elle y a, en effet, stigmatisé les clauses qui tendent à :

« Réserver au professionnel la faculté de résilier le contrat de façon discrétionnaire sans accorder la même faculté au non-professionnel ou consommateur » (8°) ;

« Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou consommateur, lorsque celui-ci renonce à conclure ou exécuter le contrat, sans prévoir que lesdites sommes seront restituées au double si le professionnel fait de même » (17°) ;

« Déterminer le montant de l'indemnité due par le non-professionnel ou consommateur qui n'exécute pas ses obligations sans prévoir une indemnité de même ordre à la charge du professionnel qui n'exécute pas les siennes »¹⁵⁴⁸ (18°) ;

¹⁵⁴³ V. *infra* nos 410 et 413 les arrêts cités pour illustrer les clauses topiques.

¹⁵⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, 04-17.578, *Bull. civ.* n° 489, G. RAYMOND, « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », *Contrats, conc. consom.* 2007, ét. 2, p. 5, *D.* 2006, AJ p. 2980, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2007, II, 10056, G. PAISANT ; *RLDC* 2007, n° 35, p. 12, obs. S. DOIREAU ; *RLDC* 2007/36, p. 6, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2007, p. 337, note D. FENOUILLET ; *RTD com.* 2007, p. 437, obs. B. BOULOC.

¹⁵⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, *Bull. civ.* n° 488, v. notes sous Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578, préc..

¹⁵⁴⁶ V. *infra* n° 413 les avis cités pour illustrer les clauses topiques.

¹⁵⁴⁷ *Recomm.* n° 91-02, *BOCCRF* 06/09/1991.

¹⁵⁴⁸ Pour des condamnations de clauses similaires comportant un défaut de réciprocité dans l'existence de

« Réserver au professionnel le droit d'obliger son cocontractant à rembourser les frais et honoraires exposés pour obtenir l'exécution du contrat, sans donner au non-professionnel ou consommateur la même faculté »¹⁵⁴⁹ (21°)¹⁵⁵⁰.

À l'occasion, elle a sanctionné aussi d'autres stipulations, plus spécifiques, sur le fondement du défaut de réciprocité, comme celles qui ont pour objet ou pour effet de¹⁵⁵¹ :

- « Assortir de conséquences plus lourdes pour l'assuré l'aggravation du risque régulièrement déclaré que n'en comporte pour l'assureur, la diminution du risque »¹⁵⁵² ;
- « Réserver au seul établissement de crédit le droit d'intenter l'action en résolution de la vente »¹⁵⁵³ ;
- « Réserver au professionnel le droit d'effectuer les formalités de sortie de manière unilatérale et après le départ du consommateur, sans offrir à celui-ci la possibilité d'exiger l'établissement d'un état des lieux contradictoire », dans les contrats de locations saisonnières¹⁵⁵⁴ ;
- « Prévoir sans réciprocité des frais à la charge du consommateur lorsqu'il annule un rendez-vous pris en vue du raccordement [...] » dans les contrats d'abonnement au câble et à la télévision à péage¹⁵⁵⁵ ;
- « Permettre de facturer au consommateur des frais de vérification en cas de contestation infondée, sans préciser quels sont ces frais, et sans prévoir une réciprocité au profit de l'abonné »¹⁵⁵⁶ ;
- « Laisser au professionnel la faculté d'annuler le contrat sans frais pour des raisons de force majeure ou de sécurité sans offrir la même possibilité au consommateur dans les

l'indemnité en cas d'inexécution par le professionnel, v. not. *Recomm.* n° 96-02, 29°, *BOCCRF* 3/09/1996 ; *Recomm.* n° 97-01, B-17, *BOCCRF* 11/6/1997 ; *Recomm.* n° 97-02, 1°)-e, *BOCCRF* 12/12/1997 ; *Recomm.* n° 2000-01, III-32, *BOCCRF* 22/06/2000 ; *Recomm.* n° 2007-01, 17°, *BOCCRF*, 31/07/2007 ; *Recomm.* n° 2008-03, C-12, *BOCCRF* 14/11/2008 ; *Recomm.* n° 2013-01, 38, *BOCCRF* 13/09/2013.

Pour des condamnations de clauses similaires comportant un défaut de réciprocité dans le montant dû par le professionnel en cas d'inexécution (inexécution du consommateur ou non-professionnel sanctionnée plus lourdement que celle du professionnel), v. not. *Recomm.* n° 81-02, 12°, *BOSP* 16/01/1981 ; *Recomm.* n° 85-02, B-18°, *BOCC* 4/09/1985 ; *Recomm.* n° 2002-02, C-32, *BOCCRF* 30/05/2001 ; *Recomm.* n° 2004-02, 6), *BOCCRF* 06/09/2004.

Dans le même sens, v. *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc., 1984 ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., qui considèrent comme grise la « clause qui détermine le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations sans prévoir une indemnité du même ordre à la charge du professionnel qui n'exécute pas ses obligations », au motif que la clause pénale n'est pas condamnable en soi, mais le défaut de réciprocité oui.

¹⁵⁴⁹ Dans le même sens, v. *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., qui considèrent comme noire la « clause qui oblige le consommateur à rembourser les frais et honoraires exposés par le professionnel pour le recouvrement de sa créance sans obliger réciproquement le professionnel à rembourser les frais et honoraires exposés par le consommateur pour obtenir l'exécution du contrat ».

¹⁵⁵⁰ Nous soulignons.

¹⁵⁵¹ Nous soulignons.

¹⁵⁵² *Recomm.* n° 85-04, I-3°, *BOCC* 6/12/1985.

¹⁵⁵³ *Recomm.* n° 86-01, B-1, *BOCCRF* 11/03/1986.

¹⁵⁵⁴ *Recomm.* n° 94-04, *BOCCRF* 27/10/1994, rectificatif du 9/12/1994.

¹⁵⁵⁵ *Recomm.* n° 98-01, 6°, *BOCCRF* 31/12/1998.

¹⁵⁵⁶ *Recomm.* n° 99-02, 29, *BOCCRF* 27/07/1999.

mêmes circonstances » dans les contrats de fourniture de voyages proposés sur Internet¹⁵⁵⁷.

406. En doctrine. De nombreux auteurs ont aussi considéré le défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties comme un critère des clauses abusives. Selon Madame Bricks, le déséquilibre causé par les clauses abusives « est dû au défaut de réciprocité de ces stipulations »¹⁵⁵⁸. Monsieur Jourdain l'a aussi relevé dans les recommandations de la Commission des clauses abusives¹⁵⁵⁹. Commentant l'ancienne annexe légale, Monsieur Mazeaud estime que :

« L'abus rime souvent avec l'unilatéralité des pouvoirs accordés par le contrat ; autrement dit, une seule et même clause sera qualifiée d'abusives ou non selon que le droit qu'elle engendre profite exclusivement au professionnel ou est réciproquement octroyé au consommateur »¹⁵⁶⁰.

Madame Fin-Langer relève que le critère de réciprocité qui est, selon elle, un critère de l'équilibre contractuel est utilisé en matière de clauses abusives¹⁵⁶¹. Monsieur Stoffel-Munck isole « l'absence de réciprocité » comme un « sous-critère de la qualification » du déséquilibre significatif¹⁵⁶². Madame Fenouillet considère que « le caractère unilatéral ou réciproque » des stipulations des contrats de consommation est régulièrement pris en compte pour apprécier leur caractère abusif¹⁵⁶³. Madame Sauphanor-Brouillaud constate également que les clauses qui « octroient un avantage au professionnel dépourvu de réciprocité » sont systématiquement dénoncées comme abusives¹⁵⁶⁴. Monsieur Deshayes évoque « les hypothèses dans lesquelles, par un défaut de réciprocité, le professionnel se trouve détenir un droit dont le non-professionnel ou consommateur est, quant à lui, privé »¹⁵⁶⁵. Monsieur Paisant juge même que l'absence de réciprocité dans les droits et obligations des parties au détriment du consommateur constitue l'une des « grandes manifestations du déséquilibre significatif, donc de l'abus, dans la relation contractuelle »¹⁵⁶⁶. La reconnaissance du caractère

¹⁵⁵⁷ *Recomm.* n° 08-01, 7, *BOCCRF* 23/04/2008.

¹⁵⁵⁸ H. Bricks, *th. préc.*, n° 373.

¹⁵⁵⁹ P. Jourdain, *art. préc.*, spéc. p. 25.

¹⁵⁶⁰ D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 12.

¹⁵⁶¹ L. FIN-LANGER, *th. préc.*, n° 326 et 338 s..

¹⁵⁶² Ph. Stoffel-Munck, *th. préc.*, n° 431 s..

¹⁵⁶³ D. Fenouillet, *obs. préc.*.

¹⁵⁶⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *art. préc.*, n° 30. V. aussi N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises" – A propos du décret du 18 mars 2009 », *art. préc.*.

¹⁵⁶⁵ O. Deshayes, *art. préc.*.

¹⁵⁶⁶ G. Paisant, *art. préc.*.

abusif des clauses non réciproques dépasse le cadre des universitaires : la plus importante organisation professionnelle se prononce aussi dans ce même sens.

407. Et même les professionnels ! Les professionnels, eux-mêmes, reconnaissent que l'absence de symétrie entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation est source de déséquilibre significatif. En effet, dans son guide pratique à destination des entreprises et des organisations professionnelles, intitulé *Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation*, le MEDEF conseille, pour la rédaction des stipulations contractuelles, de « privilégier des clauses réciproques dans lesquelles professionnels et consommateurs ont les mêmes droits et obligations »¹⁵⁶⁷.

Le défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation permet d'écarter comme abusives toutes sortes de stipulations. Certaines d'entre elles, plus souvent dénoncées que d'autres, permettent de mieux cerner ce critère.

b. Exemples topiques

408. Deux clauses topiques. En droit positif, plusieurs types de clauses sont fréquemment désignées comme abusives en application du critère du défaut de réciprocité : celles relatives aux conséquences financières de la renonciation au contrat (a) et celles relatives à la résiliation du contrat (b).

- i) La clause relative aux conséquences financières de la renonciation au contrat

409. Description de la clause. Dans de nombreux contrats, sont contractuellement prévues les indemnités dues lorsque l'une des parties renonce à conclure ou à exécuter le contrat. En d'autres termes, il s'agit des clauses qui fixent le prix du dédit¹⁵⁶⁸, cette faculté de mettre fin au contrat à tout moment et de se délier de son obligation. Souvent, elles prévoient que si la renonciation intervient du fait du non-professionnel ou consommateur, le professionnel pourra retenir les sommes déjà versées par ce dernier tandis que si elle est imputable au professionnel, son cocontractant ne pourra prétendre à aucune indemnité.

¹⁵⁶⁷ MEDEF, *Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation*, Guide pratique à destination des entreprises et des organisations professionnelles, 2010, p. 23.

¹⁵⁶⁸ Sur les clauses de dédit, v. W. DROSS, v° Dédit, in *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Lexisnexis, 2008, p. 145 s..

410. Caractère abusif en raison du défaut de réciprocité. Ce type de stipulation a toujours été dénoncé comme abusif du fait de son caractère non réciproque. Elle fait l'objet d'une condamnation récurrente de la part de toutes les sources d'appréciation de la qualification de clause abusive.

Ainsi les projets de réforme du droit de la consommation, menés par Monsieur Calais-Auloy, classaient comme noire la stipulation « qui autorise le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir que les dites sommes seront restituées au double si le professionnel fait de même »¹⁵⁶⁹.

La Commission des clauses abusives reprendra cette interdiction, mot pour mot, dans sa recommandation de synthèse¹⁵⁷⁰ ainsi que dans d'autres¹⁵⁷¹.

À partir de 1995, l'interdiction des clauses relatives au prix du dédit figure au point d) de l'ancienne liste « blanche », annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, selon lequel peuvent être regardées comme abusives les clauses ayant pour objet ou pour but :

« De permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce »¹⁵⁷².

Les juges du fond, comme la Cour de cassation, ont également réputé non écrit ce type de clauses. Ainsi dans un arrêt en date du 6 avril 2006, la cour d'appel de Paris a déclaré abusive la clause prévoyant la conservation par un traiteur de l'acompte reçu en cas d'annulation de la réception de mariage, sans prévoir la conséquence symétrique en cas d'annulation par le prestataire¹⁵⁷³.

¹⁵⁶⁹ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc.. Nous soulignons.

¹⁵⁷⁰ *Recomm. n° 91-02, 17°*, *BOCCRF*, 06/09/1991, citée *supra* n° 405.

¹⁵⁷¹ V. not. *Recomm. n° 81-01*, *BOSP* 16/01/1981 ; *Recomm. n° 94-04*, *BOCCRF* 27/10/1994, rectificatif du 9/12/1994 ; *Recomm. n° 08-01, 7*, *BOCCRF* 23/04/2008 ; *Recomm. n° 2010-01, I-A-4°*, *BOCCRF* 25/05/2010.

¹⁵⁷² Nous soulignons.

¹⁵⁷³ CA Paris, 6 avril 2006, jurisdata n° 2006-299514.

De même, dans trois des quatre arrêts en date du 14 novembre 2006, la Cour de cassation élimine des stipulations équivalentes. Dans deux arrêts¹⁵⁷⁴, elle est confrontée à une clause qui prévoit que l'acompte versé restera acquis au vendeur à titre d'indemnité, si le client se dédit après le délai de rétractation ou si le client ne prend pas livraison du véhicule dans le délai suivant la mise à disposition et après mise en demeure infructueuse. Dans le troisième¹⁵⁷⁵, il est prévu une pénalité en cas de dédit du non-professionnel ou consommateur. Dans les trois cas, les clauses sont jugées abusives, suivant une motivation strictement identique selon laquelle elles ont :

« Pour objet ou pour effet de permettre au professionnel de retenir de plein droit des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à exécuter le contrat, sans prévoir 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 »¹⁵⁷⁶.

Une solution similaire est retenue dans un arrêt en date du 2 avril 2009¹⁵⁷⁷. En l'espèce, il était stipulé dans un contrat d'enseignement que le professionnel avait la possibilité d'annuler l'inscription de l'élève, en cas d'effectif insuffisant, contre remboursement des sommes perçues. En revanche, lorsque l'annulation intervenait, du fait de l'élève, après la rentrée scolaire, aucun remboursement ne lui était dû. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si cette clause créait un déséquilibre significatif « en ce que le professionnel pouvait retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonçait à conclure ou à exécuter le contrat, sans que soit prévu le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'était celui-ci qui renonçait »¹⁵⁷⁸. Elle réitéra cette solution dans un arrêt en date du 12 mai 2011¹⁵⁷⁹.

Finalement, le décret du 18 mars 2009 en fera une clause grise :

Art. R. 132-2 c. consom. : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au

¹⁵⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.890 et n° 04-15.646, préc..

¹⁵⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17578, préc..

¹⁵⁷⁶ Nous soulignons.

¹⁵⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 2 avril 2009, *RDC* 2009/4, p. 1426, note D. FENOUILLET.

¹⁵⁷⁸ Nous soulignons.

¹⁵⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2011, *Contrats conc. consom.* 2011, n° 223, note G. RAYMOND : la clause qui « impose le paiement de l'ensemble des frais afférents à l'année de scolarité en cas d'annulation, pour quelque cause que ce soit, de l'inscription de la part de l'élève lorsque cette annulation intervient après le 1^{er} septembre » est abusive parce qu'elle ouvre, par ailleurs, « au professionnel la faculté d'annuler l'inscription en cours d'année scolaire en ne remboursant qu'une partie des sommes qu'il a reçues ».

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : [...]

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 renonce »¹⁵⁸⁰.

Ce texte impose donc que, lorsque le contrat fixe un prix pour le dédit du consommateur, un prix équivalent soit également stipulé dans l'éventualité de celui du professionnel¹⁵⁸¹.

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011¹⁵⁸² comporte une interdiction similaire, quoique plus large, puisque son article 85, point d), présume abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet :

« De permettre au professionnel de conserver les sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci décide de ne pas conclure le contrat ou de ne pas exécuter des obligations en résultant, sans prévoir le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel dans la situation inverse »¹⁵⁸³.

ii) Les clauses relatives à la résiliation du contrat par le professionnel

411. Distinction. Deux sortes de stipulations relatives à la résiliation sont abusives sur le fondement du défaut de réciprocité : les clauses de résiliation unilatérale au profit du seul professionnel et celles prévoyant des conditions de résiliation plus difficiles pour le non-professionnel ou consommateur que pour son cocontractant.

412. La clause de résiliation unilatérale au profit du seul professionnel. Dans ce cas, l'absence de symétrie affecte l'existence même du droit de résilier le contrat : le professionnel en dispose, pas le non-professionnel ou le consommateur. Cette stipulation a, de longue date, été considérée comme abusive. Déjà les projets de réforme du droit de la consommation

¹⁵⁸⁰ Nous soulignons.

¹⁵⁸¹ G. Paisant, art. préc..

¹⁵⁸² COM (2011) 635 final. G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012, 560.

¹⁵⁸³ Nous soulignons.

proposaient de réputer noire la « clause qui autorise le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire sans accorder la même faculté au consommateur »¹⁵⁸⁴.

La Commission des clauses abusives l'a aussi stigmatisée, dans des termes exactement similaires, non seulement dans sa recommandation de synthèse¹⁵⁸⁵, mais aussi dans d'autres recommandations¹⁵⁸⁶.

La même interdiction avait été reprise au point f) de l'ancienne liste blanche annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

Depuis le décret du 18 mars 2009, est présumée abusive, de manière irréfragable, la clause qui visant à :

Art. R. 132-1, 8° c. consom. : « Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnellement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur »¹⁵⁸⁷.

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011¹⁵⁸⁸ vise aussi ce type de clauses, mais à la différence du droit français, les considère comme grises¹⁵⁸⁹.

413. Les clauses prévoyant des conditions de résiliation plus difficiles pour le non-professionnel ou consommateur que pour le professionnel. Le défaut de réciprocité atteint, dans ces stipulations, non l'existence du droit de résilier, mais ses conditions d'exercice. En d'autres termes, le professionnel s'est octroyé des modalités de résiliation plus favorables que celles qu'il a consenties au non-professionnel ou consommateur.

¹⁵⁸⁴ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc.. Nous soulignons.

¹⁵⁸⁵ *Recomm.* n° 91-02, 8, *BOCCRF* 06/09/1991.

¹⁵⁸⁶ *Recomm.* n° 81-02, 2°, *BOSP* 16/01/1981 ; *Recomm.* n° 85-03, B-5°, *BOCC* 04/11/1985 ; *Recomm.* n° 96-01, 1, *BOCCRF* 24/01/1996 ; *Recomm.* n° 2003-01, II-17°, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 2004-01, 7, *BOCCRF* 06/09/2004 ; *Recomm.* n° 2008-03, C-16, *BOCCRF* 14/11/2008 ; *Recomm.* n° 2010-01, I-A-5°, *BOCCRF* 25/05/2010.

¹⁵⁸⁷ Nous soulignons.

¹⁵⁸⁸ COM (2011) 635 final. G. Paisant, art. préc..

¹⁵⁸⁹ Art. 85, point f), sont présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet « d'autoriser le professionnel à se rétracter ou résoudre le contrat [...] de façon discrétionnaire sans donner la même faculté au consommateur ».

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

La Commission des clauses abusives a stigmatisé ces clauses à de nombreuses reprises. On en trouve une condamnation générale, notamment, dans son « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives »¹⁵⁹⁰ qui propose d'interdire les stipulations « soumett[ant] la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel que pour le professionnel »¹⁵⁹¹. Parfois, elle a adopté des formulations moins générales, qui mettent en cause la modalité de la résiliation pour laquelle la réciprocité fait défaut, qu'il s'agisse du délai de préavis¹⁵⁹² ou de l'indemnité de résiliation¹⁵⁹³.

Les professionnels semblent avoir entendu la Commission des clauses abusives. Le MEDEF recommande, en effet, de rendre les clauses de résiliation bilatérales et de préférer à la formulation selon laquelle « le professionnel pourra suspendre le contrat sans préavis et le consommateur moyennant un préavis d'un mois », la suivante : « Le professionnel et le consommateur pourront suspendre le contrat moyennant un préavis d'un mois dans les hypothèses suivantes : ... »¹⁵⁹⁴.

De même, la jurisprudence a condamné ce type de clauses. Ainsi, dans un jugement en date du 5 avril 2005¹⁵⁹⁵, le tribunal de grande instance de Paris a reconnu abusive la clause par laquelle le fournisseur d'accès à Internet se réserve le droit de résilier unilatéralement l'abonnement en cas de violation des conditions générales d'utilisation, au motif qu'elle autorise le professionnel à résilier sans mise en demeure et sans préavis, tandis que la résiliation par l'abonné ne peut avoir lieu qu'en cas de manquement grave du professionnel et trente jours après l'envoi de la mise en demeure. La cour d'appel de Montpellier a, à son tour,

¹⁵⁹⁰ Annexe V, in *Rapport d'activité pour l'année 2001*, BOCCRF 30/05/2002.

¹⁵⁹¹ Dans le même sens, v. *Recomm.* n° 95-01, 7°, BOCCRF 18/05/1995 ; *Recomm.* n° 2001-02, 5, BOCCRF 23/05/2001 ; *Recomm.* n° 2004-02, 6, BOCCRF 06/09/2004 ; *Recomm.* n° 2007-01, 18°, BOCCRF 31/07/2007 ; *Recomm.* n° 2011-01, 4, BOCCRF 26/04/2012.

¹⁵⁹² *Recomm.* n° 2002-02, 23, 25 et 29, BOCCRF 30/05/2001 ; *Recomm.* n° 2007-01, 19°, BOCCRF 31/07/2007 ; *Recomm.* n° 2010-01, IV-27°, BOCCRF 25/05/2010.

¹⁵⁹³ Avis n° 12-01 relatif à un contrat de fourniture de gaz de pétrole liquéfié (GPL) en vrac et de mise à disposition du réservoir, consultable sur le site Internet de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr/avis/index.htm> : la stipulation relative aux conséquences financières de la résolution anticipée prévoyant « une sanction pécuniaire calculée selon une formule mathématique tenant compte du temps restant à courir jusqu'à l'expiration de la première période contractuelle » est abusive, « compte tenu de l'absence, durant la même période, de réciprocité de sanction pécuniaire en cas de rupture anticipée du contrat imputable au professionnel » (nous soulignons).

¹⁵⁹⁴ MEDEF, guide préc., p. 23.

¹⁵⁹⁵ Consultable sur le site de la Commission des clauses abusives, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>.

relevé, dans un contrat d'enseignement, la dissymétrie affectant les conséquences d'une résiliation du contrat¹⁵⁹⁶.

La Cour de cassation a aussi sanctionné l'asymétrie des conditions de résiliation dans un arrêt, déjà mentionné, en date du 2 avril 2009¹⁵⁹⁷. En l'espèce, un contrat d'enseignement prévoyait que le professionnel avait la possibilité d'annuler l'inscription de l'élève, en cas d'effectif insuffisant, contre remboursement des sommes perçues. En revanche, aucun remboursement n'était dû à l'élève qui annulait son inscription après la rentrée scolaire. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le consommateur n'était pas, « eu égard au montant élevé des frais de scolarité laissés à sa charge », empêchés de se délier du contrat, « même pour motif légitime et sérieux », « telle l'impossibilité, invoquée en l'espèce, de conduire les enfants suite à un déménagement », alors que le professionnel pouvait annuler le contrat en cas d'effectif insuffisant « sans autre précision ». En revanche, lorsque les conditions de résiliation sont plus favorables pour le non-professionnel ou consommateur que le professionnel, la qualification d'abus est logiquement exclue. C'est ce qui explique la solution retenue dans l'arrêt du 23 janvier 2013¹⁵⁹⁸. En l'espèce, une clause de convention de compte bancaire stipulait que le contrat était conclu pour une durée indéterminée, tout en prévoyant qu'il pouvait être résilié à tout moment et sans préavis par le client et moyennant un préavis de deux mois par la banque. La Cour de cassation considère que cette clause n'est pas abusive « dès lors qu'elle ne réserve pas au seul professionnel le droit de résilier la convention de compte de dépôt, contrat à durée indéterminée, et qu'elle impose à la banque un délai de préavis suffisant de deux mois alors que le consommateur peut résilier la convention à tout moment et sans préavis »¹⁵⁹⁹.

Le décret du 18 mars 2009 vise, également, les stipulations instaurant un défaut de réciprocité dans les conditions de résiliation, mais en créant une distinction selon la modalité en cause. Ainsi sont considérées comme noires, selon l'article R. 132-1, 10°, du Code de la consommation, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

« Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel »¹⁶⁰⁰,

¹⁵⁹⁶ CA Montpellier, 12 janvier 2010, *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 20, note G. RAYMOND.

¹⁵⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 2 avril 2009, préc..

¹⁵⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2013, *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 88, note G. RAYMOND.

¹⁵⁹⁹ Nous soulignons.

¹⁶⁰⁰ Nous soulignons.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

tandis que sont grises, en vertu de l'article R. 132-2, 8°, celles qui tendent à :

« 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 professionnel »¹⁶⁰¹.

Les conditions ou modalités autres que le préavis qui peuvent être non réciproques sont nombreuses. Il en est ainsi lorsque la résiliation est soumise à une mise en demeure de la part du non-professionnel ou consommateur alors que le professionnel en est exempté. Le défaut de réciprocité peut encore affecter les motifs de la résiliation : le non-professionnel ou consommateur ne peut y recourir qu'en cas d'inexécution grave du professionnel, tandis que ce dernier peut invoquer tout manquement du premier. De la même manière, l'asymétrie peut résulter de la soumission de la résiliation par le non-professionnel ou consommateur au paiement d'une indemnité, tandis que le professionnel a la possibilité de résilier sans frais.

Si la stigmatisation de telles clauses doit être approuvée, la différence de traitement dont elles font l'objet dans le décret du 18 mars 2009 est, en revanche, critiquable. En effet, aucune justification ne semble l'expliquer. En principe, la clause noire devrait comporter un vice plus sérieux que la clause grise¹⁶⁰². Or, la stipulation d'un délai de préavis de résiliation plus long pour le non-professionnel ou consommateur ne paraît pas plus grave que des motifs de résiliation plus larges en faveur du professionnel – nous serions même tentés de penser le contraire. En vue d'apporter de la cohérence à la matière, il serait judicieux d'harmoniser les solutions concernant les clauses relatives aux modalités de résiliation. Il faut choisir de les considérer soit toutes noires, soit toutes grises. L'explicitation du critère du défaut de réciprocité permettra de faire ce choix.

2. L'explicitation du critère du défaut de réciprocité au sens strict

414. Teneur du critère. Entendu strictement, le critère du défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties au contrat de consommation consiste à déclarer abusive la clause qui accorde au professionnel une prérogative contractuelle qui n'est pas identiquement

Notons que la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011 (COM (2011) 635 final) comporte une disposition similaire, en son art. 84, point i) qui dispose qu'est toujours abusive la clause qui a pour objet ou pour effet « d'accorder au professionnel un délai de notification plus court pour résoudre le contrat que celui imposé au consommateur ».

¹⁶⁰¹ Nous soulignons.

¹⁶⁰² Sur ce point, v. *supra* n° 334.

offerte au non-professionnel ou consommateur, alors qu'il aurait été tout à fait possible de le prévoir¹⁶⁰³.

Plus précisément, il se dégage des exemples étudiés que l'absence de symétrie peut prendre deux formes distinctes. Elle peut, d'une part, affecter l'existence même d'une prérogative. Ainsi, le professionnel dispose d'un droit dont son cocontractant est privé, comme celui de résilier unilatéralement le contrat, par exemple. Dans ce cas, comme le relève Monsieur Paisant, « assez curieusement, la clause est incriminée, non pas pour ce qu'elle exprime, mais à raison de ce qu'elle ne prévoit pas ! »¹⁶⁰⁴. C'est ce qui explique que leur stigmatisation en tant que clause abusive repose, souvent, sur une formulation identique selon laquelle la stipulation accorde une prérogative en faveur du professionnel « sans prévoir le même droit » pour les non-professionnels ou consommateurs.

Le défaut de réciprocité peut aussi se nicher dans les conditions d'exercice d'un droit. Pour continuer sur l'exemple de la clause de résiliation, le professionnel a le droit de résilier unilatéralement le contrat sans préavis, tandis que le non-professionnel ou consommateur ne peut le faire qu'après un préavis d'un mois.

415. Approbation du critère. Les clauses non symétriques sont indéniablement une source de déséquilibre significatif. En effet, le défaut de réciprocité crée un déséquilibre d'ordre objectif entre les droits et obligations des parties. Il est la preuve d'une inégalité de traitement entre elles, puisque le professionnel se trouve dans une situation plus avantageuse que celle du non-professionnel ou consommateur¹⁶⁰⁵. Il est révélateur d'une absence de partage des pouvoirs qui met ce dernier en situation d'infériorité.

Le déséquilibre est patent, et sa gravité l'est tout autant lorsque la clause instaure un défaut de réciprocité dans l'existence même d'une prérogative. C'est pourquoi, en cas de désignation réglementaire, de telles clauses devraient être noires, c'est-à-dire totalement interdites. Tel est le cas en pratique, aujourd'hui, étant donné que la seule stipulation dont l'incrimination repose sur l'absence de symétrie entre les droits des parties, celle relative au droit de résiliation, est présumée, de manière irréfutable, abusive (art. R. 132-1, 8° c. consom.).

¹⁶⁰³ Lorsque ce n'est pas le cas ou lorsque la réciprocité au sens strict est sans intérêt pour le non-professionnel ou consommateur, on peut alors envisager de lui accorder une contrepartie de nature différente, v. *infra* n°s 417 s..

¹⁶⁰⁴ G. Paisant, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », art. préc..

¹⁶⁰⁵ Sur le lien entre réciprocité et égalité, v. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 355, 2000, n° 123 : « Le caractère abusif vient [...] du défaut de réciprocité entre les droits des contractants. [...] la réciprocité sous-entend plutôt une idée d'égalité entre les contractants ».

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

Lorsque le défaut de réciprocité touche les conditions d'exercice d'un droit, la gravité du déséquilibre doit être présumée. En effet, quel intérêt pour le professionnel de stipuler des conditions différentes, si ce n'est pas pour améliorer sa situation et aggraver celle du non-professionnel ou consommateur ? Toutefois, dans ce cas, seule une comparaison des modalités en cause permet de s'assurer qu'il y a bien déséquilibre significatif. C'est pourquoi, lorsque ce type de clauses est stigmatisé de manière réglementaire, il devrait figurer dans la liste grise, de manière à laisser au professionnel la possibilité de rapporter la preuve que la différence de traitement ne crée pas de déséquilibre significatif. En pratique, ce n'est pas toujours la solution retenue. Si les stipulations relatives aux modalités financières du dédit ou aux conditions (autres que le préavis) de la résiliation, sont bien grises, celles qui stipulent un délai de résiliation plus long à la charge du non-professionnel ou consommateur sont, en revanche, noires.

La condamnation des clauses instaurant un défaut de réciprocité (au sens strict) entre les droits et obligations des parties a, par ailleurs, une vertu prophylactique salutaire. En effet, elle impose logiquement au professionnel de rendre bilatérales les prérogatives contractuelles. Cette obligation va, sans doute, le pousser à s'octroyer des droits et des avantages équilibrés. En effet, il ne risquera pas de s'accorder une prérogative exorbitante, car il devra alors la partager avec le non-professionnel ou consommateur, ce qui n'est pas dans son intérêt.

416. Portée du critère. Si le défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties, en faveur du professionnel, est un critère du déséquilibre significatif, cela signifie *a contrario* que la symétrie entre leurs prérogatives devrait être un gage de son absence. En ce sens, Monsieur Berlioz écrivait que, pour lutter contre ce qu'il appelait déjà « les clauses abusives », on pourrait « exiger la réciprocité, ce qui constitue une équivalence objective »¹⁶⁰⁶. En effet, cette dernière met les parties au contrat de consommation « sur un pied d'égalité »¹⁶⁰⁷, le non-professionnel ou consommateur disposant des mêmes armes contractuelles que son cocontractant. Ainsi la stipulation qui instaure des prérogatives bilatérales n'est pas abusive. Telle est la solution retenue en jurisprudence. Ainsi, dans un des quatre arrêts du 14 novembre 2006¹⁶⁰⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation dénie tout caractère abusif à la clause condamnant le consommateur, en cas de retard dans le règlement d'une échéance, au paiement d'une pénalité au motif qu'il est, par ailleurs, prévu

¹⁶⁰⁶ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 132, 2^e éd. 1976, n° 212.

¹⁶⁰⁷ P. Jourdain, art. préc., spéc. p. 30.

¹⁶⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2006, n° 04-15646, préc..

une stipulation condamnant le professionnel, en cas de non-livraison, à la restitution de l'acompte versé majoré des intérêts légaux. Comme la sanction de l'inexécution est bien organisée de manière réciproque, la clause échappe au grief de l'abus. De même, dans un arrêt en date du 8 novembre 2007¹⁶⁰⁹, la Cour de Cassation a reproché à la cour d'appel d'avoir déclaré abusive la clause de résiliation unilatérale par le professionnel alors qu'elle « conférait à chacune des parties le même droit de mettre fin au contrat, dans les mêmes conditions »¹⁶¹⁰.

De telles solutions ont parfois été critiquées. Il est en effet apparu que la symétrie entre les prérogatives des cocontractants « n'est pas nécessairement gage d'un équilibre véritable du contrat »¹⁶¹¹. Elle se contente d'instaurer une égalité formelle qui peut être jugée « excessivement abstraite »¹⁶¹² et relevant d'« une conception purement juridique de l'équilibre des droits et des obligations des parties »¹⁶¹³. Ces dernières disposent, il est vrai, des mêmes prérogatives, mais il n'est pas certain que les non-professionnels et consommateurs soient en mesure d'en faire usage¹⁶¹⁴. Il serait, par ailleurs, trop aisé pour les professionnels de faire échec à la législation sur les clauses abusives en se bornant à rendre bilatérales toutes les stipulations contractuelles¹⁶¹⁵. C'est pourquoi il faut limiter la portée de ce critère : le défaut de réciprocité emporte le caractère abusif de la clause, mais son existence n'est pas un gage absolu de la validité de la stipulation¹⁶¹⁶, qui doit, en sus ne pas être abusive d'un autre chef.

Par ailleurs, l'organisation contractuelle d'une réciprocité, au sens strict, entre les droits et obligations des parties n'est pas toujours possible, ni toujours utile pour le non-professionnel ou consommateur. La clause accordant une prérogative au seul professionnel n'en demeure pas moins abusive, si elle n'est pas compensée par l'existence d'une contrepartie en faveur de son cocontractant.

¹⁶⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, *RTD civ.* 2008, p.103, obs. B. FAGES ; *JCP G* 2008, I, 104, n° 12, obs. P. GROSSER ; *CCE* 2008, n° 7, obs. A. DEBET.

¹⁶¹⁰ Nous soulignons.

¹⁶¹¹ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 433.

¹⁶¹² C. ATIAS, « Clauses abusives dans les contrats proposés par les syndicats de copropriété », *RD immob.* 1996, p. 167, n° 5.

¹⁶¹³ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 433.

¹⁶¹⁴ En ce sens, v. T. com. Fréjus, 1^{er} mars 1993, *JCP G* 1994, II, 22194, note J.-J. ALEXANDRE et M. COUTANT selon lequel est abusive une clause de résiliation unilatérale, pourtant stipulée réciproque, au motif que seul le professionnel avait intérêt à l'invoquer ; C. Atias, art. préc., n° 5 qui fait valoir, à propos d'une clause de résiliation réciproque, que le syndic et le syndicat n'ont pas du tout, concrètement, la même facilité de rompre.

¹⁶¹⁵ En ce sens, v. M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001, n° 147 : « Déclarer valable toute clause dès lors qu'elle est également prévue en faveur du consommateur [...] semble absurde ».

¹⁶¹⁶ Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 433 : « On sanctionne bien certaines clauses pour défaut de réciprocité, mais prévoir formellement la réciprocité n'exonère pas à coup sûr ».

B. Le défaut de réciprocité au sens large : l'absence de contrepartie

417. Plan. L'idée est prégnante, en pratique, selon laquelle il n'y a ni déséquilibre significatif ni, par voie de conséquence, de clause abusive, lorsqu'une prérogative qui est stipulée unilatéralement en faveur du professionnel est, par ailleurs, assortie de l'octroi au non-professionnel ou consommateur d'une contrepartie d'une nature différente (1). Il faudra justifier pourquoi (2).

1. Les exemples pratiques

418. Pratique généralisée. L'idée de contrepartie qui serait accordée au non-professionnel ou consommateur et qui viendrait contrebalancer une prérogative unilatéralement stipulée au professionnel est ancienne¹⁶¹⁷. On la trouve à la fois dans les travaux de la Commission des clauses abusives et en jurisprudence.

419. Commission des clauses abusives. La Commission des clauses abusives fait dépendre le caractère abusif ou non des stipulations accordant une prérogative au seul professionnel de l'existence ou non d'une contrepartie consentie au non-professionnel ou consommateur.

Elle le fait, parfois, de manière explicite. Elle a ainsi condamné la clause qui impose « sans contrepartie au syndicat des copropriétaires la renonciation à percevoir les fruits et produits financiers des sommes placées sur un compte séparé »¹⁶¹⁸. De même, elle reproche aux professionnels de la télésurveillance « d'obliger le consommateur à procéder, le cas échéant, aux réparations des installations qui ne composent pas son système d'alarme sans lui offrir la possibilité de résilier le contrat »¹⁶¹⁹. Dans sa recommandation relative à l'équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats, elle estime abusive « les clauses ayant pour effet de mettre à la charge du consommateur une indemnité lorsqu'il renonce au contrat, sans prévoir, en contrepartie, une indemnité égale, à la charge du professionnel responsable de l'inexécution du contrat »¹⁶²⁰. D'autres fois, l'exigence de contrepartie est plus implicite,

¹⁶¹⁷ Pour la doctrine qui relève cette pratique, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n^{os} 435 s. ; L. Fin-Langer, th. préc., n^o 328 et 338 s. ; D. Fenouillet, obs. *RDC* 2007/2, p. 337 : « L'"existence – ou l'absence – de tempéraments ou contreparties à la règle introduite au profit du professionnel" est le dernier élément d'appréciation » ; X. Lagarde, art. préc., n^o 11 ; N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », art. préc., n^{os} 31 s..

¹⁶¹⁸ *Recomm.* n^o 96-01, 3^o, *BOCCRF*, 24/01/1996. Nous soulignons.

¹⁶¹⁹ *Recomm.* n^o 97-01, B-12, *BOCCRF* 11/6/1997. Nous soulignons.

¹⁶²⁰ *Recomm.* n^o 81-01, *BOSP* du 16/01/1981.

comme lorsqu'elle dénonce la stipulation qui « prévoi[t] le paiement par le consommateur d'une rémunération supplémentaire pour une prestation due au titre de la garantie légale »¹⁶²¹, car, comme le relève Monsieur Stoffel-Munck, « ce serait payer ce qui est de toute façon dû »¹⁶²² ou celle prévoyant au profit d'un syndic une indemnité forfaitaire de fin de contrat « ne correspondant pas à une prestation effective »¹⁶²³.

La doctrine de la Commission des clauses abusives relative aux clauses fixant une durée minimale du contrat est une autre illustration parlante de l'exigence de contrepartie. Ces stipulations consentent un avantage au professionnel, puisqu'elles lui permettent de se lier avec sa clientèle pour un temps donné. La commission exclut, toutefois, leur caractère abusif, dès lors qu'elles offrent, en contrepartie, au non-professionnel ou consommateur, la faculté de se libérer du contrat, de manière anticipée, s'il est en mesure d'invoquer un motif légitime. L'avantage dont profite le professionnel tenant à la durée du contrat est ainsi neutralisé par la faculté de résiliation du non-professionnel ou consommateur¹⁶²⁴. Cette solution a notamment été consacrée dans la recommandation sur les clauses relatives à la durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs, qui préconise d'éliminer des contrats de consommation les clauses ayant pour objet ou pour effet :

« D'imposer une durée initiale minimum du contrat sans en autoriser, eu égard à son économie, la résiliation anticipée par le consommateur pour motifs légitimes »¹⁶²⁵.

420. En jurisprudence. De même, la caractérisation de l'existence ou de l'absence d'une contrepartie influe sur la qualification de déséquilibre significatif dans la jurisprudence des juges du fond comme dans celle de la Cour de cassation.

Par exemple, la cour d'appel de Paris a jugé valable la clause d'un contrat de télésurveillance, assorti d'une location de matériel, qui imposait au consommateur une durée irrévocable de quarante-huit mois sans faculté de résiliation avant terme, en considération du mode de financement du matériel et de la difficulté de le céder à un tiers en cas de résiliation anticipée¹⁶²⁶.

¹⁶²¹ *Recomm.* n° 79-01, 1°, *BOSP*, 13/06/1979.

¹⁶²² Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 435.

¹⁶²³ *Recomm.* n° 96-01, 6°, *BOCCRF*, 24/01/1996.

¹⁶²⁴ Dans le même sens, v. N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., n° 32.

¹⁶²⁵ *Recomm.* n° 2001-02, 1, *BOCCRF* 23/05/2001. Dans le même sens, v. *Recomm.* n° 97-01, B-3, *BOCCRF* 11/06/1997 ; *Recomm.* n° 98-01, 2°, *BOCCRF* 31/12/1998 ; *Recomm.* n° 99-02, 7, *BOCCRF* 27/07/1999 ; *Recomm.* n° 2000-01, I-1, *BOCCRF* 22/06/2000 ; *Avis* n° 07-02 relatif à un contrat de téléphonie mobile.

¹⁶²⁶ CA Paris, 30 mai 2007, *RJDA* 11/07, n° 1158, p. 1146.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

Plusieurs décisions de la Cour de cassation mettent aussi en œuvre l'idée de contrepartie. Sa première occurrence apparaît dans l'arrêt *Carte Pastel* du 13 novembre 1996¹⁶²⁷. En l'espèce, elle a considéré que la stipulation exigeant de l'abonné le maniement d'un code confidentiel ne présentait pas de caractère abusif au motif qu'elle « apparaît comme la contrepartie, nécessaire pour la sauvegarde des intérêts des abonnés, de la commodité d'utilisation du réseau téléphonique aménagée par le service proposé »¹⁶²⁸.

La même logique a présidé à la solution rendue dans un arrêt, en date du 1^{er} février 2005, relatif à un contrat de dépôt-vente. La clause litigieuse autorisait le dépositaire à s'approprier les objets déposés, à l'expiration d'un certain délai, à titre d'indemnisation pour frais de garde, d'assurance et de dossier. Son caractère abusif est écarté parce qu'une contrepartie est aménagée en faveur du « déposant qui a la possibilité de retirer les objets deux mois après le dépôt sans verser aucune indemnité au dépositaire »¹⁶²⁹.

La Cour de cassation a aussi jugé non abusives, sur le fondement de l'existence d'une contrepartie, la clause des contrats de vente de véhicules automobiles relative à leur reprise. Elle prévoyait qu'en cas de reprise et de revente de l'ancien véhicule, le vendeur n'était tenu que de restituer le prix de reprise, résultant de l'estimation contradictoire, (et non le prix de revente), en cas d'annulation de la commande par l'acquéreur. La Haute Juridiction estime, à trois reprises et selon une motivation identique¹⁶³⁰, que « le profit que le professionnel peut retirer de la revente ne constitue pas un avantage excessif dès lors qu'il est la contrepartie des frais et risques auxquels il s'expose lors de l'opération »¹⁶³¹.

Les arrêts du 14 novembre 2006 fournissent d'autres exemples en ce sens. Ainsi, la stipulation qui prévoit le transfert de propriété des pièces défectueuses échangées est « une contrepartie raisonnable de la garantie fournie »¹⁶³². De même, la clause qui autorise le concessionnaire à disposer du véhicule au profit d'un client autre que le bénéficiaire de la commande, lorsque ce dernier n'en prend pas livraison dans les quinze jours, n'est pas

¹⁶²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 399 ; *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 32, note G. RAYMOND ; *D.* 1997, somm. p. 174, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1997, I, 4015, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; *LPA* 22 déc. 1997, note J. HUET ; *RTD civ.* 1997, p. 791, obs. R. LIBCHABER.

¹⁶²⁸ Nous soulignons.

¹⁶²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, *Bull. civ.* I, n° 61, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 95, G. RAYMOND ; *D.* 2005, pan. p. 2841, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D. aff.* 2005, AJ p. 487, obs. C. RONDEY ; *JCP G* 2005, I, 141, n° 15, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2005, p. 727, obs. D. FENOUILLET.

¹⁶³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, n° 04-10.779, consultable sur le site Internet de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/ccass050705.htm> ; Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.890 et n° 04-15.646, préc..

¹⁶³¹ Nous soulignons.

¹⁶³² Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578, n° 04-15.646, n° 04-15.645, n° 04-15.890, préc.. Nous soulignons.

abusive car elle « évite au client, qui n'a pas retiré son véhicule, d'avoir à payer des frais de garage, sans perdre le bénéfice de la commande »¹⁶³³.

En revanche, l'absence de contrepartie emporte le caractère abusif de la clause, comme le montre l'arrêt en date du 8 décembre 2009¹⁶³⁴. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat d'amodiation portant sur un poste d'amarrage et de mouillage, conclu entre un particulier et la société concessionnaire de l'exploitation du port de plaisance. Une clause fixait la durée de l'amodiation à celle de la concession. La Cour de cassation la considère abusive, notamment parce qu'elle « a pour objet ou pour effet de maintenir l'amodiataire dans les liens contractuels pendant la durée de la concession [...], sans lui réserver la faculté de résilier la convention pour un motif légitime »¹⁶³⁵.

2. L'explicitation du critère de l'absence de contrepartie

421. Deux enseignements. De ces exemples pratiques, il est possible de tirer des enseignements quant aux hypothèses et conditions dans lesquelles le critère tenant à l'absence d'une contrepartie est appelé à jouer.

422. Hypothèses dans lesquelles le critère est appelé à jouer. Une clause qui accorde une prérogative au seul professionnel est, en principe, abusive. Pour lui ôter ce caractère, le contrat de consommation doit organiser une stricte réciprocité entre les droits et obligations des parties¹⁶³⁶. Cependant, comme le montrent les exemples précités, lorsque la prérogative unilatéralement stipulée n'est pas un droit au sens strict du terme, mais plutôt un avantage ou une faveur, il arrive alors que la symétrie soit impossible à mettre en place ou qu'elle n'ait pas de sens, notamment parce qu'elle ne présente aucun intérêt pour le non-professionnel ou consommateur. Dans ces cas-là seulement, il est permis de recourir à l'idée de contrepartie. La qualification de clause abusive sera ainsi écartée à chaque fois que la stipulation unilatérale d'une prérogative au profit du professionnel est, par ailleurs, pondérée par une clause qui aménage une contrepartie, de nature différente, en faveur de son cocontractant. Une telle approche est rendue possible par l'appréciation globale prévue à l'article L. 132-1, alinéa

¹⁶³³ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578.

¹⁶³⁴ Cass. 1^{ère} civ. 8 décembre 2009, *Contrats conc. consom.* 2010, n° 108, note G. RAYMOND ; *JCP* 2010, n° 516, chron. n° 12, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

¹⁶³⁵ Nous soulignons.

¹⁶³⁶ V. *supra* n° 400 s..

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

5, du Code de la consommation, qui dispose que le caractère abusif d'une stipulation s'apprécie en se référant, notamment, « à toutes les autres clauses du contrat »¹⁶³⁷.

423. Conditions dans lesquelles le critère est appelé à jouer. L'existence d'une contrepartie met fin au déséquilibre significatif créé par la clause instaurant une prérogative unilatérale en faveur du professionnel, uniquement si certaines conditions sont respectées. En d'autres termes, pour être efficace, la contrepartie doit présenter certaines garanties. Elle doit ainsi accorder au non-professionnel ou consommateur un droit ou un avantage effectif, et non illusoire, et proportionné à celui consenti au professionnel.

Il faut surtout qu'il existe un lien de corrélation entre les deux. Ainsi n'importe quelle clause favorable au non-professionnel ou consommateur ne peut pas être invoquée en guise de contrepartie à une prérogative unilatérale du professionnel. Certains regrettent cette approche, qu'ils jugent « peu praticable, car les corrélations que le juge établit entre telle charge et tel avantage sont sujettes à arbitraire »¹⁶³⁸. Néanmoins, l'argument de la peur des juges ne convainc pas¹⁶³⁹ et les exemples cités prouvent qu'ils s'appliquent à trouver une contrepartie en rapport avec la prérogative unilatérale. Il n'empêche qu'il serait, sans doute, préférable que soit explicitement prévue, au sein de la même clause, et la prérogative à la seule faveur du professionnel, et sa contrepartie. C'est souvent le cas en pratique.

424. Conclusion sur les clauses non réciproques. Toute clause non réciproque est abusive, soit parce que le droit qu'elle accorde au professionnel n'est pas identiquement conféré au non-professionnel ou consommateur, soit parce que l'avantage consenti au premier n'est pas compensé par une contrepartie de nature différente au profit des seconds. Néanmoins, par exception, une stipulation non symétrique peut être valable si elle peut s'expliquer par un motif légitime.

§ 2. Exception : validité des clauses non réciproques justifiées par un motif légitime

425. Sens et limite de l'exception. En pratique, l'absence ou l'existence de motif légitime influent sur le caractère abusif ou non de la clause accordant une prérogative au seul

¹⁶³⁷ Sur l'appréciation globale, v. *supra* n° 385.

¹⁶³⁸ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n°s 435 s..

¹⁶³⁹ Sur ce point, v. *supra* n° 354.

professionnel¹⁶⁴⁰. L'idée se retrouve dans les travaux de la Commission des clauses abusives et en jurisprudence. Néanmoins, il n'est pas possible par hypothèse, de valider les stipulations que nous estimons noires, à savoir celles qui instaurent un défaut de réciprocité dans l'existence même d'un droit¹⁶⁴¹. Seules peuvent l'être celles affectant les conditions d'exercice d'un droit ou avantageant le professionnel sans accorder de contrepartie au non-professionnel ou consommateur.

426. Commission des clauses abusives. La Commission des clauses abusives a dénoncé la stipulation unilatérale de prérogatives en faveur du professionnel, parce qu'elle ne pouvait pas se justifier par un motif légitime. Il en est ainsi, par exemple, des clauses ayant pour objet ou pour effet « d'exiger du locataire, sans motif légitime, le ramonage des cheminées plusieurs fois par an »¹⁶⁴² dans les baux de locaux à usage d'habitation ou « de prévoir une facturation de frais administratifs de restitution du dossier à l'élève sans en justifier la nécessité et le montant »¹⁶⁴³ dans les contrats proposés par les auto-écoles.

De même, dans son avis n° 02-02 relatif à un contrat de fourniture de gaz de pétrole liquéfié (GPL) en vrac et de mise à disposition du réservoir¹⁶⁴⁴, elle estime que sont abusives « les dispositions liant la fourniture de gaz de pétrole liquéfié à la mise à disposition d'un réservoir, sauf à ce que soit établi un motif légitime résultant d'un impératif de sécurité »¹⁶⁴⁵.

427. Jurisprudence. À plusieurs reprises, la Cour de cassation a écarté la qualification de clause abusive lorsque la prérogative réservée au professionnel paraissait justifiée.

S'agissant de la stipulation d'une police d'assurance habitation « obligeant l'assuré, lorsque le vol n'a pas eu lieu par effraction, à faire la preuve de ce qu'il a été commis par escalade, usage de fausses clés ou introduction clandestine », la Haute juridiction a jugé qu'elle n'était pas abusive au motif « que l'appréciation par l'assureur du risque de vol serait complètement faussée si l'assuré, n'étant plus tenu de rapporter la preuve des conditions dans

¹⁶⁴⁰ Dans le même sens, v X. Lagarde, art. préc., n° 11 : « L'avantage dont bénéficie le professionnel ne sera pas tenu pour abusif s'il apparaît répondre à une justification légitime » ; N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., spéc. n° 34 : « Lorsque l'avantage accordé au professionnel est justifié ou légitime, le déséquilibre significatif n'est pas caractérisé » ; N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises" – A propos du décret du 18 mars 2009 », art. préc. ; G. Paisant, art. préc. ; D. Fenouillet, obs. *RDC* 2007/2, p. 337, selon laquelle on doit tenir compte du « caractère justifié ou injustifié de la règle instituée » pour apprécier le déséquilibre significatif.

¹⁶⁴¹ V. *supra* n° 415.

¹⁶⁴² *Recomm.* n° 00-01, III-22, *BOCCRF* 22/06/2000. Nous soulignons.

¹⁶⁴³ *Recomm.* n° 05-03, 6°, *BOCCRF* 16/12/2005. Nous soulignons.

¹⁶⁴⁴ Consultable sur le site Internet de la CCA, <http://www.clauses-abusives.fr/recherche/index.htm>.

¹⁶⁴⁵ Nous soulignons.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

lesquelles le vol s'est réalisé, pouvait prétendre au bénéfice d'une assurance vol tous risques, tout en réglant une prime très inférieure due au titre d'un contrat multirisque habitation »¹⁶⁴⁶. En d'autres termes, la stipulation se justifie « au regard de l'économie générale de la convention »¹⁶⁴⁷.

De manière plus explicite encore, la Cour de cassation a exclu le caractère abusif de la clause d'un contrat de mandat de vente, conclu entre un particulier et une agence immobilière, qui interdit au mandant « pendant la durée du mandat et dans les 24 mois suivant son expiration de traiter directement ou indirectement avec un acquéreur ayant été présenté par le mandataire ou ayant visité les locaux avec lui (...) et pour le cas où les biens seraient toujours disponibles à la vente, le mandant s'oblige pendant une durée de 24 mois suivant l'expiration du mandat à informer immédiatement le mandataire de toute transaction conclue (...) », au motif que « les droits du propriétaire ne sont limités qu'à l'égard des personnes qui ont été présentées par le mandataire et qu'une telle restriction est justifiée par le risque de fraude très important »¹⁶⁴⁸.

De même, la Cour de cassation a validé la stipulation des contrats de vente de véhicule automobile obligeant l'acheteur à confier au vendeur l'immatriculation du véhicule parce qu'elle « permet l'inscription du gage » de ce dernier¹⁶⁴⁹.

428. Appréciation de l'exception. Le défaut de réciprocité, qu'il soit entendu au sens large ou au sens strict, permet de lutter contre des clauses qui instaurent une inégalité de traitement entre les parties au contrat de consommation. Cette inégalité est plus que suspecte et c'est pourquoi il faut la combattre. En revanche, l'existence d'un motif légitime fait perdre à l'inégalité son caractère douteux (sauf pour les clauses noires).

Néanmoins, pour que l'exception ne tourne pas au désavantage du non-professionnel ou consommateur, encore faut-il exiger que la stipulation précise clairement le motif légitime qui l'explique. Ainsi, il devrait peser sur le professionnel une obligation de motivation lorsqu'il se réserve une prérogative. Cela permettrait d'éclairer son cocontractant, de circonscrire son pouvoir et de faciliter la tâche du juge en cas de litige.

¹⁶⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1998, *Bull. civ.* n° 240, *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. 120, note G. RAYMOND ; *D. Aff.* 1998, p. 1389, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 1999, somm. p. 111, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1998, p. 1417, D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 96, obs. J. MESTRE.

¹⁶⁴⁷ X. Lagarde, art. préc., n° 11.

¹⁶⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 2 octobre 2007, *RJDA* 2008, n° 196. Nous soulignons.

¹⁶⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17578, n° 04-15646, n° 04-15.890.

L'idée de légitimité entre aussi en jeu à propos de la deuxième forme d'unilatéralisme, combattu par la réglementation des clauses abusives, qu'est l'arbitraire du professionnel.

SECTION II. LA STIPULATION DE PREROGATIVES UNILATERALES : L'ARBITRAIRE DU PROFESSIONNEL

429. Plan. L'unilatéralisme dans le contrat peut aussi frapper la prérogative accordée par la clause litigieuse. En d'autres termes, la stipulation offre au professionnel un droit ou avantage unilatéral, entendu dans le sens d'arbitraire. C'est un critère qui justifie régulièrement le caractère abusif de clauses en pratique (A), ce qui se comprend tout à fait (B).

A. La chasse aux clauses arbitraires en pratique

430. Plan. C'est une pratique généralisée que de stigmatiser comme abusives les clauses octroyant des pouvoirs unilatéraux discrétionnaires au professionnel (1). On mettra en lumière les exemples topiques (2).

1. Pratique généralisée

431. Un critère couramment utilisé. Les stipulations qui accordent au professionnel une prérogative unilatérale arbitraire sont reconnues comme abusives par toutes les sources d'appréciation du déséquilibre significatif, que ce soient dans les listes réglementaires, en jurisprudence, dans les travaux de la Commission des clauses abusives ou en doctrine.

432. Listes réglementaires de clauses abusives. Deux clauses noires et deux grises, désignées par le décret du 18 mars 2009, s'expliquent par la volonté d'éradiquer des pouvoirs unilatéraux discrétionnaires conférés au professionnel. Sont ainsi visées les stipulations qui ont pour objet ou pour effet de :

Art. R. 132-1 c. consom. :

« 3° 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 ;

9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ».

Article R. 132-2 c. consom. :

« 4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

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. 132-1 ».

Une fois encore, une même cause ne produit pas les mêmes effets. L'existence de pouvoirs arbitraires en faveur du professionnel donne lieu tantôt à des clauses noires, tantôt à des grises. Il faudra s'interroger sur la cohérence du système retenu¹⁶⁵⁰.

433. Jurisprudence. Les juges du fond¹⁶⁵¹ aussi bien que la Cour de cassation¹⁶⁵² dénoncent comme abusives les stipulations accordant une prérogative arbitraire au professionnel. Dans un arrêt en date du 6 janvier 1994¹⁶⁵³, cette dernière estime, par exemple, qu'est abusive la clause d'un contrat de location de véhicule automobile qui permet au bailleur d'influer sur le montant de la clause pénale, en laissant à sa discrétion la revente du véhicule loué, alors que son produit devait s'imputer sur l'indemnité de résiliation. Elle insiste sur le caractère unilatéral du processus de vente¹⁶⁵⁴ en relevant que la stipulation prive le preneur « de toute possibilité de rechercher lui-même un acquéreur ou d'exercer un contrôle sur les conditions de la revente ». Dans un autre arrêt¹⁶⁵⁵, elle condamne la clause d'un mandat de vente autorisant le mandataire à engager des frais administratifs restant à la charge du mandant, notamment parce qu'elle repose sur « la notion très variable de "nécessité ou d'utilité" », ce qui révèle son caractère potentiellement discrétionnaire.

434. Commission des clauses abusives. De même, la Commission des clauses abusives a sanctionné les stipulations instaurant des pouvoirs unilatéraux arbitraires en faveur du professionnel. Elle a ainsi condamné, de manière générale, dans son « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives »¹⁶⁵⁶ les clauses qui tendent à :

« Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat, notamment celles relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre »¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁰ V. *infra* n° 463.

¹⁶⁵¹ V. les décisions citées à propos des clauses topiques *infra* n°s 439, 441 et 445.

¹⁶⁵² V. aussi les décisions citées à propos des clauses topiques *infra* n°s 439, 441 et 445.

¹⁶⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, n° 58, note G. RAYMOND ; *Deffrénois* 1994, 821, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1994, I, 3773, 313, obs. G. VINEY ; *JCP G* 1994, II, 22237, note G. PAISANT ; *LPA* 1994, n° 82, note E. BAZIN ; *RGAT* 1994, 439, obs. J. KULLMANN ; *RTD civ.* 1994, p. 601, obs. J. MESTRE.

¹⁶⁵⁴ Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 425.

¹⁶⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 2 octobre 2007, préc..

¹⁶⁵⁶ Préc..

¹⁶⁵⁷ Nous soulignons. Pour les autres recomb. en ce sens, v. *infra* n° 440.

Au fil des diverses recommandations qu'elle a adoptées, d'autres stipulations, plus spécifiques, mais qui confèrent tout autant au professionnel des droits discrétionnaires, ont été fustigées. Ainsi sont regardées comme abusives des clauses très variées comme celles :

- Permettant au professionnel de suspendre temporairement le contrat « pour une raison qu'il apprécie unilatéralement »¹⁶⁵⁸ ou « de manière discrétionnaire »¹⁶⁵⁹ ;
- Permettant au professionnel de facturer des frais supplémentaires « dont il est seul juge »¹⁶⁶⁰ ;
- Faisant dépendre le prix à payer « de la seule volonté du professionnel »¹⁶⁶¹ ou prévoyant sa « fixation unilatérale »¹⁶⁶² ;
- Laisant au seul professionnel la détermination des délais de raccordement dans les contrats d'abonnement au câble et à la télévision à péage¹⁶⁶³ ;
- Permettant au professionnel dans un contrat de dépôt-vente de disposer du bien « sans information préalable du déposant » et « sans distinction selon la durée du contrat et/ou la valeur de ce bien »¹⁶⁶⁴ ;
- Autorisant le bailleur à prélever sur le dépôt de garantie des indemnités qu'il a évaluées discrétionnairement dans leur principe ou leur montant¹⁶⁶⁵ ;
- Réservant au professionnel « le droit d'accepter ou de refuser, discrétionnairement, le motif légitime invoqué par le consommateur pour résilier le contrat durant la période initiale »¹⁶⁶⁶ ;
- Faisant dépendre l'envoi d'une nouvelle carte d'accès au cinéma, en cas de perte ou de vol, de « la seule volonté du professionnel »¹⁶⁶⁷ ;
- Réservant au professionnel le droit de demander à ce dernier de changer d'adresse électronique en ce que cette stipulation est propre à entraîner un bouleversement de la contreprestation prévue et octroie un droit qui peut « prendre une tournure purement discrétionnaire »¹⁶⁶⁸ ;
- Conférant un pouvoir d'appréciation discrétionnaire (« sans motivation écrite ni possibilité de contestation ») au professionnel quant à l'aptitude de l'élève à être présenté aux examens du permis de conduire¹⁶⁶⁹ ;
- Prévoyant des frais administratifs de restitution du dossier au consommateur sans justification aucune¹⁶⁷⁰ ;

¹⁶⁵⁸ *Recomm.* n° 80-01, 3°, *BOSP* 15/05/1980.

¹⁶⁵⁹ *Recomm.* n° 97-01, B-4, *BOCCRF* du 11/6/1997.

¹⁶⁶⁰ *Recomm.* n° 82-02, B-3°, *BOCC* 27/03/1982.

¹⁶⁶¹ *Recomm.* n° 90-01, B-3°, *BOCCRF* 28/08/1990.

¹⁶⁶² *Recomm.* n° 2011-01, 1, *BOCCRF* 26/04/2012.

¹⁶⁶³ *Recomm.* n° 98-01, 7°, *BOCCRF* 31/12/1998.

¹⁶⁶⁴ *Recomm.* n° 99-01, III-6, *BOCCRF* 31/03/1999.

¹⁶⁶⁵ *Recomm.* n° 2000-01, I-3, *BOCCRF* 22/06/2000.

¹⁶⁶⁶ *Recomm.* n° 2002-02, C-13, *BOCCRF* 30/05/2001.

¹⁶⁶⁷ *Recomm.* n° 2002-02, C-16, *BOCCRF* 30/05/2001.

¹⁶⁶⁸ *Recomm.* n° 2003-01, I-5°, *BOCCRF* 31/01/2003.

¹⁶⁶⁹ *Recomm.* n° 2005-03, 3°, *BOCCRF* 16/12/2005, D. FENOUILLET, « Recommandation n° 05-03 de la Commission des clauses abusives relative aux contrats de formation à titre onéreux à la conduite automobile (permis B) proposés par les établissements d'enseignement agréés (*BOCCRF* 16 déc. 2005) », *RDC* 2006/2, p. 373.

¹⁶⁷⁰ *Recomm.* n° 2005-03, 6°, *BOCCRF* 16/12/2005, D. Fenouillet, art. préc..

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

- Laissant au seul professionnel la capacité de déterminer l'opportunité et le prix d'une prestation supplémentaire¹⁶⁷¹ ;
- Laissant « à l'appréciation discrétionnaire du professionnel le délai d'annulation d'un cours de soutien scolaire »¹⁶⁷² ;
- Permettant au professionnel de faire dépendre son obligation de « vérifications non définies et laissées à son appréciation discrétionnaire »¹⁶⁷³ ;
- Permettant au bailleur d'« effectuer tous travaux dans les lieux loués, en toutes circonstances, sans limitation de durée et sans aucune indemnité »¹⁶⁷⁴.

Certains des avis de la Commission des clauses abusives ont été aussi motivés en raison du caractère arbitraire de la prérogative accordée au professionnel par la stipulation litigieuse¹⁶⁷⁵. Dans son avis n° 98-01¹⁶⁷⁶, elle a ainsi écarté, pour ce motif, la clause, figurant dans des conditions générales bancaires, selon laquelle est ouverte « à la banque la faculté de faire jouer la compensation entre toutes les créances qu'elle invoque et tous les comptes, y compris ceux à terme, de son client ». Elle a, en effet, estimé qu'elle est abusive car elle autorise « la banque à procéder discrétionnairement et sans en avertir le consommateur à des virements d'un compte créditeur sur un autre compte débiteur ».

435. Doctrine. Nombreux sont les auteurs qui retiennent les pouvoirs arbitraires du professionnel comme critère des clauses abusives. Ainsi Monsieur Jourdain estime que les conditions de l'équilibre contractuel passent nécessairement par la lutte contre toute clause qui conférerait au professionnel un pouvoir unilatéral¹⁶⁷⁷. Monsieur Stoffel-Munck voit dans « la maîtrise unilatérale du contrat » un indice du déséquilibre significatif¹⁶⁷⁸. Madame Sauphanor-Brouillaud constate que les « clauses conférant un pouvoir unilatéral au professionnel » sont systématiquement désignées comme abusives¹⁶⁷⁹. Monsieur Paisant, quant à lui, voit dans « le pouvoir discrétionnaire du professionnel », l'autre des deux

¹⁶⁷¹ *Recomm.* n° 2005-03, 7°, *BOCCRF* 16/12/2005, D. Fenouillet, art. préc..

¹⁶⁷² *Recomm.* n° 2010-01, B-8°, *BOCCRF* 25/05/2010.

¹⁶⁷³ *Recomm.* n° 2010-02, 13°, *BOCCRF* 25/06/2010. V. aussi 14° : « De laisser croire au consommateur que, postérieurement au décès du souscripteur, le versement du capital pourrait être remis en cause à défaut de la fourniture par ce premier de justificatifs relevant de la seule discrétion du professionnel ».

¹⁶⁷⁴ *Recomm.* n° 2013-01, 18, *BOCCRF* 13/09/2013.

¹⁶⁷⁵ Pour d'autres exemples, v. *infra* n°s 440 et 444 les avis cités à propos des clauses topiques.

¹⁶⁷⁶ *Avis* n° 98-01 relatif à une clause de compensation stipulée dans des conditions générales de banque, *BOCCRF* 14/05/1998.

¹⁶⁷⁷ P. Jourdain, art. préc., spéc. p. 24.

¹⁶⁷⁸ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n°s 424 s..

¹⁶⁷⁹ N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », art. préc., n° 26 s. V. aussi, N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises" – A propos du décret du 18 mars 2009 », art. préc. ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 649.

« grandes manifestations du déséquilibre significatif, donc de l'abus, dans la relation contractuelle »¹⁶⁸⁰ (la première étant l'absence de réciprocité).

436. Les professionnels. Le caractère arbitraire des stipulations est aussi un critère des clauses abusives pour les professionnels eux-mêmes ! En effet, le MEDEF préconise aux professionnels, lorsqu'ils rédigent leur contrat, d'« éviter d'employer les termes que l'on pourrait qualifier de "autoritaires" ou "discrétionnaires" qui tendent à démontrer que la clause génère un déséquilibre »¹⁶⁸¹.

La stipulation de prérogatives unilatérales en faveur du professionnel est ainsi, en pratique, un critère récurrent du déséquilibre significatif. Deux clauses permettent de mieux l'illustrer.

2. Exemples topiques

437. Deux clauses topiques. Deux stipulations sont fréquemment désignées comme abusives au motif qu'elles réservent des pouvoirs unilatéraux discrétionnaires au professionnel : celles relatives à la modification unilatérale du contrat (a) et à la résiliation unilatérale (b).

a. La clause relative à la modification unilatérale du contrat par le professionnel

438. Clauses concernées. Il est fréquent que le professionnel s'octroie le pouvoir unilatéral de modifier un ou plusieurs éléments du contrat, comme sa durée, le prix ou les modalités de paiement du prix, les caractéristiques du bien à livrer ou du service à fournir, le lieu de livraison du bien ou d'exécution de la prestation. Ces stipulations sont depuis longtemps considérées comme abusives.

439. Les anciennes listes de clauses abusives et leur mise en œuvre jurisprudentielle. Les clauses permettant au professionnel de modifier le contenu du contrat étaient proscrites à la fois par le décret du 24 mars 1978 et par l'ancienne annexe légale, qui ont été fréquemment appliqués par la jurisprudence.

¹⁶⁸⁰ G. Paisant, art. préc..

¹⁶⁸¹ MEDEF, guide préc., p. 23.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

Ainsi la stipulation prévoyant « de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre » était interdite par le décret du 24 mars 1978, codifié à l'ancien article R. 132-2, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation, à moins qu'elle ne fût justifiée par l'évolution technique (al. 2)¹⁶⁸². Plusieurs décisions ont été rendues sur le fondement de ce texte. Ainsi, dans un contrat de fourniture d'accès à Internet, sont jugées abusives les clauses autorisant le professionnel à modifier les conditions générales d'utilisation et à supprimer les boîtes électroniques du non-professionnel ou consommateur et leur contenu¹⁶⁸³. Dans l'un des arrêts en date du 14 novembre 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation déclare abusive la stipulation permettant au constructeur d'apporter au modèle commandé les modifications liées à l'évolution technique, dans des termes ne respectant pas les directives de l'alinéa 2 de l'article R. 132-2¹⁶⁸⁴. A *contrario* lorsque la stipulation est conforme à ce texte, elle ne peut être déclarée abusive¹⁶⁸⁵.

L'ancienne annexe à l'article L. 132-1 du Code de la consommation désignait aussi plusieurs stipulations offrant au professionnel le droit de modifier des éléments contractuels. Devaient ainsi être regardées comme abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet :

« j) D'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat ;

k) D'autoriser les professionnels à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir¹⁶⁸⁶ ;

l) De prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de biens ou au fournisseur de services le droit d'augmenter leurs prix sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat ».

En application du point l), la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé abusive la clause exonérant le vendeur automobile de la garantie de prix en cas de modifications imposées par les pouvoirs publics dans l'un des arrêts en date du 14 novembre 2006¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸² Dans le même sens, v. *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., selon lesquels est noire la « clause qui réserve au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques de la chose à livrer ou du service à rendre, sauf modifications liées à l'évolution technique ».

¹⁶⁸³ TGI Paris, 5 avril 2005, CCE 2005, n° 104, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Contrats conc. consom.* 2005, comm. 140, note G. RAYMOND.

¹⁶⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578, préc.. Sur la question de la justification de la clause par « l'évolution technique », v. *infra* n° 457.

¹⁶⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, préc..

¹⁶⁸⁶ Ce texte faisait doublon avec l'anc. art. R. 132-2 c. consom..

¹⁶⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578, préc..

440. Commission des clauses abusives. La Commission des clauses abusives a stigmatisé dans différentes recommandations les clauses autorisant une modification unilatérale du prix¹⁶⁸⁸, de la durée du contrat¹⁶⁸⁹, de son objet¹⁶⁹⁰, de son contenu¹⁶⁹¹, de ses conditions¹⁶⁹², de ses clauses¹⁶⁹³, du contenu (ou de l'étendue ou de la portée) des obligations¹⁶⁹⁴ (ou de l'engagement¹⁶⁹⁵) du professionnel, ou des caractéristiques du bien ou du service¹⁶⁹⁶.

Elle les a aussi condamnées de manière plus générale, à plusieurs reprises. D'abord dans sa recommandation de synthèse¹⁶⁹⁷, elle a dénoncé les clauses qui ont pour objet ou pour effet de « faire varier le prix en fonction d'éléments dépendant directement ou indirectement de la volonté arbitraire du professionnel contractant »¹⁶⁹⁸. Ensuite dans son « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives »¹⁶⁹⁹, elle incrimine celles ayant pour objet ou pour effet de « réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat, notamment celles relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre »¹⁷⁰⁰. La lutte contre ce type de stipulations se poursuit dans les avis

¹⁶⁸⁸ *Recomm.* n° 80-01, 5°, *BOSP* 15/05/1980 ; *Recomm.* n° 80-05, 3°, *BOSP* 26/11/1980 ; *Recomm.* n° 81-02, 5° et 7°, *BOSP* 16/01/1981 ; *Recomm.* n° 82-02, B-2°, *BOCC* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 82-03, C-1° et 2°, *BOCC* 22/12/1982 ; *Recomm.* n° 84-01, A-7, *BOCC* 20/11/1984 ; *Recomm.* n° 85-02, B-7° et 8°, *BOCC* 4/09/1985 ; *Recomm.* n° 85-03, B-11°, *BOCC* 4/11/1985 ; *Recomm.* n° 86-01, B-3, *BOCCRF* 11/03/1986 ; *Recomm.* n° 91-01, B-5°, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.* n° 91-04, II-1°, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.* n° 96-02, 26°, *BOCCRF* 3/09/1996 ; *Recomm.* n° 97-01, B-11, *BOCCRF* 11/6/1997 ; *Recomm.* n° 99-02, 31 et 32, *BOCCRF* 27/07/1999 ; *Recomm.* n° 2002-02, C-11 et 19, *BOCCRF* 30/05/2001 ; *Recomm.* n° 2003-01, II-11, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 2007-02, 3, *BOCCRF* 24/12/2007 ; *Recomm.* n° 2008-03, C-11, *BOCCRF* 14/11/2008 ; *Recomm.* n° 2010-02, 7°, *BOCCRF* 25/06/2010 ; *Recomm.* n° 2012-01, I-A-2°), *BOCCRF* 18/05/2012.

¹⁶⁸⁹ *Recomm.* n° 2001-02, 1, *BOCCRF* 23/05/2001 ; *Recomm.* n° 2008-02, 5°, *BOCCRF* 23/04/2008.

¹⁶⁹⁰ *Recomm.* n° 85-03, B-22°, *BOCC* 4/11/1985, *Recomm.* n° 88-01, 5, *BOCCRF* 30/06/1988.

¹⁶⁹¹ *Recomm.* n° 85-03, B-1°, *BOCC* 4/11/1985 ; *Recomm.* n° 91-01, B-3°, *BOCCRF* 6/09/1991.

¹⁶⁹² *Recomm.* n° 94-04, *BOCCRF* 27/10/1994, rectificatif du 9/12/1994 ; *Recomm.* n° 2004-01, 2), *BOCCRF* du 06/09/2004 ; *Recomm.* n° 07-01, 4°, *BOCCRF* 31/07/2007.

¹⁶⁹³ *Recomm.* n° 94-01, *BOCCRF* 27/09/1994 ; *Recomm.* n° 2010-02, 8°, *BOCCRF* 25/06/2010.

¹⁶⁹⁴ *Recomm.* n° 87-03, III-2°, *BOCCRF* 16/12/1987, *Recomm.* n° 91-01, B-3°, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.* n° 2010-02, 4°, *BOCCRF* 25/06/2010

¹⁶⁹⁵ *Recomm.* n° 08-01, 18, *BOCCRF* 23/04/2008 ; *Recomm.* n° 2010-02, 3°, *BOCCRF* 25/06/2010

¹⁶⁹⁶ *Recomm.* n° 84-02, B-3°, *BOCC* 5/12/1985 ; *Recomm.* n° 85-01, B-2°, *BOCC* 17/01/1985 ; *Recomm.* n° 94-03, 3, *BOCCRF* 27/09/1994 ; *Recomm.* n° 99-02, 22 et 25, *BOCCRF* 27/07/1999 ; *Recomm.* n° 2002-02, C-10, *BOCCRF* 30/05/2001 ; *Recomm.* n° 2003-01, II-10, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 2007-01, 5°, *BOCCRF* 31/07/2007 ; *Recomm.* n° 2007-02, 10, *BOCCRF* 24/12/2007 ; *Recomm.* n° 2008-02, 5°, *BOCCRF* 23/04/2008 ; *Recomm.* n° 2008-03, D-22, *BOCCRF* 14/11/2008 ; *Recomm.* n° 2010-02, 6°, *BOCCRF* 25/06/2010.

¹⁶⁹⁷ *Recomm.* n° 91-02, 2°, *BOCCRF* 06/09/1991.

¹⁶⁹⁸ Dans le même sens, v. *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., qui considéraient comme noire la « clause qui fait varier le prix en fonction d'éléments dépendant directement ou indirectement de la volonté du professionnel contractant ou de celui qui a rédigé, diffusé ou utilisé le modèle de contrat ».

¹⁶⁹⁹ Préc..

¹⁷⁰⁰ V. aussi *Recomm.* n° 87-01, 3, *BOCCRF* 20/03/1987 ; *Recomm.* n° 2010-01, I-A-2°) et I-B-9°, *BOCCRF* 25/05/2010 ; *Recomm.* n° 2013-01, 10, *BOCCRF* 13/09/2013.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

que la commission a rendus¹⁷⁰¹, à la demande d'un juge, en application de la procédure prévue à l'article R. 534-4 du Code de la consommation¹⁷⁰².

441. Jurisprudence. En jurisprudence aussi ce type de clauses est réputé non écrit, autant par les juges du fond que par la Cour de cassation. Ces décisions sont remarquables en ce qu'elles ne se fondent pas sur les interdictions textuelles qui existaient alors.

Ainsi le tribunal de grande instance de Nanterre a relevé le caractère abusif de la stipulation prévoyant, dans un contrat de téléphonie mobile, la modification unilatérale par le professionnel du numéro d'appel, « pour raisons techniques » insuffisamment explicites¹⁷⁰³. De même, est jugée abusive la clause par laquelle le fournisseur d'accès Internet se réserve le droit de modifier unilatéralement ses tarifs¹⁷⁰⁴. Dans un contrat « garantie obsèques », la clause selon laquelle le prestataire organisera les obsèques conformément au descriptif prévisionnel « sauf modification imposée par la loi, l'évolution des rites, usages ou techniques » est abusive, selon les juges parisiens, car « elle lui laisse la possibilité de modifier le contenu des prestations dans des cas insuffisamment précis comme les usages ou les techniques, laissant place à l'arbitraire »¹⁷⁰⁵.

Dans l'un des arrêts en date du 14 novembre 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé abusive la clause prévoyant que pour tout délai de livraison stipulé supérieur à trois mois, le prix serait celui en vigueur à la date de la livraison¹⁷⁰⁶. De même, dans un arrêt en date du 28 mai 2009, la Haute juridiction écarte la stipulation permettant à une banque de modifier unilatéralement, sans préavis, les conditions d'utilisation de la carte bancaire¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰¹ Pour une modification du prix, v. *Avis* n° 02-02 relatif à un contrat de fourniture de gaz de pétrole liquéfié (GPL) en vrac et de mise à disposition du réservoir ; *Avis* n° 12-01 relatif à un contrat de fourniture de gaz de pétrole liquéfié (GPL) en vrac et de mise à disposition du réservoir.

Pour une modification des caractéristiques du bien ou du service, v. *Avis* n° 05-05 relatif à des contrats d'abonnement à la télévision par câble et à l'Internet ; *Avis* n° 06-03 relatif à un contrat d'assurance-garantie automobile.

¹⁷⁰² Sur cette procédure, v. *supra* n° 364.

¹⁷⁰³ TGI Nanterre, 10 septembre 2003, *CCE* 2003, n° 107, note L. GRYNBAUM ; *Contrats conc. consom.* 2004, comm. 13, note G. RAYMOND.

¹⁷⁰⁴ TGI Paris, 5 avril 2005, préc..

¹⁷⁰⁵ TGI Paris, 9 octobre 2006, n° 03/17490, consultable sur le site Internet de la CCA, http://www.clauses-abusives.fr/juris/tgip061009_17490.pdf.

¹⁷⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, préc..

¹⁷⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009, *Bull. civ.* I, n° 110 ; *D.* 2009, AJ p. 1602 ; *JCP E* 2009, n° 44-45, p. 10, obs. N. MATHEY ; *RJDA* 2009, n° 783 ; *RD banc. fin.* 2009, n° 149, obs. F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *RDC* 2009, p. 1430, note D. FENOUILLET ; *RLDA* juin 2009, p. 36, obs. D. CAROLLE-BRISSON ; *RLDC* sept. 2009, 15, obs. V. MAUGERI.

442. Décret du 18 mars 2009. Aujourd'hui figurent dans les listes noire et grise, instaurées par le décret du 18 mars 2009, les clauses qui ont pour objet ou pour effet de :

Art. R. 132-1, 3° c. consom. : « 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 » ;

Art. R. 132-2, 6° c. consom. : « 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. 132-1 »¹⁷⁰⁸.

Ces deux articles instaurent donc une nouvelle différence de traitement selon l'objet de la modification unilatérale. Cette distinction s'explique, semble-t-il, par le fait que le pouvoir réglementaire a instauré une différence de valeur entre ces objets. Il a estimé que la modification portait parfois sur des points majeurs du contrat (prix, durée, caractéristiques), parfois sur des points de moindre importance. Néanmoins, cette distinction paraît pour le moins arbitraire¹⁷⁰⁹, car des éléments apparemment jugés mineurs, comme le lieu de livraison du bien ou d'exécution de la prestation ou encore les modalités de paiement du prix¹⁷¹⁰, peuvent, en réalité, s'avérer de la plus haute importance pour le non-professionnel ou consommateur et emporter un déséquilibre contractuel tout aussi grave. Il aurait été préférable qu'elles soient traitées de la même manière, soit toutes noires, soit toutes grises¹⁷¹¹.

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011¹⁷¹² opte pour la seconde solution en présumant abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet « de permettre au professionnel de modifier unilatéralement des clauses du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat »¹⁷¹³ et « de permettre au professionnel de modifier de modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du bien, du contenu numérique ou du service connexe à fournir ou d'autres modalités d'exécution »¹⁷¹⁴. Cependant, ces interdictions n'inversent pas véritablement la charge de la preuve, comme elles devraient le faire, étant donné que le consommateur devra prouver l'absence de raison valable. La proposition considère aussi comme grises les stipulations prévoyant que « le prix du bien, du contenu numérique ou du

¹⁷⁰⁸ Nous soulignons.

Ces interdictions 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 » et « 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 », art. R. 132-2-1, I c. consom..

¹⁷⁰⁹ Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc..

¹⁷¹⁰ Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc..

¹⁷¹¹ Sur le choix entre les deux, v. *infra* n° 463.

¹⁷¹² COM (2011) 635 final.

¹⁷¹³ Art. 85, point i).

¹⁷¹⁴ Art. 85, point j).

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

service connexe doit être déterminé au moment de la livraison ou de la fourniture », ou autorisant le professionnel « à augmenter le prix sans donner au consommateur le droit de se rétracter au cas où le prix augmenté serait trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat »¹⁷¹⁵.

b. La clause de résiliation unilatérale par le professionnel

443. Rappel. La clause de résiliation unilatérale stipulée au profit du professionnel est abusive, si le même droit n'est pas reconnu au non-professionnel ou consommateur¹⁷¹⁶. Allant plus loin, même bilatérale, elle peut être déclarée abusive dès lors qu'elle confère au professionnel un pouvoir arbitraire du fait des modalités de résiliation prévues.

444. Commission des clauses abusives. La Commission des clauses abusives s'est appliquée à pourchasser les clauses de résiliation unilatérale en faveur du professionnel dans ses recommandations¹⁷¹⁷ et ses avis¹⁷¹⁸, en insistant sur la raison pour laquelle elles lui paraissent discrétionnaires : l'absence de mise en demeure¹⁷¹⁹, un délai de préavis inexistant ou trop court¹⁷²⁰, la possibilité de résilier sans motif ou pour un motif non valable ou pour tout motif¹⁷²¹.

445. Jurisprudence. Les juges du fond comme la Cour de cassation retiennent le caractère abusif des clauses qui accordent au professionnel un droit de résiliation absolu.

Ainsi est jugée abusive, dans un contrat de crédit à la consommation (crédit renouvelable), la stipulation permettant la clôture du compte en cas de non-signalement par l'emprunteur de toute modification des renseignements le concernant, car elle permet au seul prêteur de

¹⁷¹⁵ Art. 85, point k).

¹⁷¹⁶ V. *supra* n° 412.

¹⁷¹⁷ *Recomm.* n° 80-01, 5°, *BOSP* 15/05/1980 ; *Recomm.* n° 86-02, *BOCCRF* 3/11/1986 ; *Recomm.* n° 87-02, 7°, *BOCCRF* 13/08/1987 ; *Recomm.* n° 87-03, III-3°, *BOCCRF* 16/12/1987 ; *Recomm.* n° 91-01, B-9°, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.* n° 91-04, II-6°, *BOCCRF* 6/09/1991.

¹⁷¹⁸ *Avis* n° 05-01 relatif à un contrat de compte permanent ; *Avis* n° 05-02 relatif à un contrat de prêt personnel, 1° et 2° ; *Avis* n° 05-03 relatif à un contrat de prêt personnel.

¹⁷¹⁹ *Recomm.* n° 81-02, 10°, *BOSP* 16/01/1981.

¹⁷²⁰ *Recomm.* n° 85-03, B-8 et 9°, *BOCC* 4/11/1985 ; *Recomm.* n° 2010-01, I-A-6°, *BOCCRF* 25/05/2010 ; *Recomm.* n° 2012-01, III-19°), *BOCCRF* 18/05/2012.

¹⁷²¹ *Recomm.* n° 80-04, II-12°, *BOSP* 17/10/1980 ; *Recomm.* n° 84-03, B-3°, *BOCC* 5/12/1984 ; *Recomm.* n° 85-03, B-6° et 7°, *BOCC* 4/11/1985 ; *Recomm.* n° 91-04, II-6°, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.* n° 94-02, II-1°, *BOCCRF* 27/09/1994 ; *Recomm.* n° 95-02, 7°, *BOCCRF* 28/08/1995 ; *Recomm.* n° 96-02, 40° et 41°, *BOCCRF* 3/09/1996 ; *Recomm.* n° 97-01, B-7, *BOCCRF* 11/6/1997 ; *Recomm.* n° 2003-01, II-18°, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 2005-03, 5°, *BOCCRF* 16/12/2005 ; *Recomm.* n° 2010-01, IV-25°, *BOCCRF* 25/05/2010.

résilier, unilatéralement et sans aucun préavis, le contrat de crédit, alors que les échéances du prêt sont régulièrement honorées¹⁷²².

De même, la Cour de cassation a estimé abusive la clause dite de défaut croisé, prévoyant que le prêteur peut résilier unilatéralement, sans formalité ni mise en demeure, le contrat de prêt immobilier pour une défaillance de l'emprunteur extérieur à ce contrat¹⁷²³.

446. Décret du 18 mars 2009. Deux clauses réglementaires, l'une noire, l'autre grise, encadrent la résiliation unilatérale par le professionnel, afin d'éviter qu'elle soit discrétionnaire :

Art. R. 132-1, 9° c. consom. : « Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat »¹⁷²⁴ ;

Art. R. 132-2, 4° c. consom. : « Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable »¹⁷²⁵.

La première interdiction se comprend d'autant plus que « dans l'hypothèse d'une résiliation discrétionnaire par le professionnel, il serait normal de prévoir le droit à indemnité du consommateur »¹⁷²⁶.

La seconde s'explique par le fait que l'absence de délai raisonnable confère un caractère violent à la décision de résiliation qui s'impose au non-professionnel ou consommateur¹⁷²⁷. En revanche, cette interdiction n'est pas très efficace car elle n'inverse pas la charge de la preuve, comme elle devrait le faire. En effet, il appartient au non-professionnel ou consommateur de rapporter la preuve du caractère non raisonnable du délai de préavis stipulé au profit du professionnel¹⁷²⁸. Il aurait été préférable de stigmatiser la clause qui autorise le professionnel à résilier le contrat sans préavis¹⁷²⁹. L'interdiction gagnerait en efficacité du

¹⁷²² CA Rennes, 11 avril 2003, consultable sur le site Internet de la Commission des clauses abusives, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/car030411.pdf>

¹⁷²³ Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *Bull. civ. I*, n° 275, B. FAGES, « La clause de défaut croisé emporte-t-elle un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ? », *RTD civ.* 2009, p. 116 ; *D.* 2009, AJ p. 16, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2009, pan. p. 393, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Dr. et patr.* mars 2009, p. 103, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRŮM ; *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 4, obs. Y. PICOD ; *JCP E* 2009, n° 24, p. 11, obs. R. ROUTIER ; *RD banc. fin.* 2009, n° 50, obs. J.-F. CRÉDOT et T. SAMIN ; *RDC* 2009, p. 564, obs. D. FENOUILLET ; *RLDC* févr. 2009, 11, obs. V. MAUGERI ; *RTD com.* 2009, p. 190, D. LEGEAIS.

¹⁷²⁴ Reprise de la deuxième partie du point f) de l'anc. annexe à l'art. L. 132-1 c. consom..

¹⁷²⁵ Inspirée du point g) de l'anc. annexe à l'art. L. 132-1 c. consom..

¹⁷²⁶ G. Paisant, art. préc..

¹⁷²⁷ Sauf en cas de motifs légitimes de la faire, v. *infra* n° 454 s..

¹⁷²⁸ Dans le même sens, v. « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », Annexe III, in *Rapport d'activité pour l'année 2008*, BOCCRF 05/03/2009 ; G. Paisant, art. préc..

¹⁷²⁹ Dans le même sens, v. « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », art. préc..

point de vue de la preuve, conformément au but visé par la liste grise. Le non-professionnel ou consommateur conserverait la possibilité de dénoncer les clauses de résiliation sans préavis d'une durée raisonnable sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Le même reproche peut être adressé à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011¹⁷³⁰ qui présume abusive la clause ayant pour objet ou pour effet « de permettre au professionnel de mettre fin sans préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave »¹⁷³¹.

B. Explication du critère de l'arbitraire du professionnel

447. Plan. La condamnation des clauses offrant au professionnel un pouvoir arbitraire doit être approuvée (1). Il faut néanmoins préciser les conditions dans lesquelles le critère a vocation à s'appliquer, c'est-à-dire déterminer dans quelles circonstances un pouvoir est réellement arbitraire (2).

1. Approbation du critère de l'arbitraire du professionnel

448. Caractère abusif des clauses potestatives. Ainsi que le révèlent les exemples étudiés, sont abusives les stipulations qui confèrent au professionnel une prérogative arbitraire. C'est ce qu'on appelle les clauses potestatives¹⁷³² ou droits potestatifs¹⁷³³ parce qu'ils dépendent de la volonté d'une seule personne. En droit commun, leur validité est acquise, à l'exception notable des conditions potestatives pour le débiteur¹⁷³⁴. Ces droits potestatifs existent dans le Code civil¹⁷³⁵ et ont prospéré en jurisprudence¹⁷³⁶. Cette forme

¹⁷³⁰ COM (2011) 635 final

¹⁷³¹ Art. 85, point g).

¹⁷³² P. Jourdain, art. préc., spéc. p. 23 s. : « En recommandant l'élimination de ces clauses potestatives, la commission cherche à garantir les conditions d'un équilibre contractuel qu'elles entravent ».

¹⁷³³ S. VALORY, *La potestativité dans les rapports contractuels*, préface J. MESTRE, PUAM, 1999, spéc. n° 31 s. ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2000, p. 746 s..

¹⁷³⁴ Art. 1174 c. civ. : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ». Sur le caractère illicite, et non abusif de ces clauses, v. *supra* n° 156.

¹⁷³⁵ V. les exemples cités par S. BROS, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger », *RDC* 2012/4 p. 1452 : la résiliation des contrats à durée indéterminée (laquelle est fondée sur l'interdiction des engagements perpétuels formulée notamment aux articles 1780, 1838, 1944 et 2003 c. civ.), les obligations alternatives (art. 1189 s. c. civ., spéc. art. 1190, prévoyant que le choix de l'objet de l'obligation appartient au débiteur, à moins qu'il n'ait expressément été accordé au créancier), l'exception d'inexécution (consacrée pour quelques contrats *in art.* 1602, 1651, 1704 c. civ. not., généralisée depuis) et le droit de rétention (art. 1948 c. civ. relatif au dépôt), la résolution unilatérale du contrat d'entreprise (art. 1794 c. civ.) ou du mandat (art. 2003 c. civ.).

¹⁷³⁶ Fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres (Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *GAJC*, Dalloz,

d'unilatéralisme est, en principe, assortie d'un contrôle *a posteriori* puisque « le juge est dans presque tous les cas appelé à statuer, le cas échéant à sanctionner, l'abus dans l'exercice d'une prérogative unilatérale »¹⁷³⁷.

Là est toute la différence entre le droit commun et le droit de la consommation. Ce dernier ne se contente pas d'un contrôle de l'abus dans l'usage d'une prérogative, mais a instauré, *via* la réglementation des clauses abusives, un contrôle de l'abus dans la stipulation contractuelle elle-même¹⁷³⁸. Or, manifestement, en stipulant des clauses potestatives, le professionnel outrepassa sa liberté contractuelle. Elles sont, en effet, sources de déséquilibre significatif puisque le non-professionnel ou consommateur est soumis à son bon vouloir, à sa volonté toute-puissante et se trouve contraint de subir passivement ses décisions¹⁷³⁹, tandis que son cocontractant est ainsi placé dans la position de tirer avantage de la convention¹⁷⁴⁰.

2. Conditions d'application du critère

449. Trois conditions cumulatives. Seules les prérogatives véritablement arbitraires sont sources de déséquilibre significatif, ce qui est le cas lorsqu'elles ne sont ni circonstanciées (a), ni justifiées (b), ni compensées par une contrepartie (c).

a. *Prérogative non circonstanciée*

450. Principe. L'absence ou l'existence de limites au pouvoir unilatéral du professionnel conditionnent le caractère abusif ou non de la clause qui le prévoit. En d'autres termes, la stipulation est abusive, dès lors que le pouvoir est absolu et illimité. En revanche, lorsque la clause décrit, de manière suffisamment précise et claire¹⁷⁴¹, les conditions dans lesquelles peut jouer la prérogative unilatérale, elle perd son caractère arbitraire, et donc son caractère abusif, puisque le non-professionnel ou consommateur est alors à même d'anticiper dans quelle

n° 151 ; *D.* 1996, p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *Defrénois* 1996, p. 747, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE), résiliation unilatérale du contrat pour inexécution (Solution initiée par Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, *D.* 1999, somm., p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 1999, p. 197, note C. JAMIN ; *JCP G* 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; *Defrénois* 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. MESTRE).

¹⁷³⁷ S. Bros, art. préc..

¹⁷³⁸ Sur ce point, v. *supra* n°s 146 s..

¹⁷³⁹ Dans le même sens, v. B. FAGES, « Des motifs de débat... », *RDC* 2004/2, p. 563 ; S. Bros, art. préc..

¹⁷⁴⁰ Dans le même sens, v. J. ROCHFELD, « Recommandations de la Commission des clauses abusives », *RDC* 2003/1, p. 22.

¹⁷⁴¹ *Contra* Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 429 : « Sans doute ne faut-il pas se montrer trop exigeant quant à l'objectivité et la précision de ces conditions. La souplesse étant nécessaire dans l'intérêt même de la bonne exécution du contrat, il devrait suffire que ces clauses indiquent ce qui justifie l'octroi d'un pouvoir unilatéral ».

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

mesure son cocontractant peut user de son pouvoir qui n'est plus discrétionnaire, mais régulé¹⁷⁴². Cette idée est répandue en pratique.

451. Commission des clauses abusives. On trouve ainsi des exemples en ce sens dans les recommandations de la Commission des clauses abusives. Elle reproche, en effet, à certaines stipulations, non d'attribuer un pouvoir unilatéral au professionnel, mais de ne pas avoir limité ce pouvoir. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'elle désigne comme abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet :

- « De réserver au fournisseur d'accès le droit de demander, à tout moment, à l'abonné de changer le nom ou le pseudonyme qu'il a choisi pour composer son adresse électronique, sans que ce droit soit limité aux hypothèses d'indisponibilité initiale, ou d'atteinte à l'ordre public ou aux droits d'autrui »¹⁷⁴³ ;
- « D'organiser la résiliation d'un contrat à durée indéterminée si l'abonné n'accepte pas une augmentation de tarif, sans prévoir que le tarif précédemment convenu continuera de s'appliquer jusqu'à la résiliation »¹⁷⁴⁴ ;
- « De permettre au fournisseur d'accès de communiquer à des tiers les données nominatives concernant ses abonnés, sans réserver à ceux-ci un droit d'opposition »¹⁷⁴⁵ ;
- « De permettre au professionnel de délivrer au consommateur pour effectuer des travaux ou emménagements un emplacement autre que celui qui était prévu au contrat, sans réserver cette possibilité aux travaux nécessités par l'urgence manifeste »¹⁷⁴⁶.

452. Jurisprudence. La jurisprudence aussi insiste sur ce point. Si le tribunal de grande instance de Brest a condamné le pouvoir d'exclusion que se réserve un club sportif à l'encontre d'adhérents turbulents¹⁷⁴⁷, c'est seulement parce qu'il est « général et discrétionnaire ». Le même genre de considérations se retrouve dans un jugement, déjà cité, du tribunal de grande instance de Paris, en date du 9 octobre 2006¹⁷⁴⁸. En l'espèce, la clause d'un contrat « garantie obsèques » stipulait que : « Le prestataire prendra toutes les dispositions pour organiser les obsèques conformément au descriptif prévisionnel sauf modification imposée par la loi, l'évolution des rites, usages ou techniques ». Les juges l'estiment abusive au motif « qu'elle laisse au professionnel la possibilité de modifier le

¹⁷⁴² Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 428.

¹⁷⁴³ *Recomm.* n° 03-01, I-5°, *BOCCRF* 31/01/2003. Nous soulignons.

¹⁷⁴⁴ *Recomm.* n° 03-01, II-12°, *BOCCRF* 31/01/2003. Nous soulignons.

¹⁷⁴⁵ *Recomm.* n° 03-01, II-13°, *BOCCRF* 31/01/2003. Nous soulignons.

¹⁷⁴⁶ *Recomm.* n° 05-01, 3-e, *BOCCRF* du 23/06/2005. Nous soulignons.

¹⁷⁴⁷ TGI Brest, 21 décembre 1994, *D.* 1995, somm. p. 310, obs. J.-P. PIZZIO ; *RTD civ.* 1995, p. 360, obs. J. MESTRE ; CA Colmar, 16 juin 1995, *RGAT* 1995, p. 624, note J. BIGOT : n'est pas abusive la clause permettant une révision unilatérale des primes selon l'évolution du risque (assurance chômage).

¹⁷⁴⁸ TGI Paris, 9 octobre 2006, préc..

contenu des prestations dans des cas insuffisamment précis comme les usages ou les techniques »¹⁷⁴⁹.

La Cour de cassation est aussi sensible au caractère circonstancié de la prérogative unilatérale accordée au professionnel. Ainsi dans un arrêt en date du 2 avril 2009¹⁷⁵⁰, la deuxième chambre civile a décidé que la clause d'un contrat d'assurance liée à un crédit, qui stipule que, pour bénéficier de la garantie invalidité totale et définitive, l'adhérent doit être dans l'impossibilité définitive de se livrer à toute occupation et/ou toute activité rémunérée ou lui donnant gain ou profit n'est pas abusive au motif que « l'application de la clause, dépendait non de la seule volonté de l'assureur, mais de circonstances objectives, susceptibles d'un contrôle judiciaire », ce qui lui ôtait tout caractère discrétionnaire.

En revanche, dans un arrêt du 28 mai 2009¹⁷⁵¹ relatif à une convention de compte bancaire, la Haute juridiction juge abusive la stipulation selon laquelle la banque « peut, à tout moment, retirer, faire retirer ou bloquer l'usage de la carte ou ne pas la renouveler » car elle « réserve au professionnel le droit de modifier unilatéralement, sans préavis, les conditions d'utilisation de la carte, et contrevient ainsi aux dispositions de l'[ancien] article R. 132-2 du code de la consommation », « sans être limitée à la situation d'une utilisation excédant les prévisions contractuelles des parties et susceptible d'emporter la garantie de la banque ».

453. Professionnels. Les professionnels ont, semble-t-il, tiré les conséquences de ces diverses condamnations puisque le MEDEF recommande d'« être précis dans la rédaction de la clause en listant les cas ou hypothèses dans lesquels [elle] s'applique »¹⁷⁵². Or, les deux exemples cités ont trait à un pouvoir discrétionnaire du professionnel :

« Il faut éviter la clause suivante qui est trop floue : "Un dépôt de garantie peut vous être demandé".

Il est préférable de lister les cas dans lesquels le dépôt de garantie est effectivement demandé : "Un dépôt de garantie vous sera demandé en cas de mise à disposition du matériel X..." »¹⁷⁵³ ;

« Il faut éviter la clause suivante : "Le professionnel **se réserve le droit** de suspendre le contrat **sans préavis** en cas d'inexécution par le consommateur de **l'une quelconque** de ses obligations".

Il est préférable d'écrire la clause suivante : "Le professionnel pourra suspendre (à la place de « se réserve le droit ») le contrat **après avoir alerté le**

¹⁷⁴⁹ N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », art. préc..

¹⁷⁵⁰ Cass. 2^{ème} civ., 2 avril 2009, n° 07-14.900, consultable sur le site Internet de la Commission des clauses abusives.

¹⁷⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009, préc..

¹⁷⁵² MEDEF, guide préc., p. 22.

¹⁷⁵³ MEDEF, guide préc., p. 22.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

client (à la place de « sans préavis ») en cas d'inexécution par ce dernier **de son obligation de paiement** (à la place de « l'une quelconque de ses obligations »)" »¹⁷⁵⁴.

b. Prérogative injustifiée

454. Principe. Le caractère injustifié ou justifié de la prérogative unilatérale conférée au professionnel influe sur le caractère abusif ou non de la clause qui l'organise. En effet, dès lors que la stipulation de cette prérogative s'explique par un motif légitime, elle perd ses caractères arbitraire et abusif. Cela ressort, encore une fois, de la pratique.

455. Commission des clauses abusives. La Commission des clauses abusives conditionne le caractère abusif de certaines stipulations, accordant au professionnel une prérogative unilatérale, à l'absence de motif légitime.

L'exemple le plus probant est sans doute celui de la clause de résiliation unilatérale par le professionnel. Elle est abusive dès lors qu'elle peut être invoquée, même sans motif légitime¹⁷⁵⁵.

D'autres exemples, plus particuliers, illustrent cette pratique. C'est ainsi le cas lorsque la Commission des clauses abusives dénonce les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

- « Accorder au professionnel le droit de refuser, sans motif légitime, de contracter avec un consommateur ou de soumettre la conclusion du contrat à l'appartenance du consommateur à une association ou à un groupement »¹⁷⁵⁶ ;
- « Réserver à la société concessionnaire [d'une autoroute] la faculté de retirer à tout moment la carte à l'abonné, lorsque cette faculté n'est soumise à aucun motif légitime et adapté »¹⁷⁵⁷ ;
- « Permettre au bailleur de s'approprier le dépôt de garantie sans en mentionner le montant et sans préciser de manière limitative les motifs permettant cette appropriation »¹⁷⁵⁸ ;

¹⁷⁵⁴ MEDEF, guide préc., p. 23.

¹⁷⁵⁵ *Recomm.* n° 80-04, II-12°, *BOSP* 17/10/1980 ; *Recomm.* n° 84-03, B-3°, *BOCC* 5/12/1984 ; *Recomm.* n° 85-03, B-6° et 7°, *BOCC* 4/11/1985 ; *Recomm.* n° 91-04, II-6°, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.* n° 94-02, II-1°, *BOCCRF* 27/09/1994 ; *Recomm.* n° 95-02, 7°, *BOCCRF* 28/08/1995 ; *Recomm.* n° 96-02, 40° et 41°, *BOCCRF* 3/09/1996 ; *Recomm.* n° 97-01, B-7, *BOCCRF* 11/6/1997 ; *Recomm.* n° 99-02, 12, *BOCCRF* 27/07/1999 ; *Recomm.* n° 2000-01, I-12 bis, *BOCCRF* 22/06/2000 ; *Recomm.* n° 2001-02, 3 et 4, *BOCCRF* 23/05/2001 ; *Recomm.* n° 2003-01, II-18°, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 2005-03, 5°, *BOCCRF* 16/12/2005 ; *Recomm.* n° 2010-01, IV-25°, *BOCCRF* 25/05/2010.

¹⁷⁵⁶ *Recomm.* n° 84-03, B-2°, *BOCC* 5/12/1984. Dans le même sens, v. *Recomm.* n° 85-03, B-2°, *BOCC* 4/11/1985 ; *Recomm.* n° 95-01, 3°, *BOCCRF* 18/05/1995

¹⁷⁵⁷ *Recomm.* n° 95-01, 3°, *BOCCRF* 18/05/1995. Nous soulignons.

¹⁷⁵⁸ *Recomm.* n° 96-02, 7°, *BOCCRF* 3/09/1996. Nous soulignons.

- « Permettre au professionnel de solliciter en cours de contrat "toutes pièces utiles" sans préciser dans le contrat les raisons d'une telle demande, et les hypothèses dans lesquelles elle peut être formulée »¹⁷⁵⁹ ;
- « Permettre au professionnel de changer le numéro d'appel, sans préavis, motif, ni indemnité spécifiés au contrat »¹⁷⁶⁰ ;
- « Obliger l'emprunteur à rembourser certains frais exposés de façon discrétionnaire par le prêteur sans en justifier la nécessité ou le montant »¹⁷⁶¹ ;
- « Accorder à l'établissement de crédit le droit de refuser la remise de chéquier, sans motiver sa décision »¹⁷⁶² ;
- « Réserver au professionnel le droit d'interrompre ou de restreindre l'accès au service [triple play], pourtant stipulé permanent ou illimité, alors même que cette interruption ne serait justifiée ni par les manquements contractuels du consommateur ni par des prescriptions légales impératives »¹⁷⁶³.

456. Jurisprudence. En jurisprudence aussi, l'existence d'un motif légitime permet de valider les clauses accordant une prérogative unilatérale au professionnel. Ainsi dans un arrêt en date du 25 novembre 2003¹⁷⁶⁴, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déclaré non abusive la clause par laquelle le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le montant de toutes charges afférentes à des services financiers, alors qu'elle avait « souverainement relevé l'existence d'une raison valable ayant pu autoriser la banque »¹⁷⁶⁵ à procéder à une telle modification (en l'espèce, les erreurs commises par le client). De même, dans un arrêt du 28 mai 2009¹⁷⁶⁶, la première chambre civile de la Cour de cassation écarte le caractère abusif de la clause d'une convention de compte bancaire relative à la demande de restitution des chèquiers par la banque, au motif qu'elle « prévoit la motivation de [cette] demande [...] justifiant les raisons et l'urgence de cette mesure et, partant, met le consommateur en mesure d'en contester le bien fondé », de telle sorte qu'elle « prévient suffisamment tout arbitraire ». Quelques jours plus tard¹⁷⁶⁷, la troisième chambre civile use du même argument. Elle valide deux stipulations relatives à un contrat de location d'emplacement de mobil home « car elles conféraient au bailleur un pouvoir légitime dans sa

¹⁷⁵⁹ *Recomm.* n° 99-02, 3, *BOCCRF* 27/07/1999. Nous soulignons.

¹⁷⁶⁰ *Recomm.* n° 99-02, 23, *BOCCRF* 27/07/1999. Nous soulignons.

¹⁷⁶¹ *Recomm.* n° 2004-03, 2, *BOCCRF* 30/09/2004. Nous soulignons.

¹⁷⁶² *Recomm.* n° 2005-02, 3, *BOCCRF* 20/09/2005. Nous soulignons.

¹⁷⁶³ *Recomm.* n° 07-01, 6°, *BOCCRF* 31/07/2007. Nous soulignons.

¹⁷⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, *RD banc. fin.* 2004, n° 190, obs. J.-F. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; *Banque et Droit mai-juin* 2005, 79, obs. J.-L. GUILLOT.

¹⁷⁶⁵ Nous soulignons.

¹⁷⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009, préc..

¹⁷⁶⁷ Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *Bull. civ.* III, n° 140 ; *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 258, note G. RAYMOND ; *D.* 2009, AJ p. 1685, obs. X. DELPECH ; *Deffrénois* 2009, p. 2340, note E. SAVAUX ; *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 5, obs. Y. PICOD ; *RDC* 2009/4, p. 1434, note D. FENOUILLET ; *RLDC* sept. 2009, p. 14, obs. V. MAUGERI.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

finalité et fondé sur des critères objectifs »¹⁷⁶⁸. Ainsi selon la Cour, « il était légitime pour le bailleur, propriétaire des lieux et responsable de l'ensemble des installations et de la sécurité des personnes à l'intérieur du camp, d'exiger que la mise en place des installations soit faite avec son agrément et sous sa surveillance et ce afin notamment d'assurer le respect des normes compatibles avec le maintien du classement de son camping et de contrôler la compatibilité du matériel avec les possibilités d'accès ainsi qu'avec les raccordements aux différents réseaux ». De même, la clause permettant au bailleur d'imposer au preneur un changement de mobil home n'est pas abusive car il repose sur « un critère objectif, à savoir la vétusté et l'aspect inesthétique résultant de la durée d'implantation évaluée à dix ans », durée paraissant « conforme aux réalités tant d'évolution des normes environnementales imposées par le code de l'urbanisme que d'obsolescence du matériel concerné » et qu'il est « de l'intérêt commun des parties du maintien du camp dans la catégorie choisie par les preneurs ». Enfin, dans un arrêt du 24 octobre 2012¹⁷⁶⁹, la troisième chambre civile reproche à une cour d'appel d'avoir déclaré abusive la clause d'un contrat de vente en l'état futur d'achèvement qui prévoit une majoration du délai de livraison en cas de survenance d'événements perturbateurs du chantier (en l'espèce, pour « intempéries au sens de la réglementation du travail sur les chantiers du bâtiment et grève ou dépôt de bilan d'une entreprise »), mais qui pour autant ne présentent pas nécessairement les caractères de la cause étrangère. La Cour de cassation n'explicite pas sa décision, mais on peut estimer qu'elle a jugé que les événements invoqués pour justifier la modification unilatérale du délai de livraison étaient légitimes¹⁷⁷⁰.

En revanche, en l'absence de motif légitime, les clauses donnent au professionnel un pouvoir arbitraire et sont abusives. Ainsi, dans un arrêt en date du 23 janvier 2013¹⁷⁷¹, la Cour de cassation dénonce deux clauses d'une convention de compte bancaire : celle qui stipule que « la carte est délivrée par la banque dont elle reste la propriété, à la demande et sous réserve d'acceptation de la demande, à ses clients titulaires d'un compte et/ou à leurs mandataires dûment habilités » au motif qu'« elle institue un pouvoir discrétionnaire au profit de la banque qui lui permet ainsi, sans motiver son refus, de ne pas délivrer de carte de paiement et de retrait » et celle qui prévoit que la banque peut « résilier l'autorisation de

¹⁷⁶⁸ D. Fenouillet, note préc..

¹⁷⁶⁹ Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012, *D.* 2013, pan. p. 949, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDI* 2013, p. 93, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP E* 2012, n° 1723, note N. DUPONT ; *RJDA* 2013, n°71 ; *Gaz. Pal.* 2012, p. 3490, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *Defrénois* 2013, p. 525, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *Constr.-Urb.* 2012, n° 182, obs. Ch. SIZAIRE.

¹⁷⁷⁰ Dans le même sens, v. O. TOURNAFOND, obs. préc..

¹⁷⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2013, n° 10-21.177, inédit. Nous soulignons.

découvert à tout moment, sans avoir à justifier sa décision, par lettre recommandée avec accusé de réception » parce qu'« en permettant à la banque de mettre fin sans motif à une autorisation de découvert, elle octroie au professionnel un pouvoir discrétionnaire lui conférant un avantage non justifié, au détriment du consommateur qui ne peut utilement en contester le bien-fondé ».

457. Décret du 18 mars 2009. Le décret du 18 mars 2009, comme avant lui l'ancienne annexe légale, tient compte, dans deux cas, de l'absence ou de l'existence de motif légitime pour qualifier ou non le déséquilibre significatif.

Il prévoit, d'abord, explicitement, que le pouvoir du professionnel de modifier unilatéralement les clauses relatives à la durée du contrat, aux caractéristiques ou aux autres droits et obligations des parties est admis, sous certaines conditions, lorsque ces modifications découlent de l'évolution technique :

Article R. 132-2-1, V c. consom. : « Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications au contrat liées à l'évolution technique, dès lors qu'il n'en résulte ni augmentation de prix, ni altération de la qualité et que les caractéristiques auxquelles le non-professionnel ou le consommateur a subordonné son engagement ont pu figurer au contrat »¹⁷⁷².

L'évolution technique apparaît ici comme un motif légitime de modification unilatérale du contrat, sauf celle relative au prix, puisque le texte précise qu'elle ne doit pas être la cause d'une augmentation de celui-ci. Pour que l'exception joue, elle doit être précisément reprise dans le contrat : le professionnel ne doit pas stipuler qu'il pourra apporter des modifications nées de l'évolution technique, sans mentionner la faculté corrélative du consommateur de préciser les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement¹⁷⁷³. Dans le cas où la modification affecterait ces caractéristiques fondamentales, on imagine qu'il disposerait du droit de résilier le contrat. L'exception tenant à l'évolution technique peut être approuvée, mais elle est partielle et n'est appelée à jouer que dans un nombre réduit de contrats, comme les contrats de vente de véhicules automobiles. Il aurait été préférable qu'une exception plus large soit prévue, autorisant les modifications unilatérales justifiées par un motif légitime,

¹⁷⁷² Nous soulignons. Dans le même sens, v. antérieurement anc. art. R. 132-2, al. 2 c. consom. et annexe j) et k). Pour un exemple d'application jurisprudentielle (de l'anc. art. R. 132-2, al. 2) : Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, préc..

¹⁷⁷³ En ce sens, v. *Recomm.* n° 85-02 concernant les contrats d'achat de véhicules automobiles de tourisme, B-3°), *BOCC* du 4/09/1985 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2006, pourvoi n° 04-15646, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, préc..

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

comme c'était le cas dans l'ancienne annexe¹⁷⁷⁴ ou tel que cela est envisagé dans la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011¹⁷⁷⁵.

De même, le décret du 18 mars 2009 prévoit un second cas dans lequel le professionnel peut se prévaloir d'un motif légitime afin de justifier un pouvoir unilatéral :

Art. R. 132-2-1, III c. consom. : « Le 8° de l'article R. 132-1 et le 4° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce sans préavis en cas de motif légitime, à condition que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement »¹⁷⁷⁶.

Cette exception est critiquable pour plusieurs raisons. D'abord, parce qu'on ne comprend pas pourquoi elle n'est applicable qu'aux contrats de services financiers à durée indéterminée. En effet, le droit de résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée est constitutionnellement garanti à chacune des parties¹⁷⁷⁷, en raison de la prohibition des engagements perpétuels. Dans ce cas, la résiliation ne doit, néanmoins, pas être abusive¹⁷⁷⁸, dans le sens où l'auteur de la rupture est tenu d'avertir son cocontractant quelque temps à l'avance, afin que celui-ci puisse faire face à la situation en recherchant un nouveau partenaire. L'article R. 132-2-1, III, du Code de la consommation crée donc une exception à cette règle. Cependant, il paraît possible d'admettre que, dans tous les contrats à durée indéterminée, la résiliation peut avoir lieu sans préavis, si le professionnel peut se prévaloir d'un motif légitime ou grave¹⁷⁷⁹. Ensuite, une exception similaire devrait être prévue pour les contrats à durée déterminée. En effet, le professionnel devrait aussi pouvoir résilier, unilatéralement et sans préavis, un tel contrat, dès lors qu'il a un motif légitime pour le

¹⁷⁷⁴ Points j) et k) qui regardent comme abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de permettre des modifications, respectivement des « termes du contrat » et des « caractéristiques du produit ou du service », « sans raison valable ».

¹⁷⁷⁵ COM (2011) 635 final. Les points i) et j) de son art. 85 présument abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de permettre des modifications, respectivement des « clauses du contrat » et des « caractéristiques du bien, du contenu numérique ou du service », « sans raison valable ».

¹⁷⁷⁶ Nous soulignons.

¹⁷⁷⁷ Cons. const., déc., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, pt 61, *JO* 16/11/1999, *RTD civ.* 2000, p. 109, obs. J. MESTRE.

¹⁷⁷⁸ Jurisprudence constante depuis Cass. com., 15 décembre 1969, *JCP* 1970, II, 16391, note J. HÉMARD.

En revanche, la résiliation n'a pas à être motivée (même arrêt).

¹⁷⁷⁹ En ce sens, v. anc. annexe point g) ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011 (COM (2011) 635 final), art. 85 point g) selon lequel est présumée abusive la clause qui a pour objet ou pour effet « de permettre au professionnel de mettre fin sans préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave » ; G. Paisant, art. préc..

faire¹⁷⁸⁰, notamment en cas de manquement du non-professionnel ou consommateur à son obligation essentielle.

Comme nous l'avons vu précédemment¹⁷⁸¹, pour que ces solutions ne se retournent pas contre le non-professionnel ou consommateur, il faut que le motif légitime soit expressément prévu au contrat.

c. Prérogative sans contrepartie

458. Principe. Il paraît logique de penser que le pouvoir unilatéral du professionnel perd son caractère arbitraire lorsque le non-professionnel ou consommateur dispose d'une contrepartie. L'idée peut être illustrée par l'exemple des clauses autorisant le professionnel à modifier unilatéralement le contenu du contrat. Dépourvues de contrepartie, elles sont, en principe, abusives¹⁷⁸². Assorties d'une faculté de résiliation en faveur du non-professionnel ou consommateur, elles sont valables¹⁷⁸³. En effet, dans ce cas, ce dernier ne se voit plus imposer l'évolution du contrat par le professionnel : soit il agrée aux conditions nouvelles, et il demeure dans le contrat, soit il les refuse et peut en sortir. La faculté de résiliation vient rétablir le déséquilibre créé par le pouvoir arbitraire. La pratique est unanime sur ce point.

459. Commission des clauses abusives. Elle dénonce souvent les clauses autorisant le professionnel à modifier unilatéralement un élément du contrat, qu'il s'agisse des caractéristiques du bien ou du service¹⁷⁸⁴, de son prix¹⁷⁸⁵ ou des conditions contractuelles¹⁷⁸⁶, sans accorder au non-professionnel ou consommateur une faculté réciproque de résiliation.

¹⁷⁸⁰ Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc.; *Recomm.* n° 2001-02, 3, *BOCCRF* 23/05/2001, qui recommande d'éliminer des contrats la clause qui a pour objet ou pour effet « de reconnaître, directement ou indirectement, au professionnel le droit de résilier unilatéralement le contrat à durée déterminée en l'absence de motif légitime ».

¹⁷⁸¹ V. *supra* n° 428.

¹⁷⁸² V. sur ce point, *supra* n° 438 s..

¹⁷⁸³ Dans le même sens, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc. n° 429 ; D. Fenouillet, obs. *RDC* 2007/2, p. 337 ; N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc. ; N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », art. préc., n° 27.

V. déjà en ce sens, Vers un nouveau droit de la consommation, rapport préc. ; Propositions pour un nouveau droit de la consommation, rapport préc. ; Propositions pour un code de la consommation, rapport préc., qui préconisaient de considérer comme grise la clause « permettant une augmentation de prix sans accorder au consommateur la faculté de renoncer au contrat si cette augmentation excède ce qu'un consommateur pouvait normalement prévoir ».

¹⁷⁸⁴ *Recomm.* n° 80-05, C-3°, *BOSP* 26/11/1980 ; *Recomm.* n° 87-03, III-2°, *BOCCRF* 16/12/1987 ; *Recomm.* n° 98-01, 1°, *BOCCRF* 31/12/1998.

¹⁷⁸⁵ *Recomm.* n° 97-02, 1°)-h, *BOCCRF* 12/12/1997 ; *Recomm.* n° 98-01, 3°, *BOCCRF* 31/12/1998.

¹⁷⁸⁶ *Recomm.* n° 97-02, 4°), *BOCCRF* 12/12/1997.

460. Jurisprudence. En jurisprudence, se retrouve aussi l'idée selon laquelle accorder une faculté de résiliation au non-professionnel ou consommateur permet d'écarter le caractère abusif de la clause instaurant un pouvoir de modification unilatérale du contrat en faveur du professionnel. Les juges du fond en usent comme la Cour de cassation.

Ainsi dans un jugement en date du 21 décembre 1994, déjà cité, le tribunal de grande instance de Brest déclare abusive la stipulation permettant la modification unilatérale des horaires d'ouverture d'un club sportif parce que n'est pas « corrélativement prévue la possibilité pour l'adhérent de résilier son abonnement en ce cas »¹⁷⁸⁷. De même, le tribunal de grande instance de Paris a conditionné le caractère abusif de la clause par laquelle le fournisseur d'accès Internet se réserve le droit de modifier unilatéralement ses tarifs, au fait qu'elle ne soit pas compensée par la faculté, pour l'abonné, de résilier le contrat¹⁷⁸⁸.

De son côté, la Cour de cassation a aussi eu recours à ce critère, dans les arrêts, en date du 14 novembre 2006, relatifs au contrat de vente de véhicules automobiles de tourisme. Ainsi, une clause prévoyait que pour tout délai de livraison supérieur à trois mois, le prix serait celui en vigueur à la date de la livraison. Elle conférait donc au professionnel le pouvoir unilatéral de majorer le prix entre la commande et la livraison, en fonction de l'évolution de son tarif. Elle est jugée abusive car elle « ne prévoit pas, la faculté pour le consommateur de refuser la modification et de résilier sa commande »¹⁷⁸⁹. De même, la stipulation qui écarte la garantie de prix en cas de modifications imposées par les pouvoirs publics est, tour à tour, reconnue abusive, lorsque la faculté réciproque de résiliation au profit de l'acheteur n'est pas prévue¹⁷⁹⁰ ou valable, lorsqu'un tel droit est organisé¹⁷⁹¹. Un arrêt du 8 janvier 2009¹⁷⁹² relatif à une convention de compte bancaire reprend la même solution. La clause autorisant la banque à modifier unilatéralement « les services entrant dans la gestion d'un compte de dépôts et les conditions de la convention » n'est pas abusive car elle « réservait la possibilité pour le client de contester la modification et de mettre fin à la convention ».

¹⁷⁸⁷ TGI Brest, 21 décembre 1994, préc..

¹⁷⁸⁸ TGI Paris, 5 avr. 2005, préc..

¹⁷⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, préc..

¹⁷⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578, préc..

¹⁷⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, préc.. V. déjà en ce sens, CA Paris, 3 mai 1996, *D.* 1996, somm. p. 326, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹⁷⁹² Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, G. PATETTA, « Les clauses abusives ont encore de beaux jours devant elles... A propos de l'arrêt du 8 janvier 2009 », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 59 ; *Banque et Droit mars-avr.* 2009, p. 30, obs. T. BONNEAU ; *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 85, obs. G. RAYMOND ; *JCP E* 2009, n° 22, p. 12, obs. N. MATHEY ; *JCP G* 2009, I, 138, n° 14, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RD banc. fin.* 2009, n° 44, obs. F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *RTD com.* 2009, p. 418, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2010, pan. p. 1046, obs. D. R. MARTIN ; *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 5, obs. Y. PICOD.

461. Décret du 18 mars 2009. Le décret du 18 mars 2009 prévoit aussi deux cas dans lesquels la faculté de résiliation, stipulée au profit du non-professionnel ou consommateur, écarte le caractère abusif des clauses offrant au professionnel le pouvoir de modifier unilatéralement le contrat.

Dans un premier temps, l'article R. 132-2-1, II, du Code de la consommation dispose que :

« Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le non-professionnel ou le consommateur ou dû à celui-ci, ou le montant de toutes charges afférentes à des services financiers¹⁷⁹³, sans aucun préavis en cas de motif légitime, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celles-ci soient libres de résilier immédiatement le contrat »¹⁷⁹⁴.

On peut s'interroger sur la nécessité d'un texte spécifique aux contrats de services financiers et aux clauses de variation des taux d'intérêt bancaires. En réalité, il vient mettre un terme à une controverse relative au pouvoir des professionnels du crédit de modifier leurs taux d'intérêt. Pendant longtemps, de telles stipulations étaient illicites pour indétermination du prix, que ce soit dans les prêts personnels¹⁷⁹⁵ ou dans les ouvertures de crédit en compte courant¹⁷⁹⁶. Cette solution a été remise en cause par les arrêts du 1^{er} décembre 1995 qui ont décidé que l'article 1129 du Code civil n'était plus applicable à la détermination du prix¹⁷⁹⁷. Ainsi, à la suite de ces arrêts, la jurisprudence a validé les clauses de variation du taux d'intérêt stipulées dans des ouvertures de crédit en compte courant¹⁷⁹⁸ ou dans des contrats de compte permanent (crédit renouvelable)¹⁷⁹⁹. Pourtant, la Commission des clauses abusives continuait de les considérer comme abusives au motif « qu'elles ne soumettent pas cette variation à des critères objectifs préalablement convenus »¹⁸⁰⁰, même si le consommateur avait la faculté de résilier le contrat. L'article R. 132-2-1, II met ainsi un terme à cette divergence en donnant raison à la Cour de cassation.

¹⁷⁹³ V. déjà en ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, préc..

¹⁷⁹⁴ Nous soulignons.

¹⁷⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1990, D. R. MARTIN, « Le taux de base », *D.* 1991, p. 125.

¹⁷⁹⁶ Cass. com., 9 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 228 ; RTD civ. 1993. 351, obs. J. MESTRE.

¹⁷⁹⁷ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, préc. v. not. J. STOUFFLET, « La fixation du taux des crédits bancaires après les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 », *RD bancaire et de la bourse* janvier-février 1996, n° 53.

¹⁷⁹⁸ Cass. com., 9 juillet 1996, *Bull. civ.* IV, n° 205 ; *JCP* 1996, II, 22721, note J. STOUFFLET ; *Deffrénois* 1996, p. 1363, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Contrats conc. consom.* 1996, comm. 182, note L. LEVENEUR.

¹⁷⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, *Bull. civ.* I, n° 323 ; *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 31, note G. RAYMOND ; *D. Aff.* 1999, p. 163, obs. C. RONDEY.

¹⁸⁰⁰ *Avis* n° 04-02 relatif à des contrats de compte permanent ; *Avis* n° 04-03 relatif à des contrats de compte permanent, X. LAGARDE, « Crédit à la consommation : licéité de la clause du taux de l'intérêt ? », *D. Aff.* 2004, chron. p. 2702.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

Dans un second temps, l'article R. 132-2-1, IV, du Code de la consommation dispose que :

« Le 3° de l'article R. 132-1 et le 6° de l'article R. 132-2 ne font pas obstacle à l'existence de clauses par lesquelles le contrat, lorsqu'il est conclu à durée indéterminée, stipule que le professionnel peut apporter unilatéralement des modifications liées au prix du bien à livrer ou du service à rendre à la condition que le consommateur en ait été averti dans un délai raisonnable pour être en mesure, le cas échéant, de résilier le contrat¹⁸⁰¹ »¹⁸⁰².

Ce texte n'est pas satisfaisant, car on ne comprend pas pourquoi l'exception n'est prévue que pour la modification unilatérale du prix. Toutes les modifications unilatérales d'un contrat à durée indéterminée¹⁸⁰³ devraient être permises, pour autant que le non-professionnel ou consommateur a la faculté de résilier le contrat, s'il n'y adhère pas. C'est, d'ailleurs la solution retenue par la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun et européen de la vente du 11 octobre 2011¹⁸⁰⁴ qui autorise les modifications unilatérales par le professionnel des clauses du contrat et du prix à la condition que son cocontractant puisse se délier du contrat¹⁸⁰⁵.

462. Conditions de validité de la faculté de résiliation. Une clause autorisant le professionnel à modifier unilatéralement le contrat n'est valable que si la faculté réciproque de résiliation consentie au non-professionnel ou consommateur est pleine, entière et non conditionnée. En d'autres termes, ce dernier doit être averti de sa faculté de résiliation : non seulement elle doit être prévue au contrat, mais aussi rappelée lorsque le professionnel lui soumet une modification du contrat. La Cour de cassation paraît très vigilante sur ce point, comme le prouve un arrêt en date du 28 mai 2009¹⁸⁰⁶. En l'espèce, une clause d'une convention de compte bancaire prévoyait que le professionnel pouvait apporter des « modifications substantielles » au contrat dont le client serait tenu informé par la voie « de lettre circulaire ou tout autre document d'information ». La Haute juridiction la considère abusive car l'avertissement par voie de circulaire ne permet pas au client de prendre la mesure de ces modifications et l'empêche ainsi d'user efficacement de sa faculté de résiliation.

¹⁸⁰¹ Nous soulignons.

¹⁸⁰² Comp. avec point l) de l'anc. annexe à l'art. L. 132-1 c. consom. selon lequel devaient être regardées comme abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet « de prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de biens ou au fournisseur de services le droit d'augmenter leurs prix sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat ».

¹⁸⁰³ En revanche, dans les contrats à durée déterminée, une telle solution est inadmissible, car elle permettrait au professionnel de revenir sur son engagement trop facilement.

¹⁸⁰⁴ COM (2011) 635 final.

¹⁸⁰⁵ Respectivement point i) et k) de l'art. 85.

¹⁸⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009, préc..

Elle doit, par ailleurs, pouvoir s'exercer librement et sans frais.

463. Conclusion sur les clauses arbitraires : caractère noir ou gris. Selon nous, les clauses accordant au professionnel une prérogative arbitraire devraient toutes figurer, par souci de cohérence, dans la même liste. Quant à choisir dans quelle liste, noire ou grise, elles doivent être inscrites, cela dépend de la formulation retenue par le décret. Soit la prohibition du pouvoir arbitraire est précise, dans le sens où elle vise un véritable pouvoir arbitraire, tel que précédemment défini – c'est-à-dire non circonstancié, non justifié et dépourvu de contrepartie –, et elle devrait figurer dans la liste noire ; soit la prohibition du pouvoir arbitraire est générale (comme c'est plutôt le cas dans le décret du 18 mars 2009), et elle doit figurer dans la liste grise, ce qui laisse au professionnel la possibilité de rapporter la preuve de son caractère circonstancié ou justifié ou de l'existence d'une contrepartie.

464. Conclusion du chapitre. L'unilatéralisme en faveur du professionnel s'est imposé, assez naturellement et ce dès l'origine, comme critère d'identification de la notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. *A posteriori*, cela se comprend parfaitement tant la clause unilatérale, qu'elle soit non réciproque ou arbitraire, est l'archétype de la clause abusive. L'unilatéralisme est ainsi l'emblème du rapport de force contractuel déséquilibré qui a justifié l'adoption d'une législation en matière de clauses abusives, en vue de protéger les non-professionnels ou consommateurs, présumés en position de faiblesse, des professionnels, présumés en position de force. Les clauses unilatérales sont la traduction, dans le contrat de consommation, de cette inégalité originelle entre les parties. Elles sont abusives car elles confèrent au professionnel la mainmise sur le contrat. Elles sont abusives parce qu'elles érigent en principe contractuel l'absence de partage des prérogatives. Elles sont abusives, enfin, parce qu'elles apparaissent à la fois iniques et illégitimes.

Il peut être dégagé de la mise en pratique du standard du déséquilibre significatif un autre critère qui repose sur un point de vue différent. Il ne s'agit plus, comme avec l'unilatéralisme, de tenir compte de la situation faite au professionnel dans le contrat, mais, en inversant le point de vue, de scruter le sort réservé au non-professionnel ou consommateur.

CHAPITRE II. LA NEGATION DES DROITS

465. Atteinte aux droits supplétifs ou contractuels du non-professionnel ou consommateur et déséquilibre contractuel. Il découle de l'étude de la pratique que les clauses portant atteinte aux droits du non-professionnel ou consommateur sont suspectes. En effet, il est certains droits, dont on peut légitimement s'attendre à ce qu'ils lui soient garantis : il s'agit de ses droits supplétifs et contractuels.

Les premiers sont ceux prévus par les règles supplétives susceptibles de s'appliquer au contrat de consommation (principalement les droits commun et spécial des contrats du Code civil, les dispositions du Code de la consommation, voire parfois du Code de commerce et même du Code des assurances). Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que les dispositions supplétives forment un modèle d'équilibre contractuel préservant les intérêts de chacune des parties¹⁸⁰⁷. Il est donc logique de penser que les stipulations qui dérogent au droit supplétif sont potentiellement source de déséquilibre contractuel. Il y a, en effet, de grandes chances que le contractant qui écarte ces règles cherche à déséquilibrer le contrat en sa faveur¹⁸⁰⁸.

Les seconds sont ceux qui sont accordés conventionnellement. Le professionnel n'était certes pas tenu de les consentir. Cependant, lorsque le contrat comporte un tel droit d'origine contractuelle d'une part, et des stipulations qui viennent le remettre en cause d'autre part, il est naturel de considérer, de la même manière que pour les droits supplétifs, que cette remise en cause crée un déséquilibre contractuel puisqu'elle prive, totalement ou partiellement, le non-professionnel ou consommateur d'un droit qu'il croit détenir par ailleurs.

466. Problématique. Constaté qu'une clause porte atteinte à un droit supplétif ou contractuel du non-professionnel ou consommateur suffit-il à caractériser son caractère abusif ? Une réponse négative s'impose car, s'il est vrai que l'atteinte crée un déséquilibre, il n'est pas assuré que celui-ci soit significatif. En effet, la notion de clause abusive ne peut être retenue que si le déséquilibre engendré par la stipulation est grave, conséquent. Il faut donc essayer de déterminer, de manière efficace, le seuil à partir duquel l'atteinte aux droits

¹⁸⁰⁷ V. *supra* n^{os} 302 s..

¹⁸⁰⁸ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc..

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

supplétifs ou contractuels est constitutive d'abus. À ce titre, c'est le critère de la négation des droits du non-professionnel ou consommateur qui doit s'imposer (Section I). Nous en étudierons les manifestations pratiques (Section II).

SECTION I. LE CRITERE DE LA NEGATION DES DROITS

467. Constat. L'idée que les clauses remettant en question des droits supplétifs ou contractuels du non-professionnel ou consommateur sont susceptibles d'être abusives est prégnante en pratique. Cependant, la détermination du seuil à partir duquel cette atteinte cause un déséquilibre significatif n'est pas toujours satisfaisante (§ 1). Il apparaît que ce dernier est effectivement caractérisé seulement lorsque les droits supplétifs ou contractuels sont niés, c'est-à-dire lorsque le non-professionnel ou le consommateur en est totalement privé (§ 2).

§ 1. Les critères à rejeter

468. Plan. En pratique, les stipulations portant atteinte aux droits supplétifs ou contractuels du non-professionnel ou consommateur sont souvent désignées comme abusives, sans que le seuil qui permet de justifier ce caractère soit toujours clairement identifié. Il semble qu'on se contente parfois d'une simple dérogation au droit supplétif, ce qui ne saurait être admis (A). La recherche d'un critère incite à examiner le droit allemand qui pose des règles en ce domaine. Celles-ci s'avèrent néanmoins peu satisfaisantes (B).

A. Un critère du droit positif : la dérogation au droit supplétif

469. Plan. L'atteinte aux droits supplétifs ou contractuels du non-professionnel ou consommateur est, certes, source de déséquilibre. De là à considérer qu'elle suffit à caractériser le déséquilibre significatif, il n'y a qu'un pas que certains n'ont pas hésité à franchir. Plus précisément, la dérogation au droit supplétif a souvent été présentée comme un critère des clauses abusives (1). Mais des obstacles sérieux s'élèvent contre cette idée (2).

1. Explicitation du critère de la dérogation au droit supplétif

470. Un critère utilisé en pratique. L'idée de considérer comme abusives les stipulations dérogeant aux règles supplétives a connu un certain succès pratique.

La Commission des clauses abusives y a été sensible. Par exemple, dans sa recommandation de synthèse, sont présumées abusives les stipulations ayant pour objet ou pour effet de « déroger aux règles légales régissant la preuve »¹⁸⁰⁹. La jurisprudence s'est aussi fondée expressément sur ce critère, et ce dès l'origine de la réglementation des clauses abusives. En effet, l'un des premiers arrêts rendus par la Cour de cassation en la matière, à savoir celui du 16 juillet 1987¹⁸¹⁰, écarte comme abusive la stipulation selon laquelle le délai de livraison est donné à titre indicatif, car elle confère « au professionnel vendeur un avantage excessif, notamment [...] en réduisant le droit à réparation prévu par l'article 1610 c. civ. au bénéfice de l'acquéreur non-professionnel ». Le critère de la dérogation au droit supplétif se retrouve enfin dans les listes réglementaires de clauses abusives. « Restreindre¹⁸¹¹, limiter¹⁸¹² ou entraver¹⁸¹³ », tous ces verbes « renvoient à une normalité idéale à laquelle il aurait été dérogé »¹⁸¹⁴, normalité constituée par les droits légaux du non-professionnel ou consommateur¹⁸¹⁵.

Certains auteurs se sont d'ailleurs félicités de cette démarche. Ainsi Madame Sinay-Cytermann approuve la Commission des clauses abusives lorsqu'elle cherche à rendre leur efficacité aux dispositions supplétives et à « revenir à une saine application du droit existant », car « le caractère facultatif de la disposition n'empêche pas de considérer la clause dérogatoire comme abusive, tout au contraire » et parce qu' « il ne faudrait pas croire que la volonté des parties est reine, dès lors que la disposition ne présente pas un caractère d'ordre public »¹⁸¹⁶. De même, Marie-Stéphanie Payet estime, dans sa thèse, que « toute clause

¹⁸⁰⁹ *Recomm. de synthèse* n° 91-02, 22, *BOCCRF*, 06/09/1991.

¹⁸¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1987, *D.* 1987, somm. p. 456, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1988, jur. p. 49, note J. CALAIS-AULOY ; *JCP G* 1988, II, 21001, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1988, p. 144, obs. J. MESTRE.

¹⁸¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, H. GROUDEL, « La responsabilité des laboratoires photographiques : un léger mieux », *Resp. civ. et assur.* 1989, n° 9 ; T. HASSLER, « La perte d'un film photographique : la jurisprudence remédie à l'inertie du pouvoir réglementaire », *LPA* 31 mai 1989, n° 65, p. 21 ; C. GIAUME, « Quelques réflexions en matière de clauses abusives. À propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1989 », *LPA* 30 mai 1990, n° 65, p. 25 ; *D.* 1989, p. 253, note Ph. MALAURIE ; *D.* 1989, som. comm. p. 304, obs. T. HASSLER ; *D.* 1989, som. comm. p. 337, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP G* 1989, II, 21357, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1989, p. 533, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1989, p. 574, obs. Ph. RÉMY ; *Gaz. Pal.* 1990, 1^{er} sem., p. 16, note L. PANHALEUX. Dans le même sens, v. TGI Paris, 16 avril 1991, *D.* 1991, jur. p. 460, note J. GHESTIN ; TI Metz, 4 janvier 1993, *D.* 1984, jur. p. 591, note J.-P. PIZZIO ; TGI Toulouse, 6 juillet 1993, *Gaz. Pal.* 20/22 novembre 1994, p. 19.

¹⁸¹¹ Art. R. 132-1, 2°, c. consom..

¹⁸¹² Art. R. 132-2, 9°, c. consom..

¹⁸¹³ Art. R. 132-2, 10°, c. consom..

¹⁸¹⁴ Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 454.

¹⁸¹⁵ Sur le lien entre normalité et droit supplétif, v. *supra* n° 304 s..

¹⁸¹⁶ A. SINAY-CYTERMANN, « La Commission des clauses abusives et le droit commun des obligations », *RTD civ.* 1985, p. 471.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

portant atteinte au contenu naturel du contrat doit être réputée non écrite sur le fondement de l'art. L. 132-1 du Code de la consommation »¹⁸¹⁷, notamment dans les contrats d'adhésion :

« Les règles supplétives de volonté pour les contrats négociés se transforment en règles impératives dans le contrat d'adhésion. Le contenu naturel du contrat de droit commun devient le contenu impératif du contrat d'adhésion »¹⁸¹⁸.

Il a même été souhaité que la dérogation au droit supplétif soit érigée en critère de la notion de clause abusive. Ainsi Monsieur Calais-Auloy suggérait de présumer simplement abusives les stipulations « qui dérogent aux règles légales supplétives »¹⁸¹⁹. Dans un avis rendu sur la proposition de directive du Conseil concernant les contrats conclus avec les consommateurs¹⁸²⁰, l'European Consumer Law Group a pareillement proposé de qualifier d'abusives « les clauses allant à l'encontre de dispositions légales supplétives ».

2. Critique du critère de la dérogation au droit supplétif

471. Deux critiques. Deux arguments justifient qu'une atteinte quelconque aux droits supplétifs ou contractuels ne suffise pas nécessairement à constituer le déséquilibre significatif. En effet, retenir un tel critère porterait un coup trop grand à la liberté contractuelle, d'une part, et nierait, d'autre part, l'exigence de gravité ressortant du standard du déséquilibre significatif.

472. Atteinte à la liberté contractuelle. Prétendre que toute dérogation aux droits supplétifs du non-professionnel ou consommateur est constitutive de clause abusive est inadmissible au regard de la liberté contractuelle. En effet, la mise en œuvre de ce critère conduirait inévitablement à ce que tout le droit supplétif devienne impératif, ce qui réduirait à néant la liberté contractuelle. Même cantonnée aux contrats de consommation entendus

¹⁸¹⁷ M.-S. Payet, th. préc., n° 144.

¹⁸¹⁸ M.-S. Payet, th. préc., n° 144.

¹⁸¹⁹ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc.. Il était précisé « notamment en matière de vente et de louage ».

¹⁸²⁰ Cité par J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Actes de la table ronde du 12 décembre 1990, ss dir. J. Ghestin, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1991, note 256 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss dir. J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 261, p. 1, n° 58, note 285.

strictement¹⁸²¹, la solution porterait atteinte à la liberté contractuelle, pilier du droit français des contrats, de manière excessive¹⁸²².

473. Négation de l'exigence de gravité du déséquilibre significatif. En second lieu, prôner qu'une dérogation, quelle qu'elle soit, aux droits supplétifs du non-professionnel ou consommateur est un critère des clauses abusives repose sur une analyse erronée de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. En effet, si cette atteinte est un indice de déséquilibre contractuel, il ne faudrait pas oublier que la notion de clause abusive repose, non pas sur l'idée d'un déséquilibre quelconque affectant le contrat de consommation, mais sur le standard du déséquilibre significatif, qui suppose, comme nous l'avons vu, une certaine gravité¹⁸²³. Ainsi, comme le relève Madame Pérès-Dourdou, « en exigeant un déséquilibre significatif, le législateur invite à déceler l'abus non pas dans toute stipulation contraire au droit supplétif correspondant, mais dans celle qui, franchissant un certain seuil, permet au professionnel de jouir d'un avantage incompatible avec les valeurs fondamentales exprimées par la règle »¹⁸²⁴. La formule semble clairement inspirée du droit allemand des conditions générales des contrats.

B. L'exemple du droit allemand : la distinction selon la nature du droit

474. Loi allemande du 9 décembre 1976 relative aux conditions générales des contrats. Un parallèle peut être fait, dans une certaine mesure¹⁸²⁵, entre la loi allemande du 9 décembre 1976 relative aux conditions générales des contrats¹⁸²⁶ et le droit français des clauses abusives. La comparaison est très éclairante sur le sujet qui nous intéresse ici.

¹⁸²¹ Sur ce point, v. *supra* n° 15 s..

¹⁸²² Dans le même sens, v. Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 258, 1996, n° 53 : « Il paraît cependant excessif de réputer une clause abusive au seul motif qu'elle écarte des dispositions supplétives » car « ceci conduit, en effet, à interdire aux parties de déroger à des dispositions pourtant facultatives et donc à mettre un terme à la liberté contractuelle » ; Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 458 : le critère de la dérogation au droit supplétif « pêche par excès car il tend à évincer totalement la liberté contractuelle », « jusque dans le cercle restreint des rapports de consommation, tout le droit supplétif ne peut devenir impératif par l'intermédiaire de la qualification de clause abusive ; [...]. Un excès ne ferait qu'en remplacer un autre ».

¹⁸²³ Sur ce point, v. *supra* n° 315.

¹⁸²⁴ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 554.

¹⁸²⁵ En effet, les domaines de la loi allemande sur les conditions générales et de la loi française sur les clauses abusives ne se recoupent que partiellement, étant donné que la loi allemande ne se limite pas, contrairement au droit français, aux seuls rapports de consommation.

¹⁸²⁶ Dont les dispositions de droit substantiel ont été intégrées dans le Code civil allemand (BGB) à la suite d'une réforme en date du 26 novembre 2001.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

Rappelons que l'ancien paragraphe 9 de la loi du 9 décembre 1976, devenu le paragraphe 307 du BGB, pose une règle générale qu'il assortit de présomptions¹⁸²⁷ :

« Les dispositions des conditions générales sont inefficaces si, à l'encontre des exigences de bonne foi, elles désavantagent de manière inappropriée le cocontractant du stipulant. [...]

Dans le doute, une disposition est considérée comme créant un désavantage inapproprié

1. si elle est incompatible avec les idées fondamentales de la réglementation légale dont elle s'écarte¹⁸²⁸ ;
2. si elle restreint les droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat, de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacée ».

C'est la première présomption qui nous intéresse ici, en ce qu'elle instaure un critère permettant d'identifier les dérogations inadmissibles au droit supplétif.

475. Le critère de l'incompatibilité avec les idées fondamentales de la réglementation légale. Cette présomption codifie une jurisprudence antérieure de la Cour fédérale de Justice selon laquelle « une clause était inefficace lorsqu'elle modifiait "l'image directrice" que le droit supplétif¹⁸²⁹ donne au contrat considéré »¹⁸³⁰. Elle consacre ainsi le rôle de modèle conducteur et la fonction directrice du droit supplétif¹⁸³¹. Néanmoins, si toute modification insignifiante des règles supplétives devait être sanctionnée, il ne resterait plus aucune place pour des clauses des conditions générales dérogoires au droit commun. Ainsi les « idées fondamentales de la réglementation légale » sont dégagées par le juge à partir d'une distinction créée, elle aussi, par la jurisprudence allemande. Il doit, en effet, « distinguer les dispositions légales qui reposent sur l'équité de celles qui ont une simple fonction d'utilité : le stipulant ne saurait s'écarter des premières sans motif sérieux »¹⁸³². Il peut, en revanche, s'écarter librement des secondes.

¹⁸²⁷ Sur le § 307 du BGB, v. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 1997, n^{os} 693 s. ; M. FROMONT, *Droit allemand des affaires - Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2001, n^{os} 184 s. ; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ, coll. Droit des affaires, 2004, n^{os} 115 s. ; C. WITZ, *Droit privé allemand - I. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n^{os} 452 s. ; G. LARDEUX, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, th. Paris II, 1999, n^{os} 819 s. ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 13, 2006, n^{os} 503 s..

¹⁸²⁸ Nous soulignons.

¹⁸²⁹ Font partie de ce droit, non seulement les normes légales, mais également la coutume et les principes élaborés par la jurisprudence.

¹⁸³⁰ C. Witz, *op. cit.*, n^o 462.

¹⁸³¹ Sur ce rôle en droit français, v. *supra* n^{os} 302 s..

¹⁸³² C. Witz, *op. cit.*, n^o 462.

476. Critique du critère allemand. La distinction entre les règles fondées sur l'équité et celles fondées sur l'utilité est des plus délicates. Elle est, à ce titre, largement critiquée par la doctrine allemande. Cette dernière a fait observer, d'un point de vue pratique, que « les juges qualifient *a posteriori* la règle en cause en fonction du sort auquel il destine la stipulation litigieuse »¹⁸³³. Elle constate, par ailleurs, d'un point de vue théorique, que « dans le contexte d'une réglementation équilibrée des droits et obligations des parties, chaque norme relève, dans une certaine mesure, de l'équité »¹⁸³⁴. Aussi propose-t-elle de rechercher si la norme du droit supplétif transgressée édicte une protection essentielle pour le contractant de l'utilisateur des conditions générales et de considérer, lorsque tel est le cas, qu'elle fait partie des idées fondamentales de la réglementation légale¹⁸³⁵. Néanmoins, ce critère n'est guère plus efficace, car on ignore dans quelles circonstances précises la règle répond à un besoin fondamental de protection du cocontractant. C'est pourquoi nous proposons de retenir un critère objectif, fondé sur l'effet totalitaire de la clause sur les droits du non-professionnel ou consommateur.

§ 2. Le critère à conforter : la négation des droits

477. Plan. Le seul critère efficace est celui de la négation des droits du non-professionnel ou consommateur (A), ce qui emporte une conséquence majeure : les clauses qui portent atteinte à ces droits, sans pour autant nier ces derniers, devraient être valables (B).

A. Explication du critère de la négation des droits

478. Privation des droits supplétifs et contractuels. La détermination du seuil à partir duquel la dérogation au droit supplétif ou l'atteinte aux droits contractuels sont constitutives de déséquilibre significatif doit se faire de manière efficace. En effet, se contenter de dire qu'il est caractérisé en cas de dérogation « grave », « conséquente » ou « importante » est trop vague, car nul ne saurait en quoi elle consisterait exactement.

En revanche, il apparaît que le déséquilibre significatif est bel et bien constitué, qu'il est évident lorsque le non-professionnel ou consommateur est totalement privé du bénéfice des droits supplétifs et contractuels auxquels il aurait pu prétendre. La gravité du déséquilibre tient alors au sort réservé aux droits en question : ce n'est pas leur simple aménagement qui est prévu, mais leur éradication même. Or celle-ci paraît inadmissible, autant pour les droits

¹⁸³³ C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 589.

¹⁸³⁴ C. Witz, *op. cit.*, n° 462.

¹⁸³⁵ C. Witz, *op. cit.*, n° 462.

supplétifs que pour les droits conventionnels. Rappelons, en effet, que les droits accordés de manière supplétive constituent un modèle d'équilibre contractuel idéal¹⁸³⁶, s'en détourner totalement engendre, logiquement, un déséquilibre grave. De même, si le professionnel a consenti contractuellement un droit au non-professionnel ou consommateur (ou si ce dernier est parvenu à le négocier), il paraît profondément inique qu'une autre clause du contrat lui ôte cette prérogative, d'autant qu'elle le fera, le plus souvent, de manière sournoise. En ce sens, le critère de la négation des droits, appliqué aux droits contractuels, permet de préserver la cohérence¹⁸³⁷ du contrat de consommation, en empêchant le professionnel de se contredire au détriment du non-professionnel ou consommateur. Un arrêt de la Cour de cassation en date du 10 avril 2013¹⁸³⁸ illustre bien cette idée. En l'espèce, est jugée abusive la clause d'un contrat de location avec option d'achat, clause qui impose au preneur de restituer le véhicule loué dans les plus brefs délais à compter de la résiliation, ce qui l'empêche de mettre en œuvre la faculté de présentation d'un acquéreur par ailleurs prévue. Comme le relève un auteur, « il y a une contradiction entre les termes de la clause, contradiction que ne manque pas de relever la Cour de cassation ». En effet, le droit du locataire de trouver un acquéreur est neutralisé par le fait que le bailleur exige la remise du véhicule dans les plus brefs délais.

479. Le critère de la négation des droits en pratique. Le critère de la négation des droits du non-professionnel ou consommateur se trouve mis en pratique, bien qu'il soit parfois confondu avec celui de la dérogation au droit supplétif. Ainsi peut-on lire dans les listes réglementaires de clauses abusives, que « supprimer »¹⁸³⁹ certains droits ou « interdire »¹⁸⁴⁰ au non-professionnel ou consommateur de les invoquer est source de clauses noires ou grises. De même, la Commission des clauses abusives et la jurisprudence semblent se fonder sur ce critère pour justifier certaines de leurs solutions¹⁸⁴¹.

La doctrine aussi a suggéré que le fait d'éradiquer les droits du non-professionnel ou consommateur est un critère du déséquilibre significatif¹⁸⁴². Ainsi Madame Fenouillet souhaite « repenser la matière [...] autour de quelques principes directeurs et distinctions

¹⁸³⁶ V. *supra* n^{os} 302 s..

¹⁸³⁷ Sur ce point v. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n^{os} 592 s. ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

¹⁸³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013, *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 170, note G. RAYMOND.

¹⁸³⁹ Art. R. 132-1, 6^o et art. R. 132-2, 10^o, c. consom..

¹⁸⁴⁰ Art. R. 132-1, 7^o c. consom..

¹⁸⁴¹ Pour un panorama complet de la pratique, v. *infra* n^{os} 492 s..

¹⁸⁴² V. aussi G. Paisant, art. préc. ; P. Jourdain, art. préc. ; X. Lagarde, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Etude pratique », art. préc..

clefs », comme « les clauses privant le consommateur d'un droit ou d'un pouvoir »¹⁸⁴³. Madame Sauphanor-Brouillaud constate que les « clauses heurtant directement ou indirectement les droits du consommateur » sont fréquemment désignées comme abusives¹⁸⁴⁴.

480. Avantages du critère de la négation des droits supplétifs et contractuels. En comparaison avec les critères que nous avons rejetés, celui de la négation des droits supplétifs ou contractuels présente plusieurs avantages.

D'abord, il est d'une grande praticité, notamment par rapport au critère allemand. Il suffit de scruter la clause litigieuse et d'apprécier si elle supprime un droit supplétif ou contractuel. Si oui, elle est abusive, si non, elle ne l'est pas. Aucune appréciation subjective, sujette à controverses, n'est nécessaire.

Ensuite, contrairement à la dérogation au droit supplétif, le critère de la négation des droits du non-professionnel ou consommateur préserve la liberté contractuelle. En effet, il a le mérite de laisser le champ libre aux parties pour aménager aussi bien les droits supplétifs que les droits contractuels. Il respecte ainsi la fonction de la notion de clause abusive : à travers elle, seul l'abus de liberté contractuelle doit être sanctionné¹⁸⁴⁵.

Enfin, le critère de la négation des droits supplétifs et contractuels est moins partiel¹⁸⁴⁶ que ceux de la dérogation du droit supplétif ou du droit allemand qui ne condamne que les atteintes aux droits supplétifs.

Préférer le critère de la négation des droits du non-professionnel ou consommateur à celui de la dérogation à ces droits emporte une conséquence importante : les clauses qui ne les nient pas, mais se contentent de les aménager devraient être valables.

B. Conséquence du critère de la négation des droits : validité des clauses aménageant les droits supplétifs ou contractuels

481. Principe. La dérogation au droit supplétif, tout comme l'aménagement des droits contractuels ne devraient pas être des critères valables du déséquilibre significatif. Par

¹⁸⁴³ D. Fenouillet, note *RDC* 2009/4, p. 1422 ; v. aussi D. Fenouillet, note *RDC* 2007/2, p. 337 : « La "nature même des effets de la clause" est le premier élément d'appréciation : porte-t-elle ou non atteinte à un droit, à un intérêt ou à une liberté du consommateur [...] ? ».

¹⁸⁴⁴ N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., spéc. n° 36.

¹⁸⁴⁵ Sur ce point, v. *supra* n° 146 s..

¹⁸⁴⁶ Pour une critique du caractère partiel du critère de la dérogation au droit supplétif, v. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., n° 459 ; C. Pérès-Dourdou, th. préc., n° 557.

Notons que la critique peut être relativisée car le droit supplétif des contrats (droit commun et droit de la consommation) est si large que de nombreuses clauses répondent, en pratique, à ce critère.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

conséquent, les clauses qui procèdent à de telles dérogations ou aménagements ne devraient pas être considérées comme abusives et devraient être, selon nous, valables. En pratique, cette solution est parfois retenue (1), mais ce n'est pas toujours le cas. Ainsi la clause limitative de responsabilité du professionnel est présumée irréfragablement abusive (art. R. 132-1, 6° c. consom.), alors qu'elle se contente d'aménager un droit supplétif (2).

1. Pratique conforme

482. Plan. Plusieurs exemples peuvent être cités, dans lesquels le caractère abusif de la clause litigieuse a été écarté, au motif, plus ou moins explicite, que l'atteinte aux droits supplétifs ou contractuels était mesurée et conforme à la liberté contractuelle des parties au contrat de consommation. Nous nous attarderons, plus longuement, sur l'exemple topique des clauses de conciliation ou de médiation.

483. Exemples divers. On trouve en pratique de nombreuses illustrations de la validité des stipulations aménageant les droits supplétifs ou contractuels.

Ainsi les clauses qui conditionnent le droit de résiliation du non-professionnel ou consommateur dans les contrats à durée déterminée ne sont pas abusives : par exemple, il peut être soumis à un préavis ou à une indemnité de résiliation¹⁸⁴⁷, du moins dans un contrat à durée déterminée¹⁸⁴⁸.

Dans le même ordre d'idée, on peut citer la jurisprudence selon laquelle n'est pas abusive la stipulation d'un contrat d'assurance habitation qui intime à l'assuré de se prémunir contre le vol en utilisant « tous les moyens de fermeture et de protection (volets, persiennes...) de nuit (entre 22 heures et 6 heures légales) ou en cas d'absence supérieure à 15 heures » car elle « imposait seulement à l'assuré de prendre des précautions élémentaires contre le vol et n'apportait pas de restriction excessive à sa liberté »¹⁸⁴⁹.

De la même manière, lorsque le vendeur professionnel consent au consommateur une garantie commerciale (art. L. 211-15 s. c. consom.), les stipulations qui la conditionnent ou la limitent sont valables : « Il peut être stipulé, par exemple, que certaines pièces ne sont pas

¹⁸⁴⁷ V. Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1995, *D.* 1995, somm. p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1995, p. 620, obs. J. MESTRE, qui reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si l'indemnité de résiliation imposée au consommateur procurait un avantage excessif au professionnel. Cette solution montre que la stipulation d'une indemnité de résiliation n'est pas en soi abusive (elle le devient si elle est exorbitante, v. *infra* n° 519 s.)

¹⁸⁴⁸ Dans les contrats à durée indéterminée, une telle clause est noire (art. R. 132-1, 11° c. consom.). Sur cette clause, v. *infra* n° 489 s..

¹⁸⁴⁹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000, *RGDA* 2000, p. 47, note J. KULLMANN. Dans le même sens, v. Cass. 2^{ème} civ., 3 février 2011, n° 10-14633, consultable sur le site Internet de la Commission des clauses abusives.

couvertes par la garantie, ou encore que les frais de main-d'œuvre restent à la charge de l'acheteur »¹⁸⁵⁰. Ces solutions illustrent qu'un droit de nature contractuelle peut être valablement circonscrit sans craindre la sanction de l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

484. Les clauses de conciliation ou de médiation. Les clauses de conciliation ou de médiation¹⁸⁵¹ sont des modes alternatifs de règlement des litiges¹⁸⁵² qui invitent les parties à engager des discussions en vue de régler leur différend, soit seules (conciliation), soit avec l'aide d'un tiers (médiation). Elles sont, en principe, valables au nom de la liberté contractuelle¹⁸⁵³.

A première vue, les clauses de conciliation ou de médiation ne suppriment pas le droit d'ester en justice. En effet, la conciliation ou la médiation sont des causes de suspension de la prescription¹⁸⁵⁴, le non-professionnel ou consommateur pourra donc valablement agir en cas d'échec de la procédure de conciliation/médiation. Rappelons, pour mémoire, que les stipulations qui suppriment le droit fondamental d'agir en justice ne devraient pas être abusives, mais illicites¹⁸⁵⁵.

En revanche, les clauses de conciliation ou de médiation ont pour effet de reporter le moment d'agir en justice. Elles ne font, donc, qu'aménager le droit d'action. À ce titre, elles ne devraient pas être abusives¹⁸⁵⁶. C'est ce qu'a d'ailleurs décidé la Cour de cassation dans un

¹⁸⁵⁰ J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2010, n° 238.

¹⁸⁵¹ Sur ces clauses, v. W. Dross, v° Médiation, *in Clausier, op. cit.*, p. 315 s..

¹⁸⁵² En ce sens, M. DOUCHY-OUUDOT et J. JOLY-HURARD, v° Médiation et conciliation, *in Rép. proc. civ.*, spéc. n°s 1 et 2.

¹⁸⁵³ Cass. ch. mixte, 14 février 2003, L. CADIET, « L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC* 2003, p. 182 ; X. LAGARDE, « Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation » ; *RDC* 2003, p. 189 ; Ch. SERAGLINI, « La Saint-Valentin des clauses de conciliation et de médiation préalable », *JCP G* 2003, I, 164 ; *D.* 2003, p. 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN ; *Defrénois* 2003, p. 1158, obs. R. LIBCHABER ; *LPA* 12 mars 2013, p. 13, note L. BERHEIM ; *Procédures* avril 2003, n° 96, obs. H. CROZE ; *Rev. arb.* 2003, p. 403, note C. JAROSSON ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2003, p. 349, obs. R. PERROT.

¹⁸⁵⁴ Cass. ch. mixte, 14 février 2003, préc..

¹⁸⁵⁵ V. *supra* n° 156.

¹⁸⁵⁶ *Contra*, selon la Commission des clauses abusives, est abusive la clause qui a pour objet ou pour effet « de présenter le recours amiable comme le préalable obligatoire de l'action en justice », *Recomm.* n° 79-02, 3°, *BOSP* du 24/02/1979 ; « supprimer ou réduire l'exercice par le non-professionnel ou le consommateur des actions en justice ou des voies de recours contre le professionnel, notamment en imposant un recours amiable préalable », *in* « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives », préc..

Notons qu'elle avait, entre temps, adopté, une position plus mesurée en estimant abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de « supprimer, réduire ou entraver l'exercice par le non-professionnel ou consommateur des actions en justice ou des voies de recours, sous réserve des procédures facultatives susceptibles d'éviter le recours aux tribunaux », *Recomm.* de synthèse n° 91-02, 19, *BOCCRF*, 06/09/1991.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

arrêt en date du 1^{er} février 2005¹⁸⁵⁷, relativement à la clause d'un contrat de syndic ainsi rédigée :

« En cas de litige pour l'exécution du présent contrat, les parties s'efforcent de trouver une solution amiable. À ce titre, le syndic accepte l'intervention d'associations d'usagers et des syndicats professionnels, par l'intermédiaire d'une commission de conciliation. Il en est de même pour les litiges qui viendraient à naître entre le syndic et un ou plusieurs copropriétaires. Toutefois, l'avis du conseil syndical sera requis pour cette commission de conciliation ; ladite commission n'émet qu'un avis qui peut ne pas satisfaire l'une ou l'autre des parties ».

Le décret du 18 mars 2009 ne semble pas remettre en cause cette jurisprudence¹⁸⁵⁸. Certes, les clauses de conciliation ou de médiation « entravent » le droit d'agir et pourraient être considérées comme grises sur le fondement de l'article R. 132-2, 10°, du Code de la consommation. Néanmoins, ce texte traite explicitement de ces clauses et présume abusives uniquement celles qui ont pour objet ou pour effet d'obliger le non-professionnel ou consommateur « à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »¹⁸⁵⁹. Ainsi les clauses de conciliation ou de médiation ne sont pas abusives en elles-mêmes, mais en ce qu'elles sont le seul recours offert au non-professionnel ou consommateur¹⁸⁶⁰. Cette solution doit être approuvée car la conciliation ou la médiation peuvent lui offrir une issue positive et à moindre coût, en comparaison de la voie judiciaire.

2. Pratique contraire : la clause limitative de responsabilité du professionnel

485. Définition. Les clauses limitatives de responsabilité¹⁸⁶¹, ou plutôt de réparation, tendent à « plafonner l'indemnité pouvant être due par un contractant en cas d'inexécution du contrat de son fait à un montant donné en euros ou encore à ne mettre à sa charge que

¹⁸⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-19692, *Bull. civ. I*, n° 64, p. 56, X. LAGARDE, « Clauses de conciliation : le régime se précise », *RDC* 2005/4, p. 1141 ; J. MESTRE ET B. FAGES, « Une belle façon de fêter le dixième anniversaire de la loi du 1^{er} février 1995 sur les clauses abusives » ; C. PELLETIER, « Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation. À propos de l'article 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 et d'un arrêt de Cass. 1^{re} civ. du 1^{er} février 2005 », *RTD civ.* 2005, p. 393, *JCP G* 2005, act. 133 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 95, obs. G. RAYMOND ; *Defrénois* 2005, chron. p. 1178, Chr. ATIAS ; *JCP G* 2005, I, n° 141, n° 14, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RDC* 2005/3, jur. p. 718, D. FENOUILLET.

¹⁸⁵⁸ G. Paisant, art. préc..

¹⁸⁵⁹ Nous soulignons.

¹⁸⁶⁰ Dans ce cas, la clause prive le non-professionnel ou consommateur de son droit d'agir, elle est donc, à ce titre, non abusive, mais illicite. Sur ce point, v. *supra* n° 156.

¹⁸⁶¹ Sur ces clauses, v. W. Dross, v° Exclusive ou limitative de responsabilité, in *Clausier, op. cit.*, p. 210 s..

l'exécution d'une prestation en nature¹⁸⁶² »¹⁸⁶³. Elles viennent déroger au droit de la responsabilité contractuelle des articles 1142 et 1147 du Code civil. Elles sont, en principe, valables en droit commun¹⁸⁶⁴.

486. Caractère abusif. Depuis le décret du 18 mars 2009, sont irréfragablement présumées abusives par l'article R. 132-1, 6°, du Code de la consommation, les stipulations qui ont pour objet ou pour effet de :

« 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 »¹⁸⁶⁵.

Le décret a ainsi considérablement élargi leur interdiction qui vaut désormais pour tous les contrats de consommation, alors que le décret du 24 mars 1978 l'avait cantonnée aux contrats de vente¹⁸⁶⁶. La Cour de cassation a eu l'occasion de mettre ce texte en application, pour la première fois, dans un arrêt en date du 23 janvier 2013¹⁸⁶⁷ concernant une convention de compte bancaire. En l'espèce, la clause qui laisse croire au consommateur qu'il supporte la responsabilité de la vérification des chèques de banque qui lui sont remis est jugée abusive, sur le fondement de l'article R. 132-1, 6°, du Code de la consommation, car elle « emporte réduction, voire exonération, de responsabilité » de la banque.

Certains approuvent que les clauses limitatives de responsabilité soient toutes réputées abusives¹⁸⁶⁸. Ce n'est pas notre cas.

487. Contre le caractère abusif des clauses limitatives de responsabilité. Les clauses limitatives de responsabilité ne créent pas *a priori* de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, car le droit à réparation (supplétif) du non-professionnel

¹⁸⁶² Pour reprendre un exemple célèbre en matière de clauses abusives, il en est ainsi de la clause stipulant que le laboratoire photographique est tenu, en cas de perte ou de destructions des films, de réparer le préjudice en remettant une pellicule neuve au client.

¹⁸⁶³ W. Dross, v° Exclusive ou limitative de responsabilité, in *Clausier, op. cit.*, spéc. p. 211.

¹⁸⁶⁴ Depuis Cass. civ., 24 janvier 1874, *DP* 1876, I, p. 133 : « Aucune disposition légale ne prohibe de façon générale l'insertion de clause limitatives ou exonératoires dans les contrats d'adhésion ».

¹⁸⁶⁵ Nous soulignons. Déjà en ce sens, v. *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., selon lesquels est noire la « clause qui limite l'indemnité due par le professionnel en cas d'inexécution, d'exécution défectueuse, partielle ou tardive ».

¹⁸⁶⁶ Art. 2, *D.* n° 78-464, 24 mars 1978, devenu anc. art. R. 132-1 c. consom..

Pour des décisions condamnant des clauses limitatives de responsabilité sur le fondement de ce texte, v. Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, préc..

¹⁸⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2013, pourvoi n° 10-21.177, inédit.

¹⁸⁶⁸ X. Lagarde, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Etude pratique », art. préc., selon lequel de telles clauses « fragilisent l'économie de la convention », car « le professionnel irresponsable, partiellement ou totalement, risque de se sentir peu concerné par la bonne exécution du contrat conclu ; de la sorte, la clause fait peser une menace sur la réalisation de ce que le consommateur attend ».

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

ou consommateur n'est pas nié, mais seulement « réduit ». Elles procèdent seulement à un aménagement des règles supplétives en matière de responsabilité contractuelle, et en tant que telles, elles ne devraient pas être considérées comme abusives¹⁸⁶⁹. D'ailleurs, la Commission des clauses abusives elle-même, dans l'avis qu'elle a rendu sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation¹⁸⁷⁰, a estimé « inopportun de considérer que, par principe, toutes les clauses limitatives de responsabilité sont abusives dans tous les contrats de consommation ».

À cela s'ajoute que leur interdiction peut avoir un effet pervers et se retourner contre les non-professionnels ou consommateurs. En effet, la stipulation de clauses limitatives de réparation permet aux professionnels d'obtenir de leurs assureurs des tarifs plus intéressants, économie qu'ils répercutent sur leurs cocontractants qui paient moins cher le bien ou le service¹⁸⁷¹. Proscrire ces stipulations, c'est donc risquer une augmentation des prix à la consommation...

D'ailleurs, le pouvoir réglementaire est la seule source favorable à l'interdiction généralisée des clauses limitatives de réparation. En effet, si la Commission des clauses abusives s'est prononcée en ce sens dans un premier temps¹⁸⁷², elle a, ensuite, modifié sa position. Elle a ainsi sanctionné uniquement les stipulations limitant la responsabilité du professionnel « dans des conditions qui ne permettent pas au consommateur d'apprécier l'exacte étendue de cette limitation »¹⁸⁷³. Elle a, enfin, considéré que seules les stipulations qui limitent, de manière excessive¹⁸⁷⁴ ou dérisoire¹⁸⁷⁵, la responsabilité du professionnel sont abusives, ce qui signifie *a contrario*, qu'en dehors de ces cas, les clauses limitatives de responsabilité sont, selon elle, valables dans les contrats de consommation¹⁸⁷⁶. De même, avant l'entrée en vigueur du décret, la Cour de cassation n'avait jamais condamné de manière

¹⁸⁶⁹ Sous réserve des clauses limitatives dérisoires, v. *infra* n°s 522 s..

¹⁸⁷⁰ Préc..

¹⁸⁷¹ Dans le même sens, v. W. Dross, v° Exclusive ou limitative de responsabilité, in *Clausier, op. cit.*, spéc. p. 211.

¹⁸⁷² V. not. *Recomm.* de synthèse n° 91-02, 16, *BOCCRF*, 06/09/1991 qui présume abusive la clause qui a pour effet ou pour objet de « limiter l'indemnité due par le professionnel en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse, partielle ou tardive de ses obligations » et aussi *Recomm.* n° 82-01, 6°, *BOSP*, 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 82-02, B-8°, -9°, *BOCC* du 27/03/1982, *Recomm.* n° 84-02, B-1°, -2°, *BOCC* 5/12/1985 ; *Recomm.* n° 85-02, B-17°, *BOCC* 4/09/1985 ; *Recomm.* n° 86-02, *BOCCRF* 3/11/1986 ; *Recomm.* n° 87-01, 6, *BOCCRF* 20/03/1987 ; *Recomm.* n° 87-03, III-4°, *BOCCRF* 16/12/1987 ; *Recomm.* n° 94-03, 5, *BOCCRF* 27/09/1994.

¹⁸⁷³ *Recomm.* n° 97-01, 16, *BOCCRF* 11/6/1997.

¹⁸⁷⁴ « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives », préc..

¹⁸⁷⁵ *Recomm.* n° 2003-01, I-7°, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 2007-01, 12°, *BOCCRF* 31/07/2007.

¹⁸⁷⁶ Aussi en ce sens, v. anc. annexe à l'art. L. 132-1 c. consom., point b) qui visait les clauses qui limitaient « de façon inappropriée » le droit à réparation du consommateur.

générale ce type de stipulations¹⁸⁷⁷. La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 retient aussi une solution plus restrictive en considérant comme abusives seulement les clauses qui limitent la responsabilité du professionnel « pour tout préjudice ou dommage causé au consommateur du fait d'un acte délibéré ou d'une négligence grave »¹⁸⁷⁸.

Si le pouvoir réglementaire devait persister dans la reconnaissance du caractère abusif des clauses limitatives de responsabilité, il serait préférable qu'elles soient transférées dans la liste grise de l'article R. 132-2 du Code de la consommation. C'est ce qu'avait proposé la Commission des clauses abusives elle-même dans l'avis qu'elle a rendu sur le projet de décret¹⁸⁷⁹, approuvée sur ce point par d'éminents auteurs¹⁸⁸⁰. Ainsi à chaque fois que le professionnel serait en mesure de rapporter la preuve que le montant de la réparation n'est pas dérisoire, le caractère abusif de la clause limitative de responsabilité devrait être écarté¹⁸⁸¹.

SECTION II. LES MANIFESTATIONS PRATIQUES DE LA NEGATION DES DROITS

488. Plan. L'étude des manifestations pratiques de la négation des droits supplétifs et contractuels du non-professionnel ou consommateur permet de mieux cerner le critère, d'abord quant à son objet (Sous-section 1), ensuite quant à ses formes (Sous-section 2).

SOUS-SECTION I. L'OBJET DE LA NEGATION

489. Plan. Pour que le critère de la négation des droits joue, encore faut-il que la clause litigieuse à laquelle on veut l'appliquer affecte un droit préexistant du non-professionnel ou consommateur (§ 1). En revanche, il peut s'appliquer dès lors que la clause le prive d'un droit entendu au sens large (§2).

¹⁸⁷⁷ La Cour de cassation a, semble-t-il, seulement écarté les clauses limitatives de responsabilité fixant une indemnité de réparation d'un montant dérisoire.

Les juges du fond, en revanche, ont parfois formulé une interdiction générale des clauses limitatives de responsabilité, v. par exemple, CA Aix-en-Provence, 20 septembre 1995, *Contrats conc. consom.* 1996, comm. 172, note G. RAYMOND réputant non écrite une clause limitative de responsabilité au motif qu'il convient « d'indemniser [le contractant] selon les principes de droit commun du droit civil ».

¹⁸⁷⁸ Art. 84, b), Annexe I, COM (2011) 635 final.

¹⁸⁷⁹ Préc..

¹⁸⁸⁰ Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2013, n° 326 ; G. Paisant, art. préc..

¹⁸⁸¹ Sur ce point, v. *infra* n° 522 s..

§ 1. La négation d'un droit préexistant

490. Principe. Le critère de la négation des droits peut jouer, par hypothèse, seulement lorsque le non-professionnel ou consommateur aurait dû bénéficier d'un droit, dont il est en réalité privé.

Ainsi, il est nécessaire de se demander si la clause affecte un de ses droits supplétifs. À cette fin, il faut vérifier si la stipulation porte sur un sujet qui est, par ailleurs, traité par des règles supplétives qui accordent en la matière ce que nous appelons un droit « préexistant ». Les règles supplétives sont toutes celles susceptibles de s'appliquer à la relation de consommation (notamment Code civil, Code de la consommation, Code du commerce ou encore Code des assurances) qui ne sont pas impératives. La distinction entre les règles supplétives et impératives découle soit de la rédaction des textes eux-mêmes, soit, dans le silence de la loi, de l'interprétation du juge¹⁸⁸².

Il faut aussi contrôler que la stipulation ne remette en cause un droit contractuel « préexistant ». L'expression ne désigne pas un droit qui aurait été antérieurement accordé au non-professionnel ou consommateur, par exemple, dans un contrat précédent, mais un droit octroyé par le contrat litigieux lui-même, droit que ce même contrat tend, par ailleurs, à neutraliser.

Si aucun droit supplétif ou contractuel ne préexiste ou si le droit supplétif ou contractuel n'est pas nié, alors la qualification de clause abusive est exclue.

491. Pas de droit, pas d'abus¹⁸⁸³. Telle est la solution, évidente, qui ressort de l'un des arrêts en date du 14 novembre 2006¹⁸⁸⁴. En l'espèce, la clause litigieuse du contrat de vente de véhicules automobiles obligeait le consommateur à confier l'immatriculation de la voiture au vendeur, lorsque son achat est effectué à crédit. La Cour de cassation lui dénie tout caractère abusif car « le fait d'accomplir personnellement cette démarche administrative ne pouvait être considéré comme un droit pour le consommateur ».

492. Pas d'abus lorsque la dérogation est favorable au non-professionnel ou consommateur ! Là encore, la solution s'impose de manière incontestable et explique l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 juin 2009¹⁸⁸⁵ relatif à un contrat de location

¹⁸⁸² Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 13^e éd., Lexisnexis, coll. Litec Manuels, 2011, n° 41.

¹⁸⁸³ Dans le même sens, v. N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., n° 40 ; D. Fenouillet, note *RDC* 2007/2, p. 337.

¹⁸⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.890, préc..

¹⁸⁸⁵ Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, préc..

d'emplacement de mobil home. En l'espèce, le litige portait, notamment, sur la clause de solidarité du preneur et du cessionnaire éventuel pour les loyers échus après la cession. La Haute juridiction la valide au motif qu'elle crée une dérogation au droit commun favorable au non-professionnel ou consommateur¹⁸⁸⁶. En effet, « la garantie solidaire du cessionnaire était normalement acquise au bailleur pour la totalité du bail » (90 ans), si bien que « la durée contractuelle fixée constituait une limitation profitable au preneur ».

§ 2. La négation d'un droit au sens large

493. Négation d'un « droit » du non-professionnel ou consommateur. Ainsi que le montrera la grande majorité des exemples cités¹⁸⁸⁷, est abusive la clause qui prive le consommateur ou non professionnel d'un droit, au sens strict du terme. Droit à réparation, droit à la résiliation ... Néanmoins, le critère peut jouer aussi lorsque ce n'est pas un droit, au sens strict du terme, qui est réduit à néant par la clause.

494. Négation d'une liberté du non-professionnel ou consommateur. Dès lors qu'une stipulation supprime une liberté du non-professionnel ou consommateur, elle doit être déclarée abusive au regard du critère de la négation des droits¹⁸⁸⁸.

Une clause illustre tout particulièrement cette idée. Il s'agit de celle qui impose au non-professionnel ou consommateur un mode de paiement unique (le prélèvement bancaire automatique, le plus souvent). La Commission des clauses abusives l'a régulièrement dénoncée comme abusive¹⁸⁸⁹ car elle constitue une atteinte injustifiée à la liberté du consommateur de choisir un autre mode de paiement licite¹⁸⁹⁰.

Les mêmes solutions s'observent en jurisprudence. Ainsi dans un arrêt en date du 17 octobre 2006¹⁸⁹¹, la cour d'appel de Paris a réputé non écrite la stipulation prévoyant des honoraires forfaitaires de l'avocat en cas de retrait du client au motif qu'elle est de nature à le priver de « l'exercice de sa liberté de changer d'avocat »¹⁸⁹². De même, si, comme nous l'avons déjà vu, la Cour de cassation a décidé que la clause d'un contrat d'assurance

¹⁸⁸⁶ Dans le même sens, v. D. Fenouillet, note *RDC* 2009/4, p. 1434.

¹⁸⁸⁷ V. *infra* n° 500 s..

¹⁸⁸⁸ Dans le même sens, v. N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., n° 40 ; D. Fenouillet, note *RDC* 2007/2, p. 337.

¹⁸⁸⁹ *Recomm.* n° 85-03, B-16°, *BOCC* 4/11/1985 ; *Recomm.* n° 97-01, B-10°, *BOCCRF* 11/6/1997 ; *Recomm.* n° 98-01, 5°, *BOCCRF* 31/12/1998 ; *Recomm.* n° 99-02, 24°, *BOCCRF* 27/07/1999 ; *Recomm.* n° 2000-01, B-I-11, *BOCCRF* 22/06/2000 ; *Recomm.* n° 2010-01, IV-23°, *BOCCRF* 25/05/2010.

¹⁸⁹⁰ Dans le même sens, v. TGI Paris, 9 octobre 2006, préc..

¹⁸⁹¹ CA Paris, 17 octobre 2006, *RDC* 2006, p. 338, note D. FENOUILLET.

¹⁸⁹² Même solution, in *Recomm.* n° 2002-03, 7, *BOCCRF* 30/05/2002.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

habitation impose à l'assuré de prendre des précautions élémentaires contre le vol n'était pas abusive car elle « n'apportait pas de restriction excessive à sa liberté », c'est bien qu'elle est prête à admettre qu'une privation de liberté emporte la qualification de déséquilibre significatif.

495. Négation d'une obligation du professionnel. La privation des droits du non-professionnel ou consommateur a comme corollaire la négation d'une obligation du professionnel. En effet, si ce dernier est dispensé de certaines de ses obligations, son cocontractant voit indubitablement ses droits réduits¹⁸⁹³. Il en est ainsi, par exemple, des clauses supprimant l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou préposés¹⁸⁹⁴ ou de celles faisant d'une obligation de résultat une obligation de moyens¹⁸⁹⁵.

SOUS-SECTION II. LES FORMES DE LA NEGATION

496. Plan. Les clauses qui nient les droits supplétifs ou contractuels du non-professionnel ou consommateur sont abusives. Cette négation peut être directe et ressortir de la seule lecture de la clause (§1) ou elle peut être indirecte (§ 2). Chemin faisant, seront donnés des exemples de privation autant de droits supplétifs que de droits contractuels.

§ 1. La négation directe des droits du non-professionnel ou consommateur

497. Deux formes de négation directe. Il arrive qu'une clause nie directement un droit du non-professionnel ou consommateur. On pourrait dire qu'il s'agit de stipulations « qui ont pour objet » la négation de ce droit. Cela se manifeste de deux manières différentes, soit la clause le supprime purement et simplement (A), soit elle inverse la charge des obligations entre le professionnel et le non-professionnel ou consommateur (B).

A. Suppression pure et simple d'un droit

498. Exemples topiques. Quelques exemples topiques permettent d'illustrer que les clauses qui suppriment totalement un droit supplétif ou contractuel du non-professionnel ou

¹⁸⁹³ Dans le même sens, v. N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., n° 40 ; D. Fenouillet, note *RDC* 2007/2, p. 337.

¹⁸⁹⁴ V. *infra* n° 526.

¹⁸⁹⁵ V. *infra* n° 524.

consommateur sont abusives : la clause interdisant la résolution ou la résiliation du contrat (1), la clause interdisant le recours à l'exception d'inexécution (2), la clause exonératoire de la responsabilité du professionnel (3), la clause relative à la cession de contrat (4) et la clause limitant les modes de preuve (5).

1. La clause interdisant la résolution ou la résiliation du contrat

499. Définition. Les stipulations qui interdisent au non-professionnel ou consommateur de résoudre ou de résilier le contrat sont, en principe, valables, car « l'article 1184 [du Code civil] n'est pas d'ordre public et un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire », à condition que la clause de renonciation soit « rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane »¹⁸⁹⁶.

500. Caractère abusif. De telles clauses privent totalement le non-professionnel ou consommateur de son droit supplétif de demander la résolution judiciaire. Il est ainsi rendu « prisonnier d'un contrat qui, par le fait du professionnel, ne peut plus répondre à ses attentes »¹⁸⁹⁷. En ce sens, elles doivent être considérées comme abusives. C'est le cas en pratique.

Ainsi la Commission des clauses abusives a régulièrement lutté contre ce type de stipulations, soit dans ses recommandations sectorielles¹⁸⁹⁸, soit de manière plus générale. Dans sa recommandation de synthèse, elle présumait abusives les stipulations ayant pour objet ou pour effet d'« interdire au non-professionnel ou consommateur de demander la résolution judiciaire du contrat dans le cas où le professionnel n'exécute pas ses obligations »¹⁸⁹⁹. Elle avait précisé cette interdiction dans son « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives »¹⁹⁰⁰ et dans sa recommandation sur les clauses relatives à la durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs¹⁹⁰¹ qui stigmatisaient les clauses

¹⁸⁹⁶ Cass. 3^{ème} civ., 3 novembre 2011, *AJDI* 2012, p. 780, obs. Fr. COHET-CORDEY ; *D.* 2012, pan. p. 459, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *Gaz. Pal.* 2012, p. 1417, obs. L. MAYER ; *JCP N* 2012, n° 1117, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2012, p. 402, note Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2012, p. 114, obs. B. FAGES.

¹⁸⁹⁷ « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », préc.. Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc..

¹⁸⁹⁸ *Recomm.* n° 80-06, 1°, *BOSP* du 26/11/1980 ; *Recomm.* n° 91-01, B-11°, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.* n° 91-04, II-5°, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.* n° 99-02, 34, *BOCCRF* 27/07/1999, *Recomm.* n° 2001-02, 6, *BOCCRF* 23/05/2001 ; *Recomm.* n° 2004-01, 4, *BOCCRF* 06/09/2004.

¹⁸⁹⁹ *Recomm.* n° 91-02, 14, *BOCCRF*, 06/09/1991.

¹⁹⁰⁰ Préc..

¹⁹⁰¹ *Recomm.* n° 01-02, 6, *BOCCRF* 23/05/2001.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

qui interdisent au non-professionnel ou au consommateur de demander la résolution ou la résiliation du contrat « en cas de manquement grave ou répété par le professionnel à ses obligations ». Elle a, enfin, consacré le principe selon lequel le non-professionnel ou consommateur ne doit pas être privé du droit de résilier le contrat dès lors qu'il est en mesure d'invoquer un motif légitime¹⁹⁰².

Le même mouvement s'observe en jurisprudence. Ainsi dans l'arrêt du 28 avril 1987¹⁹⁰³, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé abusive la clause d'un contrat d'installation de système de surveillance refusant au consommateur le droit de résilier le contrat en cas de dérangements, sur le fondement de l'article 2 du décret du 24 mars 1978.

Les arrêts rendus en matière de contrat d'enseignement illustrent encore très bien la condamnation des clauses interdisant au non-professionnel ou consommateur de résilier le contrat. Ainsi, dans un arrêt du 10 février 1998¹⁹⁰⁴, est condamnée la stipulation selon laquelle « aucun motif ne sera retenu pour une éventuelle annulation », car elle empêche la résiliation, « même en cas d'inexécution du contrat imputable à l'établissement ». Dans deux arrêts plus récents¹⁹⁰⁵, la Cour de cassation est allée plus loin, exigeant que soit laissée au non-professionnel ou consommateur la faculté de résilier le contrat « pour un motif légitime et impérieux », la clause ne lui réservant pas une telle faculté est abusive. L'appréciation de ce motif revient au juge et non au professionnel, de telle sorte que « même si le contrat prévoit une série de motifs, tels que par exemple un déménagement, ceux-ci ne pourraient être limitatifs »¹⁹⁰⁶.

Depuis le décret du 18 mars 2009¹⁹⁰⁷, sont irréfragablement présumées abusives, à l'article R. 132-1, 7°, du Code de la consommation les clauses qui ont pour objet ou pour effet d' :

¹⁹⁰² *Recomm.* n° 91-01, B-11, *BOCCRF* 6/09/1991 ; *Recomm.* n° 05-03, 4°, *BOCCRF* 16/12/2005 ; *Recomm.* n° 10-01, III-21°, *BOCCRF* 25/05/2010.

¹⁹⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, *Bull. civ.*, n° 134, *D.* 1987, somm. p. 45, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1988, jur. p. 1, Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1987, II, 20893, note G. PAISANT ; *RGAT* 1987, p. 559, obs. J. BIGOT ; *RTD civ.* 1987, p. 537, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1988, p. 112, obs. J. HÉMARD et B. BOULOC.

¹⁹⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998, *Bull. civ.* I, n° 53 ; *Contrats, conc., consom.* 1998, comm. 70, note L. LEVENEUR ; *JCP G* 1998, 10124, note G. PAISANT ; *D.* 1998, jur. p. 539, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 1998, I, 155, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1998, p. 674, obs. J. MESTRE.

¹⁹⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 2 avril 2009, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 65, note G. RAYMOND ; *D.* 2013, p. 818, note P. LEMAY ; *D.* 2013, pan. p. 949, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *Gaz. Pal.* 2013, 493, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G* 2013, n° 6, obs. S. PRIEUR ; *JCP G* 2013, n° 140, note G. PAISANT ; *JCP E* 2013, n° 1054, note N. LE BAIL-DUPONT ; *LPA* 19 mars 2013, note A. ATANI ; *RJDA* 2013, n° 211 ; *RLDA* févr. 2013, 40, obs. J. DE ROMANET.

¹⁹⁰⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, obs. préc..

¹⁹⁰⁷ Avant lui, les clauses interdisant la résiliation au non-professionnel ou consommateur pouvaient être regardées comme abusives sur le fondement du point b) de l'ancienne annexe légale.

« Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service »¹⁹⁰⁸.

Ce texte n'est que partiellement satisfaisant. En effet, le caractère abusif de ces clauses dépend de la nature des obligations inexécutées par le professionnel et justifiant le recours à la résiliation. Ces restrictions ne se comprennent pas¹⁹⁰⁹ et sont dangereuses pour le non-professionnel ou consommateur qui risque de se voir opposer des stipulations lui interdisant la résolution en cas d'inexécution d'autres obligations. Il eût été préférable de l'étendre à tous les manquements, graves ou répétés, du professionnel, comme l'avait suggéré la Commission des clauses abusives. Néanmoins, les clauses interdisant la résolution pour d'autres manquements que ceux visés à l'article R. 132-1, 6° du Code de la consommation pourront toujours être judiciairement déclarées abusives sur le fondement de l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}¹⁹¹⁰.

2. La clause interdisant le recours à l'exception d'inexécution

501. Définition. L'exception d'inexécution est le droit pour une partie à un contrat synallagmatique de suspendre l'exécution de ses obligations tant que son cocontractant n'a pas exécuté les siennes. Ce droit connaît certaines applications spéciales dans le Code civil¹⁹¹¹, mais il a été consacré, de manière générale, par la jurisprudence¹⁹¹² selon laquelle « dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, de telle sorte que si l'obligation de l'une n'est pas exécutée, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause ». Il s'agit d'un droit supplétif, dont il est possible, en principe, de moduler l'application.

502. Caractère abusif. Les clauses qui interdisent au non-professionnel ou consommateur de se prévaloir de l'exception d'inexécution sont abusives, car elles le privent totalement d'un droit supplétif. Une fois encore, leur interdiction se justifie pleinement, car le déséquilibre

¹⁹⁰⁸ V. déjà en ce sens, *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., selon lesquels est noire la « clause qui interdit au consommateur de demander la résolution du contrat dans le cas où le professionnel n'exécute pas ses obligations ».

¹⁹⁰⁹ Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc. ; O. Deshayes, art. préc. ; « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », préc..

¹⁹¹⁰ Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc..

¹⁹¹¹ V. not. art. 1612, 1651 et 1653 dans le contrat de vente ; art. 1704 dans le contrat d'échange et art. 1948 dans le contrat de dépôt.

¹⁹¹² Cass. civ., 5 mai 1920, *DP* 1926, 1, 37.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

qu'elles instaurent est, non seulement flagrant, mais aussi extrêmement grave, puisque « le consommateur serait tenu d'exécuter ses obligations alors que le professionnel pourrait se dispenser de remplir les siennes »¹⁹¹³. En pratique, ces stipulations sont depuis longtemps fustigées.

Ainsi les projets de réforme du droit de la consommation désignaient comme noire la « clause qui oblige le consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'aurait pas exécuté les siennes »¹⁹¹⁴.

De même, la Commission des clauses abusives a déjà eu l'occasion de les dénoncer¹⁹¹⁵. Elle les a explicitement visées dans sa recommandation de synthèse qui présume abusives les stipulations tendant à « obliger le non-professionnel ou consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'aurait pas exécuté les siennes, par dérogation aux règles régissant l'exception d'inexécution, et spécialement, à la nécessité d'un équilibre raisonnable des prestations réciproques »¹⁹¹⁶. La formulation est simplifiée dans son « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives »¹⁹¹⁷, mais l'interdiction des stipulations destinées à « contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que le professionnel n'exécuterait pas les siennes » demeure.

La jurisprudence a, à son tour, sanctionné ce type de clauses. Il en est ainsi dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 30 octobre 2007¹⁹¹⁸. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de vente de listes de biens immobiliers disponibles à la vente ou à la location. Il prévoyait que « l'exactitude des informations concernant le bien proposé à la location et notamment le descriptif et la date de disponibilité sont transmis au client sous la seule responsabilité des propriétaires, qui en ont informé l'agent immobilier diffuseur ». La Haute Juridiction relève que la clause critiquée « a pour objet et pour effet d'exonérer le professionnel de son obligation de présenter à son client une liste de biens correspondant à celui recherché », alors que le client est « tenu par ailleurs d'exécuter immédiatement sa propre obligation de payer la rémunération convenue ». Elle en conclut qu'elle est abusive.

¹⁹¹³ « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », préc..

¹⁹¹⁴ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc..

¹⁹¹⁵ V. not. *Recomm.* 85-01, B-10°, *BOCC* 17/01/1985 ; *Recomm.* n° 2004-01, 11), *BOCCRF* 06/09/2004.

¹⁹¹⁶ *Recomm.* n° 91-02, 12, *BOCCRF*, 06/09/1991. Nous soulignons.

¹⁹¹⁷ Préc..

¹⁹¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2007, *JCP G* 2008, I, 136, n° 1, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

Depuis le décret du 18 mars 2009¹⁹¹⁹, sont irréfragablement présumées abusives, à l'article R. 132-1, 5°, du Code de la consommation, les clauses qui ont pour objet ou pour effet de :

« Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ».

Cette interdiction doit être saluée. En revanche, une fois encore, sa limitation ne se comprend pas¹⁹²⁰. Elle est même dangereuse puisqu'elle laisse croire que le non-professionnel ou le consommateur peut être contraint à exécuter ses obligations par le professionnel, même si ce dernier n'exécute pas les siennes (autres que celles de délivrance ou de garantie d'un bien ou de fourniture d'un service). Or les clauses qui prévoiraient une telle solution seraient tout aussi abusives. Il aurait mieux valu que l'interdiction repose sur une formule plus générale se référant à l'inexécution par le professionnel de ses obligations, sans distinction¹⁹²¹, comme dans l'ancienne annexe¹⁹²² ou dans la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011¹⁹²³. En effet, l'exception d'inexécution doit pouvoir être invoquée en cas de manquement à n'importe quelle obligation, tant que l'inexécution n'est pas minime et qu'elle est invoquée de bonne foi, conformément au droit commun.

3. La clause exonératoire de la responsabilité du professionnel

503. Définition. Les clauses « élusives » ou « exclusives » ou « exonératoires » de réparation¹⁹²⁴ ont pour objet de supprimer tout droit à réparation pour le cocontractant victime d'une inexécution contractuelle imputable à l'autre partie. Elles sont valables en droit commun¹⁹²⁵.

504. Caractère abusif. La clause exonératoire de responsabilité prive totalement le non-professionnel ou consommateur de son droit à réparation, tel qu'il découle des règles

¹⁹¹⁹ Avant lui, ce type de clauses était regardé comme abusif en application du point o) de l'anc. annexe légale.

¹⁹²⁰ Dans le même sens, v. « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », préc. ; G. Paisant, art. préc..

¹⁹²¹ Dans le même sens, v. « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », préc. ; G. Paisant, art. préc..

¹⁹²² Point o).

¹⁹²³ Art. 85, 1), Annexe I, COM (2011) 635 final.

¹⁹²⁴ W. Dross, v° Exclusive ou limitative de responsabilité, in *Clausier, op. cit.*, p. 210 s..

¹⁹²⁵ Depuis Cass. civ., 24 janvier 1874, *DP* 1876, I, p. 133 : « Aucune disposition légale ne prohibe de façon générale l'insertion de clause limitatives ou exonératoires dans les contrats d'adhésion ».

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

supplétives de la responsabilité contractuelle (art. 1142 et 1147 c. civ.). Il ne peut y avoir aucun doute sur le fait que ces clauses créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, puisque le professionnel se trouve « libre » de ne pas exécuter ses obligations, tandis que le non-professionnel ou consommateur doit subir, sans aucun recours possible, cette situation. En ce sens, elles doivent être considérées comme abusives¹⁹²⁶. C'est la position retenue, de longue date, en pratique.

En effet, le décret du 24 mars 1978 a interdit les clauses élusives de réparation, mais cette interdiction était cantonnée aux contrats de vente¹⁹²⁷. Le premier arrêt rendu par la Cour de cassation en matière de clauses abusives¹⁹²⁸ stigmatisait d'ailleurs, sur le fondement de ce texte, la stipulation d'un contrat d'installation d'un système de télésurveillance qui refusait au client tout droit à dommages et intérêts en cas de dérangements.

La restriction de l'interdiction au contrat de vente était regrettable car de telles clauses ne se justifient dans aucun contrat de consommation. Il faut, cependant, reconnaître que la prohibition avait, en réalité, dépassé ce cadre. En effet, la Commission des clauses abusives les a toujours vivement dénoncées dans ses recommandations¹⁹²⁹, et notamment dans sa recommandation de synthèse selon laquelle est présumée abusive la clause qui a pour objet ou pour effet d'« exonérer le professionnel de sa responsabilité en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse, partielle ou tardive de ses obligations »¹⁹³⁰.

¹⁹²⁶ Dans le même sens, v. « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », préc. : « Ces clauses sont évidemment de nature à déséquilibrer fondamentalement la relation contractuelle au détriment du consommateur. Leur interdiction générale se justifie pleinement dans tous les contrats de consommation » ; X. Lagarde, art. préc., spéc. n° 8.

¹⁹²⁷ Art. 2 D. n° 78-464, 24 mars 1978, devenu anc. art. R. 132-1 c. consom..

¹⁹²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, préc..

¹⁹²⁹ V. not. *Recomm.* n° 80-04, II- 1° et 2°, *BOSP* 17/10/1980 ; *Recomm.* n° 82-01, 6°, *BOSP*, 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 82-04, A, *BOCC* 5/12/1984 ; *Recomm.* n° 84-01, A-10, *BOCC* du 20/11/1984 ; ; *Recomm.* n° 84-02, B-1°, -2°, -4°, *BOCC* 5/12/1985 ; *Recomm.* n° 84-03, B-7°, *BOCC* 5/12/1984 ; *Recomm.* n° 85-01, B-3°, B-8° et B-13°, *BOCC* 17/01/1985 ; *Recomm.* n° 85-02, B-19°, *BOCC* 4/09/1985 ; *Recomm.* n° 85-03, B-20°, *BOCC* 4/09/1985 ; *Recomm.* n° 86-02, *BOCCRF* 3/11/1986 ; *Recomm.* n° 87-01, 4, *BOCCRF* 20/03/1987 ; *Recomm.* n° 87-03, III-4°, -5°, *BOCCRF* 16/12/1987 ; *Recomm.* n° 94-03, 4, *BOCCRF* 27/09/1994 ; *Recomm.* n° 94-04, *BOCCRF* 27/10/1994, rectificatif 9/12/1994 ; *Recomm.* n° 95-02, 3°, 5°, *BOCCRF* 25/08/1995 ; *Recomm.* n° 96-02, 6°, 22°, 23°, *BOCCRF* 3/09/1996 ; *Recomm.* n° 97-01, B-1, *BOCCRF* 11/6/1997 ; *Recomm.* n° 97-02, 1°)-b, 3°)-a et -b, 5°, *BOCCRF* 12/12/1997 ; *Recomm.* n° 98-01, 9°, *BOCCRF* 31/12/1998 ; *Recomm.* n° 99-01, III-2, *BOCCRF* 31/03/1999 ; *Recomm.* n° 99-02, 18, 19, 20 et 21, *BOCCRF* 27/07/1999 ; *Recomm.* n° 2000-01, III-25, 26, 27, 28 et 29, *BOCCRF* 22/06/2000 ; *Recomm.* n° 2001-01, 5°, *BOCCRF* 23/05/2001 ; *Recomm.* n° 2002-01, 9, *BOCCRF* 26/02/2002 ; *Recomm.* n° 2002-02, 21, *BOCCRF* 30/05/2001 ; *Recomm.* n° 2003-01, I-7°, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 2004-01, 12), *BOCCRF* 06/09/2004 ; *Recomm.* n° 2005-01, 10, 11, *BOCCRF* 23/06/2005 ; *Recomm.* n° 2005-02, 1, *BOCCRF* 20/09/2005 ; *Recomm.* n° 2007-01, 3°, 11°, *BOCCRF* 31/07/2007 ; *Recomm.* n° 07-02, 12°, *BOCCRF* 24/12/2007 ; *Recomm.* n° 2008-03, A-7, B-8, -9, -10, C-14, -15, D-21, *BOCCRF* 14/11/2008 ; *Recomm.* n° 2010-01, IV-26°, *BOCCRF* 25/05/2010 ; *Recomm.* n° 2012-01, II-16°, *BOCCRF* 18/05/2012 ; *Recomm.* n° 2013-01, 42, *BOCCRF* 13/09/2013.

Et aussi *in Avis* n° 05-05 relatif à des contrats d'abonnement à la télévision par câble & à l'internet, 3) et 5).

¹⁹³⁰ *Recomm.* de synthèse n° 91-02, 15, *BOCCRF*, 06/09/1991.

La jurisprudence a aussi entrepris d'éradiquer les clauses exonératoires de responsabilité dans les contrats de consommation. C'est même pour l'une de ces clauses que la Cour de cassation s'est arrogé, dans le fameux arrêt du 14 mai 1991¹⁹³¹, le droit de déclarer une stipulation abusive, même si elle n'était pas interdite par décret. Rappelons-nous¹⁹³² qu'elle avait ainsi approuvé la cour d'appel d'avoir décidé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives était abusive. Les juges du fond se sont engouffrés dans la voie qui leur était ainsi ouverte et ont multiplié les condamnations des clauses exonératoires de responsabilité infectant les contrats les plus variés : dépôt accessoire à un contrat d'abonnement à un club sportif¹⁹³³, hébergement en maison de retraite¹⁹³⁴, location saisonnière¹⁹³⁵, mise à disposition de personnel¹⁹³⁶ ou encore télévision à péage¹⁹³⁷. La Cour de cassation a elle aussi persévéré dans cette voie. Ainsi dans un arrêt en date du 10 juin 2009, la troisième chambre civile a écarté deux clauses évasives de responsabilité dans un contrat de location d'emplacement de mobil home¹⁹³⁸ :

« La clause qui prévoit que le preneur de l'emplacement s'engage à laisser le professionnel procéder aux travaux nécessaires sans pouvoir réclamer aucune indemnité, et ce quels que soient l'urgence, l'importance, la durée et les troubles qu'ils occasionnent, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en ce qu'elle exonère, de manière générale, le professionnel de toute responsabilité » ;

« La clause, qui excluait en termes généraux toute indemnisation du preneur en cas d'incendie ou de vol le privait de façon inappropriée de ses droits légaux vis-à-vis du professionnel en cas d'exécution défectueuse par celui-ci de ses obligations contractuelles, créant ainsi un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »¹⁹³⁹.

Dans le même sens, v. « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives », préc. : « exclure [...] le droit à réparation du non-professionnel ou du consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ».

¹⁹³¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, T. HASSLER, « Clause abusive et perte d'une pellicule photo : un arrêt important : Civ. 1^{re}, 14 mai 1991 », *LPA* 8 juillet 1991, n° 81, p. 18 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008, n° 159 ; *Contrats conc. consom.* 1991, n° 160, note L. LEVENEUR ; *D.* 1991, somm. p. 320, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1991, jur. p. 449, note J. GHESTIN ; *JCP G* 1991, II, 21743, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. J. MESTRE.

¹⁹³² V. *supra* n° 345-3.

¹⁹³³ TGI Brest, 21 décembre 1994, préc. ; CA Rennes, 30 mars 2011, *RJDA* 2001, n° 818. Il s'agit du problème classique du vestiaire où est affiché que le club sportif n'entend assumer aucune responsabilité du chef de la perte, du vol ou de la déclaration des effets déposés.

¹⁹³⁴ CA Aix-en-Provence, 18 septembre 1995, Bull. Aix 1995-2, p. 25, note X. AGOSTINELLI.

¹⁹³⁵ TGI Grenoble, 22 mai 1997, *RJDA* 1997, n° 1553.

¹⁹³⁶ CA Douai, 7 novembre 1994, *LPA* 1995, n° 98, p. 16, note M.-O. GAIN.

¹⁹³⁷ TGI Paris, 10 octobre 2000, *RJDA* 2001, n° 94 à propos de la clause « exonérant la société de toute responsabilité en cas de dysfonctionnement des satellites émetteurs ».

¹⁹³⁸ Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, préc..

¹⁹³⁹ Nous soulignons.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

Il est intéressant de relever que la jurisprudence administrative sanctionne aussi le caractère abusif de ce type de clauses¹⁹⁴⁰, comme le montre un jugement du tribunal administratif de Nice en date du 28 avril 2006¹⁹⁴¹. En l'espèce, la clause d'un contrat de distribution d'eau prévoyait que le service des eaux (assuré par une commune) n'encourrait aucune responsabilité vis-à-vis de l'abonné « en raison de causes résultant de l'exploitation même du service ». S'ensuivait une longue liste de ces possibles causes. Cette stipulation, non justifiée par les nécessités du service, crée un déséquilibre significatif dès lors qu'elle prévoit une exonération générale de responsabilité de la commune pour tout dommage résultant de l'exploitation du service.

Le décret du 18 mars 2009 a entériné cette solution puisque l'article R. 132-1, 6°, du Code de la consommation dispose que sont irréfragablement présumées abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de :

« Supprimer [...] 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 »¹⁹⁴².

La Cour de cassation a eu l'occasion de mettre ce texte en application dans un arrêt, déjà cité, en date du 23 janvier 2013¹⁹⁴³ concernant une convention de compte bancaire. En l'espèce, la clause qui impose au consommateur de vérifier les chèques de banque qui lui sont remis est jugée abusive, car elle « emporte réduction, voire exonération, de responsabilité » de la banque.

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011¹⁹⁴⁴ retient une solution plus restrictive car seules sont abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure la responsabilité du

¹⁹⁴⁰ Sur la compétence administrative pour l'appréciation du caractère abusif des clauses réglementaires, v. *supra* n°s 219 s..

¹⁹⁴¹ TA Nice, 28 avril 2006, *Bull. jur. des contrats publics* 2006, n° 49, p. 438, concl. F. DIEU ; *Contrats conc. consom.* 2006, comm. 145, note M. BAZEX.

¹⁹⁴² Nous soulignons.

V. déjà en ce sens, *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., selon lesquels est noire la « clause qui exonère le professionnel de sa responsabilité en cas d'inexécution, d'exécution défectueuse, partielle ou tardive ».

Ces clauses étaient aussi stigmatisées à l'ancienne annexe à l'article L. 132-1 du Code de la consommation en son point b).

¹⁹⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2013, préc..

¹⁹⁴⁴ COM (2011) 635 final.

professionnel « pour tout préjudice ou dommage causé au consommateur du fait d'un acte délibéré ou d'une négligence grave »¹⁹⁴⁵.

4. La clause relative à la cession de contrat

505. Caractère abusif. Le contrat peut, via une clause de substitution¹⁹⁴⁶, organiser les modalités de sa cession à un tiers. Une telle stipulation est valable en droit commun¹⁹⁴⁷.

Elle est, cependant, abusive car elle supprime le droit pour le contractant cédé, le non-professionnel ou consommateur, dans notre hypothèse, de consentir à la cession¹⁹⁴⁸, ce consentement étant acté dans la clause¹⁹⁴⁹. C'est pourquoi l'article R. 132-2, 5°, du Code de la consommation présume abusives les stipulations qui ont pour objet ou pour effet de :

« 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 consommateur »¹⁹⁵⁰.

En revanche, la limitation de leur condamnation à l'hypothèse d'une diminution des droits du non-professionnel ou consommateur est contre-productive, car ce dernier devra la prouver, de telle sorte qu'il perd tout le bénéfice probatoire censé être apporté par une clause grise¹⁹⁵¹.

5. La clause limitant les modes de preuve

506. Définition. Le contrat peut prévoir de limiter les modes de preuve à disposition du non-professionnel ou consommateur¹⁹⁵². Les conventions sur la preuve sont en principe

¹⁹⁴⁵ Art. 84, b), Annexe I. Nous soulignons.

¹⁹⁴⁶ Sur ces clauses, v. W. Dross, v° Substitution (contrats), in *Clausier, op. cit.*, p. 579 s..

¹⁹⁴⁷ Cass. com., 6 mai 1997, *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 146, note L. LEVENEUR ; *D.* 1997, p. 145, note Ch. JAMIN et M. BILLIAU ; *Deffrénois* 1997, art. 36663, n° 976, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1997, p. 936, obs. J. MESTRE.

¹⁹⁴⁸ Consacré par Cass. com., 6 mai 1997, préc..

¹⁹⁴⁹ Cass. com., 6 mai 1997, préc.

La Commission des clauses abusives s'était déjà prononcée en ce sens, v. *Recomm.* n° 82-02, B-15°, *BOCC* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 2008-01, 6, *BOCCRF* 23/04/2008 ; *Recomm.* n° 2010-01, I-B-10°, *BOCCRF* 25/05/2010

¹⁹⁵⁰ Nous soulignons.

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 retient une solution équivalente, v. art. 85, m), Annexe I, selon lequel sont présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet « de permettre au professionnel de céder ses droits et obligations sans le consentement du consommateur à moins que le contrat ne revienne à une filiale contrôlée par le professionnel ou que la cession résulte d'une fusion de sociétés ou d'une opération similaire licite et qu'elle soit peu susceptible de léser un droit quelconque du consommateur ».

¹⁹⁵¹ Dans le même sens, v. « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », préc. ; G. Paisant, art. préc..

¹⁹⁵² Sur les clauses relatives aux modes de preuve, v. W. Dross, v° Preuve, in *Clausier, op. cit.*, p. 427 s. ; S. Pierre-Maurice, art. préc..

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

licites¹⁹⁵³. Stipulées entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, le statut des clauses limitant les modes de preuve est différent selon que le professionnel qui en profite est commerçant ou pas¹⁹⁵⁴.

507. Caractère illicite de la clause limitant les modes de preuve stipulée au profit d'un commerçant. Faisant une application *a contrario* de l'article L. 110-3 du Code de commerce, la jurisprudence a décidé que, dans les actes mixtes, le professionnel commerçant peut utiliser contre une personne civile uniquement les modes de preuve du droit civil, alors que cette dernière peut utiliser tous modes de preuve contre lui¹⁹⁵⁵. Cette règle jurisprudentielle ne pouvant être écartée par convention, sont illicites les clauses réduisant les modes de preuve à la disposition d'un consommateur à l'encontre d'un commerçant. Dès lors, comme nous l'avons déjà vu, la qualification d'abus devient inutile¹⁹⁵⁶.

508. Caractère abusif de la clause limitant les modes de preuve stipulée au profit d'un professionnel non commerçant. Ces clauses sont abusives. En effet, par cette stipulation, le non-professionnel ou consommateur est privé d'une faculté que lui offrait le droit supplétif. La Commission des clauses abusives a déjà eu l'occasion de recommander l'élimination des clauses limitant les modes de preuve du consommateur, que ce soit dans des recommandations sectorielles¹⁹⁵⁷ ou de manière plus générale¹⁹⁵⁸. Le décret du 18 mars 2009 a aussi opté pour cette solution puisque l'article R. 132-2, 9°, du Code de la consommation présume abusives les stipulations tendant à :

« Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ».

Deux remarques sur cette interdiction réglementaire. D'abord, cette clause est grise car elle ne pouvait être « interdite de manière systématique dans la mesure où sa prohibition remettrait en

¹⁹⁵³ Un arrêt de 2004 a pu faire douter de cette solution (Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2004, *RDC* 2004, p. 938, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK et p. 1080, obs. A. DEBET ; *RTD civ.* 2005, p. 133, obs. J. MESTRE et B. FAGES). Il refusait de donner effet à la clause soumettant la garantie en cas de vol d'un véhicule à la preuve de l'effraction de l'habitacle et du forçage des organes de direction, au motif que « la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par contrat ». On a craint que cet arrêt sonne le glas de la validité des conventions sur la preuve. Cependant, la Cour de cassation a abandonné cette solution et a admis la validité de ce type de clauses (Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 2006, n° 04-20804 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 octobre 2006, n° 05-15185).

¹⁹⁵⁴ Sur la distinction entre professionnel et commerçant, v. *supra* n° 25.

¹⁹⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2001, *Bull. civ.* I, n° 1008, *D.* 2001, AJ, p. 1950, obs. LIENHARD ; *Defrénois* 2001, p. 1057, obs. LIBCHABER ; *RTD com.* 2001, p. 867, SAINTOURENS.

¹⁹⁵⁶ V. *supra* n° 176 s..

¹⁹⁵⁷ V. par ex., *Recomm.* n° 97-01, 22, *BOCCRF* 11/6/1997.

¹⁹⁵⁸ *Recomm.* de synthèse n° 91-02, 22, *BOCCRF*, 06/09/1991 ; « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives », préc..

cause un certain nombre de pratiques dont celles des cartes bancaires »¹⁹⁵⁹. Ensuite, le texte de la prohibition est mal rédigé puisque l'utilisation de l'adverbe « indûment » oblige le non-professionnel ou consommateur à rapporter la preuve de ce caractère, ce qui ruine le jeu de la présomption d'abus.

Notons que la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 présume aussi abusives les clauses qui cherchent à « limiter les moyens de preuve à la disposition du consommateur »¹⁹⁶⁰.

B. Inversion de la charge des obligations

509. Exemples topiques. Un autre moyen de neutraliser les droits supplétifs ou contractuels du non-professionnel ou consommateur est d'inverser la charge d'une obligation : alors qu'elle devrait peser sur le professionnel, une clause la fait supporter à son cocontractant¹⁹⁶¹. Il en est ainsi, notamment, des clauses qui renversent la charge de la preuve (1) et qui inversent la théorie des risques (2).

1. La clause renversant la charge de la preuve

510. Définition. L'article 1315 du Code civil établit les règles en matière de charge de la preuve :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Rien n'interdit, cependant, aux parties de stipuler le contraire¹⁹⁶², car ce texte n'est pas d'ordre public¹⁹⁶³.

511. Caractère abusif. En revanche, entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, ces clauses sont, sans aucun doute, abusives puisqu'elles privent ces derniers

¹⁹⁵⁹ « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », préc..

¹⁹⁶⁰ Art. 85, a), Annexe I, COM (2011) 635 final.

¹⁹⁶¹ Pour un autre exemple, v. *Recomm.* n° 200-01, I-4, *BOCCRF* 22/06/2000 (transfert d'obligations du bailleur au preneur).

¹⁹⁶² Sur les clauses renversant la charge de la preuve, v. W. Dross, v° Preuve, in *Clausier, op. cit.*, p. 427 s..

¹⁹⁶³ La doctrine admet généralement que les règles d'attribution de la charge de la preuve sont destinées à protéger les intérêts du plaideur qui échappe au risque de la preuve et que les parties peuvent en conséquence adopter par convention un système différent, soit en aménageant les règles légales, soit en les écartant, v. not. FR. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7^e éd., 2006, Précis Dalloz, n° 485. Ainsi, on peut prévoir, dans un mandat d'intérêt commun, qu'un des contractants pourra rompre le contrat sans prouver l'existence d'une cause légitime de rupture, l'autre partie supportant alors la charge de prouver un éventuel abus (Com. 19 juill. 1965, *Bull. civ.* III, n° 456).

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

du droit de ne pas rapporter la preuve ! D'ailleurs, elles ont toujours été considérées comme telles.

Ainsi la Commission des clauses abusives a pris le parti de les dénoncer. Dans sa recommandation de synthèse, elle présume abusives les stipulations qui ont pour objet de « déroger aux règles légales de preuve »¹⁹⁶⁴, ce qui vise notamment celles inversant la charge de la preuve. Elle est plus précise dans son « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives »¹⁹⁶⁵ qui désigne expressément les stipulations qui modifient, au détriment du non-professionnel ou consommateur, « les règles légales sur la charge [...] de la preuve ».

La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens. Il en est ainsi dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 1^{er} février 2005¹⁹⁶⁶. En l'espèce, il était prévu, dans un contrat de compte permanent, que la délivrance de l'information exigée par l'ancien article L. 311-9 du Code de la consommation serait effectuée par simple mention sur un listing informatique¹⁹⁶⁷. La Haute juridiction a approuvé la cour d'appel d'avoir déclaré cette clause abusive car le professionnel « s'exonérait de la preuve lui incombant du contenu de l'information de l'emprunteur sur les conditions de la reconduction du contrat ». Elle en conclut que « cette clause, qui inverse, au détriment du consommateur, la charge de la preuve, crée, à l'encontre de ce dernier, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »¹⁹⁶⁸.

Les différentes listes de clauses abusives qui se sont succédé incriminent aussi ce type de stipulations. Elles étaient ainsi visées par le point q) de l'ancienne annexe légale. Le décret du 25 novembre 2005, codifié à l'ancien article R. 132-2-1 du Code de la consommation¹⁹⁶⁹, les avait interdites dans le domaine particulier des contrats de services financiers à distance.

¹⁹⁶⁴ *Recomm.* n° 91-02, 12, *BOCCRF*, 06/09/1991.

¹⁹⁶⁵ *Préc.*.

¹⁹⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 01-16.733, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 99, note G. RAYMOND ; *D.* 2005, p. 640, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RDC* 2005, p. 719, obs. D. FENOUILLET.

¹⁹⁶⁷ La clause *in extenso* : « De convention expresse, pour limiter les coûts du crédit, la délivrance de cette information sera établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi ».

¹⁹⁶⁸ Nous soulignons.

¹⁹⁶⁹ « Dans les contrats mentionnés à l'article L. 121-20-8, est interdite comme abusive au sens du premier alinéa de l'article L. 132-1 la clause ayant pour objet ou pour effet de prévoir qu'incombe au consommateur la charge de la preuve du respect par le fournisseur de tout ou partie des obligations que lui imposent les dispositions des articles L. 121-20-8 à L. 121-20-16 du présent code, L. 112-2-1 du code des assurances, L. 221-18 du code de la mutualité, L. 932-15-1 du code de la sécurité sociale et L. 341-12 du code monétaire et financier ».

Depuis le décret du 18 mars 2009, leur interdiction a été généralisée à tous les contrats de consommation, ce dont il faut se féliciter. En effet, l'article R. 132-1, 12°, du Code de la consommation présume abusives, de manière irréfragable, les clauses qui ont pour objet ou pour 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 »¹⁹⁷⁰.

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 condamne aussi les stipulations qui imposent au consommateur « la charge d'une preuve qui, juridiquement, devrait incomber au professionnel », mais elles sont seulement grises¹⁹⁷¹.

2. La clause inversant la théorie des risques (dans un contrat non translatif de propriété)

512. Définition. En droit commun, dans un contrat non translatif de propriété¹⁹⁷², lorsqu'un contractant est empêché d'exécuter sa prestation en raison d'un cas de force majeure, non seulement il se trouve exonéré de son obligation par l'impossibilité d'exécution, mais son cocontractant est également libéré. Les risques sont donc supportés par le débiteur de l'obligation devenue impossible en application de l'adage *res perit debitori*¹⁹⁷³. Néanmoins, cette solution n'est pas d'ordre public et les parties ont la possibilité de prévoir que le risque pèsera non sur le débiteur de l'obligation inexécutée, mais sur le créancier (*res perit creditori*).

517. Caractère abusif. Les clauses qui inversent la théorie des risques sont abusives lorsqu'elles sont stipulées entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur. Ce dernier se voit, en effet, privé du bénéfice du droit à l'exception d'inexécution. Or, comme

¹⁹⁷⁰ Déjà en ce sens, v. *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc., selon lesquels est noire la « clause qui impose au consommateur la charge d'une preuve que la loi fait peser sur le professionnel ».

¹⁹⁷¹ Art. 85, a), Annexe I, COM (2011) 635 final.

¹⁹⁷² Notons que dans un contrat emportant le transfert de la propriété d'un corps certain, les risques pèsent sur le propriétaire, selon l'article 1138 al. 2 c. civ. et la maxime *res perit domino*. La clause d'un contrat de consommation qui inverserait ce principe ne serait aucunement abusive, puisqu'elle avantagerait le non-professionnel ou consommateur en faisant peser les risques qu'il aurait dû supporter en tant que propriétaire sur le professionnel.

¹⁹⁷³ Le principe n'est pas consacré de manière générale dans le Code civil, mais on en trouve plusieurs applications particulières (art. 1722 pour le contrat de bail ou art. 1790 pour les contrats de louage d'ouvrage et d'industrie).

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

des auteurs le relèvent, il est particulièrement « injuste que le contractant qui ne reçoit pas la prestation qu'il avait stipulée à son profit soit néanmoins obligé d'exécuter sa propre obligation »¹⁹⁷⁴. La pratique se prononce en ce sens.

La Commission des clauses abusives a ainsi pu stigmatiser ce type de stipulations¹⁹⁷⁵.

La Cour de cassation a aussi fustigé comme abusives les stipulations inversant la théorie des risques au détriment du non-professionnel ou consommateur. Ainsi dans un arrêt en date du 6 janvier 1994¹⁹⁷⁶, elle décide que « la cour d'appel a justement considéré que la clause qui fait supporter au preneur, dans un contrat de location de longue durée, la totalité des risques de perte ou de détérioration de la chose louée, même lorsque ceux-ci sont dus à un événement imprévisible et irrésistible constitutif de la force majeure et qu'aucune faute ne peut être imputée audit preneur, confère au bailleur un avantage excessif ». Commentant cette décision, Monsieur Delebecque constate que la stipulation évincée ne faisait que déroger aux « directives » tirées de l'article 1148 du Code civil et de la maxime *res perit debitori*, et il semble, d'ailleurs, regretter la solution retenue par la Cour car « nul n'a jamais prétendu qu'elles étaient impératives »¹⁹⁷⁷. La même logique motive un arrêt, déjà cité, de la première chambre civile du 10 février 1998 relatif à un contrat d'enseignement¹⁹⁷⁸. En l'espèce, une élève qui a arrêté de suivre la formation pour cause de maladie, s'est vu opposer la clause prévoyant que « le contrat devient définitif après la signature, le montant du contrat sera dû en totalité ; aucun motif ne sera retenu pour une éventuelle annulation ». La Cour de cassation approuve la cour d'appel de l'avoir jugée abusive car elle « procurait à l'École un avantage excessif en imposant à l'élève le paiement des frais de scolarité, même en cas d'inexécution du contrat [...] causé par un cas fortuit ou de force majeure ».

Dans les clauses que nous venons d'évoquer, la négation des droits du non-professionnel ou consommateur saute aux yeux. Cependant, il arrive qu'elle soit plus insidieuse.

¹⁹⁷⁴ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 667.

¹⁹⁷⁵ *Recomm.* n° 86-01, B-6, *BOCC* 11/03/1986.

¹⁹⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, préc..

Dans le même sens, Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1998, *Contrats conc. consom.* 1998, comm. 104, note G. RAYMOND. CA Bourges, 23 février 2000, *Contrats conc. consom.* 2001, comm. 15, note G. RAYMOND.

¹⁹⁷⁶ Ph. DELEBECQUE, obs. *Deffrénois* 1994, p. 821.

¹⁹⁷⁷ Ph. Delebecque, obs. préc..

¹⁹⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998, *Bull. civ.* I, n° 53 ; *Contrats, conc., consom.* 1998, comm. 70, note L. LEVENEUR ; *JCP G* 1998, 10124, note G. PAISANT ; *D.* 1998, jur. p. 539, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 1998, I, 155, n° 1, obs. Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 1998, p. 674, obs. J. MESTRE.

§ 2. La négation indirecte des droits supplétifs ou contractuels

514. Principe. La négation des droits supplétifs ou contractuels du non-professionnel ou consommateur peut aussi se manifester de manière indirecte. Les clauses ont, ainsi, moins « pour objet » que « pour effet » de le priver de ses droits. Cette négation indirecte découle du fait qu'un droit supplétif ou contractuel est bel et bien accordé au non-professionnel ou consommateur, mais que ses conditions de mise en œuvre sont tellement exorbitantes, qu'elles aboutissent, en réalité, à sa neutralisation. Plusieurs exemples permettent de s'en convaincre : la clause soumettant la résiliation au paiement d'une indemnité exorbitante (A), les clauses remettant en cause la responsabilité du professionnel (B) et les clauses rendant impossible la mise en œuvre de la garantie commerciale (C).

A. La clause soumettant la résiliation au paiement d'une indemnité

515. Il faut distinguer selon que le non-professionnel ou consommateur résilie un contrat à durée indéterminée (1) ou à durée déterminée (2).

a. Dans un contrat à durée indéterminée

516. Définition. Dans les contrats à durée indéterminée, les parties ont une faculté de résiliation unilatérale d'origine légale qui préserve ainsi la prohibition des engagements perpétuels. C'est une faculté discrétionnaire, en ce que le contractant ne peut en être privé¹⁹⁷⁹. Cette faculté est, en outre, gratuite¹⁹⁸⁰. Cependant, en droit commun, des clauses peuvent aménager la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, en prévoyant notamment une obligation d'indemnisation à la charge de celui qui l'exerce¹⁹⁸¹.

517. Caractère abusif. Ces stipulations lorsqu'elles figurent dans un contrat de consommation sont abusives car elle prive le non-professionnel ou consommateur de son droit de résilier gratuitement les contrats à durée indéterminée. C'est en ce sens que s'est prononcé le pouvoir réglementaire. En effet, l'article R. 132-1, 11°, du Code de la consommation classe dans la liste noire les clauses ayant pour but de :

¹⁹⁷⁹ En revanche, l'abus dans les circonstances de la résiliation du contrat à durée indéterminée peut être sanctionné.

¹⁹⁸⁰ L. AYNÈS, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., ss dir. Ph. Malaurie et L. Aynès, Defrénois, coll. Droit civil, 2013, n° 883.

¹⁹⁸¹ Sur la validité de ces clauses, v. à propos d'un contrat de mandat, Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, *JCP G* 2002, II, 10067, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; *RTD civ.* 2001, p. 589, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

« Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation du contrat par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ».

b. Dans un contrat à durée déterminée

518. Principe. Dans les contrats à durée déterminée, la faculté de résiliation du non-professionnel ou consommateur peut être subordonnée au paiement d'une indemnité. Une telle clause est, en principe, valable car elle se contente d'aménager son droit conventionnel de résilier le contrat¹⁹⁸². La situation est, toutefois, différente lorsque l'indemnité due est tellement importante, qu'elle est de nature à le faire renoncer à la résiliation.

519. Consécration pratique. Cette idée a été développée en pratique. La Commission des clauses abusives a, par exemple, recommandé que soit considérée comme abusive la clause des contrats de construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur qui permet :

« D'attribuer au professionnel, en cas de résiliation du contrat du fait du consommateur¹⁹⁸³, une indemnité supérieure au montant des travaux qu'il a effectués, des frais qu'il a exposés et du bénéfice qu'il était en droit d'espérer si le contrat avait été mené à son terme »¹⁹⁸⁴.

Le caractère disproportionné de l'indemnité de résiliation justifiait l'éradication de la clause.

La Cour de cassation a abondé dans ce sens. Ainsi, dans l'arrêt du 28 avril 1987¹⁹⁸⁵, déjà mentionné, elle a jugé abusive, sur le fondement de l'article 2 du décret du 24 mars 1978, la clause attribuant diverses indemnités au professionnel, installateur de système de télésurveillance, quel que soit le motif de la résiliation par le client.

La jurisprudence rendue en matière de contrat d'enseignement illustre la même tendance. Ainsi, dans l'arrêt du 31 janvier 1995¹⁹⁸⁶, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la clause prévoyant une indemnité de résiliation s'élevant à 30% du prix total de la scolarité et imposée par l'école à ses élèves ne lui procurait pas un avantage excessif.

¹⁹⁸² Sur ce point, v. *supra* n° 481 s..

¹⁹⁸³ Le considérant explicatif montre que « du fait du consommateur » doit être entendu « par le consommateur ».

¹⁹⁸⁴ *Recomm.* n° 81-02, 16°, *BOSP* 16/01/1981. Dans le même sens, v. *Recomm.* n° 82-03, C-8°, *BOCC* 22/12/1982.

¹⁹⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, préc..

¹⁹⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1995, préc..

Un dernier arrêt peut être cité en ce sens, celui de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 29 octobre 2002¹⁹⁸⁷. En l'espèce, un consommateur avait conclu un contrat de vente de matériel de télésurveillance. Il avait pu obtenir une remise conséquente (60%) sur son prix, en consentant à signer un contrat d'abonnement de télésurveillance avec la même société. Une clause précisait que cet abonnement était conclu pour une durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction, mais résiliable à tout moment. Toutefois, cette même clause prévoyait qu'en cas de résiliation à la demande de l'acquéreur, ce dernier devrait régler une somme à peu près équivalente au montant de la réduction obtenue. La Cour de cassation la considère abusive au motif qu'elle « fait peser sur l'exercice de cette faculté de résiliation une contrainte excessive ». En d'autres termes, le coût de la résiliation est tel qu'il dissuade le consommateur de la demander¹⁹⁸⁸.

B. Les clauses remettant en cause la responsabilité du professionnel

520. Exemples topiques. Comme nous l'avons précédemment évoqué, les clauses élusives de réparation sont abusives¹⁹⁸⁹. Il arrive que le même résultat, à savoir l'exclusion de la responsabilité du professionnel, soit atteint indirectement du fait d'autres stipulations, qu'il s'agisse d'une clause limitative de réparation d'un montant dérisoire (1), de clauses limitatives ou exclusives d'obligations du professionnel (2).

1. La clause limitative de responsabilité d'un montant dérisoire

521. Caractère abusif. Selon nous, les clauses exclusives de responsabilité du professionnel sont abusives, tandis que les clauses limitatives de réparation ne devraient pas l'être¹⁹⁹⁰. Par exception, ces dernières peuvent être regardées comme abusives lorsque le montant de réparation prévu paraît dérisoire. En effet, dans ce cas, la clause revient à priver le non-professionnel ou consommateur de son droit à réparation. Elle doit être requalifiée en clause exonératoire de responsabilité et considérée, en tant que telle, comme abusive.

Cette idée se trouvait mise en pratique, avant l'adoption du décret du 18 mars 2009. Ainsi l'ancienne annexe à l'article L. 132-1 du Code de la consommation pouvait être interprétée en

¹⁹⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 29 octobre 2002, *Contrats conc. consom.* 2003, comm. 3, note G. RAYMOND ; *JCP G* 2003, I, 122, n° 25, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 90, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP E* 2004, n° 386, note S. ABRAVANEL-JOLLY.

¹⁹⁸⁸ Dans le même sens, X. Lagarde, art. préc., n° 9.

¹⁹⁸⁹ Sur ce point, v. *supra* n°s 507 s..

¹⁹⁹⁰ V. *supra* n°s 486 s..

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

ce sens, puisque son point b) condamnait seulement les stipulations qui limitaient « de façon inappropriée » la réparation due au consommateur. De même, la Commission des clauses abusives dans son « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives »¹⁹⁹¹, visaient seulement celles qui la réduisaient « excessivement ». D'ailleurs, dans ses recommandations les plus récentes, la Commission des clauses abusives avait, semble-t-il, encore durci sa position puisqu'elle ne dénonçait plus que les stipulations qui « limit[aient] la réparation à un montant dérisoire »¹⁹⁹².

Cette tendance est aussi illustrée par la jurisprudence relative aux clauses contenues dans les contrats de développement de films ou de pellicules photographiques, limitant la responsabilité du laboratoire, en cas de perte desdits films ou pellicules, à leur remplacement par un film ou une pellicule vierge. En effet, à plusieurs reprises, la Cour de cassation les a considérées comme abusives, d'abord en les faisant tomber sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 2 du décret du 24 mars 1978¹⁹⁹³, puis sur le fondement d'une motivation détachée de ce texte, comme dans l'arrêt du 19 juin 2001¹⁹⁹⁴ :

« En affranchissant [...] le prestataire de service 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 obligations des parties »¹⁹⁹⁵.

Cette solution montre la volonté de la Cour de limiter la condamnation des clauses limitatives de responsabilité à celles qui fixent un montant de réparation dérisoire. Pour preuve, on peut citer sa jurisprudence selon laquelle ces stipulations sont valables lorsque le client a la faculté d'obtenir une indemnisation non forfaitaire moyennant un surcoût¹⁹⁹⁶. Ces clauses, dites de déclaration de valeur, laissent une option au non-professionnel ou consommateur qui peut choisir l'indemnisation forfaitaire prévue par la clause limitative standard ou signaler,

¹⁹⁹¹ Préc..

¹⁹⁹² *Recomm.* n° 2003-01, I-7°, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 2007-01, 12°, *BOCCRF* 31/07/2007.

¹⁹⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, préc..

¹⁹⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2001, *JCP G* 2001, II, 10631, note G. PAISANT.

¹⁹⁹⁵ Dans le même sens, v. *Recomm.* n° 82-04, A, *BOCC* 22/12/1982 qui recommande que « soient éliminées des documents contractuels proposés à leurs clients non-professionnels ou consommateurs par les laboratoires photographiques ou cinématographiques et par les négociants les clauses ayant pour objet ou pour effet [...] de limiter leur responsabilité au simple remplacement des films perdus ou avariés par des films vierges ».

¹⁹⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1990, *D.* 1991, jur. p. 460, note J. GHESTIN ; *JCP* 1991, II, 21674, note G. PAISANT. V. aussi Cass. 1^{ère} civ., 24 février 1993, *JCP* 1993, II, 22166, note G. PAISANT ; *D.* 1994, jur. p. 6, note X. AGOSTINELLI ; *D.* 1994, somm. p. 249, obs. Th. HASSLER ; *Defrénois* 1994, 355, obs. D. MAZEAUD. Dans le même sens, *Recomm.* n° 82-04, B, *BOCC* 22/12/1982 ; *Avis* n° 95-01 relatif à la responsabilité en cas de perte ou de détérioration d'un film photographique, *BOCCRF* 6/07/1996 ; *Avis* n° 95-02 relatif à la responsabilité en cas de perte ou de détérioration de documents ou objets contenus dans un coffre-fort, *BOCCRF* 6/07/1996.

moyennant le paiement d'une somme supplémentaire, la valeur exceptionnelle qu'il attache à ses films (ou pellicules) et obtenir ainsi une indemnisation non forfaitaire.

2. Les clauses exclusives ou limitatives d'obligation

522. Principe. Le contrat peut stipuler que le professionnel ne sera pas tenu de certaines obligations. Ces clauses exclusives ou limitatives d'obligation¹⁹⁹⁷ ont pour effet de priver indirectement le non-professionnel ou consommateur du droit à réparation dont il aurait dû bénéficier en cas d'inexécution de ces obligations. Nous allons donner quelques exemples typiques de clauses exclusives ou limitatives d'obligation qui peuvent figurer dans toutes sortes de contrats¹⁹⁹⁸.

523. La clause faisant d'une obligation de résultat une obligation de moyens. La clause qui transforme une obligation de résultat en une obligation de moyens est une clause limitative d'obligation. Elle est, en principe, valable en droit commun.

Elle doit, en revanche, être considérée comme abusive¹⁹⁹⁹, car elle a pour effet de nier doublement les droits du non-professionnel ou consommateur. Ainsi, ce dernier se trouve dépossédé d'un avantage probatoire non négligeable lorsqu'il veut invoquer la responsabilité de son cocontractant. En effet, lorsque le professionnel est tenu d'une obligation de résultat, le non-professionnel ou consommateur doit seulement prouver que ce résultat n'a pas été obtenu, alors qu'il doit rapporter la preuve de la faute du professionnel débiteur d'une obligation de moyens. Ces clauses font perdre, en outre, au non-professionnel ou consommateur le bénéfice de la responsabilité de plein droit du professionnel, dont ce dernier ne peut s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère (art. 1147 c. civ.)²⁰⁰⁰

¹⁹⁹⁷ Sur ces clauses, v. Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-Marseille III, 1981 ; W. Dross, v° Exclusive ou limitative d'obligation, in *Clausier, op. cit.*, p. 201 s..

¹⁹⁹⁸ D'autres exemples pourraient être cités de clauses limitatives ou exclusives d'obligations propres à un contrat spécifique, v. par ex. *Recomm.* n° 80-04, II-3°, -5°, -6° et -8° *BOSP* 17/10/1980 (obligations diverses en matière de baux à usage d'habitation) ; *Recomm.* n° 81-02, 15°, *BOSP* 16/01/1981 (garanties des art. 1792 s. c. civ.), *Recomm.* n° 85-03, B-19°, -24°, *BOCC* 4/09/1985 (obligations propres aux établissements hébergeant des personnes âgées) ; *Recomm.* n° 95-02, 2°, *BOCCRF* 25/08/1995 (obligation de conseil) ; *Recomm.* n° 2003-01, II-15° et -16°, *BOCCRF* 31/01/2003 (obligations du fournisseur d'accès à l'Internet) ; *Recomm.* n° 2007-01, 2°, 15°, *BOCCRF* 31/07/2007 (obligations du fournisseur de « triple play »).

¹⁹⁹⁹ Sauf lorsque le professionnel est légalement tenu d'une obligation de résultat (par exemple, lorsque le contrat est conclu à distance, art. L. 121-20-3 al. 4 c. consom.), dans ce cas, la clause stipulant une obligation de moyens n'est pas abusive, mais illicite.

²⁰⁰⁰ Tandis que le professionnel débiteur d'une obligation de moyens peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant son absence de faute (art. 1137 c. civ.).

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

Le caractère abusif de ce type de clauses est retenu en pratique. Ainsi la Commission des clauses abusives les a régulièrement dénoncées²⁰⁰¹. La jurisprudence s'est aussi prononcée en ce sens. Ainsi dans un arrêt en date du 28 avril 1987²⁰⁰², la Cour de cassation a jugé abusive, au regard de l'article 2 du décret du 24 mars 1978, la stipulation selon laquelle le vendeur d'un système de télésurveillance ne contracte dans tous les cas qu'une obligation de moyens et non de résultat relativement aux dommages subis par son cocontractant ainsi qu'au mauvais fonctionnement d'une installation. Commentant cette décision, Jean-Luc Aubert constatait que la clause « pouvait ainsi interdire une réparation à laquelle le contractant aurait pu prétendre »²⁰⁰³. De même, dans un arrêt en date du 8 novembre 2007²⁰⁰⁴, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir écarté la clause d'un contrat de fourniture d'accès à Internet au motif qu'elle « avait pour effet de dégager [le professionnel] de son obligation essentielle, justement qualifiée d'obligation de résultat, d'assurer effectivement l'accès au service promis ». Aujourd'hui, une telle clause relèverait de l'interdiction des clauses élusives de responsabilité de l'article R. 132-1, 6°, du Code de la consommation.

524. La clause prévoyant que le délai d'exécution du contrat n'est donné qu'à titre indicatif. Il arrive que les professionnels prévoient que le délai d'exécution du contrat n'est donné qu'à titre indicatif. Une telle clause est valable en droit commun.

Cependant, elle est abusive étant donné qu'elle a pour effet d'éluder la responsabilité du professionnel en cas de retard dans l'exécution de ses obligations²⁰⁰⁵. Les projets de réforme du droit de la consommation se prononçaient en ce sens²⁰⁰⁶. Ainsi en a décidé la Commission des clauses abusives, notamment dans sa recommandation n° 80-06 concernant les délais de livraison²⁰⁰⁷ ainsi que dans sa recommandation de synthèse²⁰⁰⁸. La Cour de cassation a adopté une solution similaire dans un arrêt en date du 16 juillet 1987²⁰⁰⁹. En l'espèce, elle a condamné la stipulation d'un contrat de vente de meubles conférant au délai de livraison un

²⁰⁰¹ *Recomm.* n° 97-01, B-14, *BOCCRF* 11/6/1997 ; *Recomm.* n° 03-01, 15°, *BOCCRF* 31/01/2003 ; *Recomm.* n° 07-01, 9°, *BOCCRF* 31/07/2007 ; *Recomm.* n° 2010-01, I-A-3°, III-22°, *BOCCRF* 25/05/2010.

²⁰⁰² Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, préc..

²⁰⁰³ J.-L. Aubert, obs. *D.* 1987, somm. p. 455.

²⁰⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, préc..

²⁰⁰⁵ Dans le même sens, v. G. Paisant, art. préc..

²⁰⁰⁶ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc.. Elle figurait même dans la liste noire.

²⁰⁰⁷ *BOSP* 26/11/1980. Dans le même sens, v. *Recomm.* n° 82-01, B-4°, *BOCC* 27/03/1982 ; *Recomm.* n° 85-02, B-14°, *BOCC* 4/09/1985 ; *Recomm.* n° 97-01, B-2, *BOCCRF* 11/6/1997 ; *Recomm.* n° 07-02, 11°, *BOCCRF* 24/12/2007.

²⁰⁰⁸ *Recomm.* de synthèse n° 91-02, 9, *BOCCRF* 06/09/1991.

²⁰⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1987, préc.. Dans le même sens, v. TGI Paris, 16 avril 1991, préc. ; TI Metz, 4 janvier 1993, préc. ; TGI Toulouse, 6 juillet 1993, préc..

caractère purement indicatif, au motif qu'elle confère « au professionnel vendeur un avantage excessif, notamment en lui laissant l'appréciation du délai de livraison et en réduisant le droit à réparation prévu par l'article 1610 c. civ. au bénéfice de l'acquéreur non-professionnel ».

Depuis le décret du 18 mars 2009, est présumée abusive, à l'article R. 132-2, 7°, du Code de la consommation, la clause qui a pour objet ou pour effet de :

« Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ».

Cette interdiction est inopportune et incohérente. Inopportune, car il était inutile de la stigmatiser, puisque ces stipulations sont, implicitement, des clauses exonératoires de responsabilité, interdites par ailleurs (art. R. 132-1, 6° c. consom.). Incohérente, car les clauses élusives de responsabilité sont noires tandis que les stipulations relatives au délai d'exécution du contrat sont grises ! Peut-être cela s'explique-t-il par la volonté du pouvoir réglementaire de laisser au professionnel une chance de prouver que des motifs légitimes justifiaient qu'il stipule un délai de livraison indicatif.

525. La clause supprimant l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou préposés. Les contrats de consommation comportent parfois des stipulations par lesquelles le professionnel décline sa responsabilité pour les engagements, non conformes aux conditions générales, qui seraient intervenus entre ses salariés ou ses représentants et le non-professionnel ou consommateur. En principe, ces clauses sont, en elles-mêmes, valables car elles ne visent qu'à soumettre ces engagements à une acceptation du professionnel.

Elles sont, toutefois, abusives, lorsqu'elles sont stipulées dans un contrat de consommation, car elles ruinent les attentes légitimes du non-professionnel ou consommateur²⁰¹⁰ en le privant du jeu normal de la représentation, qui est de l'essence même des contrats de mandat et de travail et selon laquelle le mandant ou l'employeur est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire ou le salarié.

Ainsi, les projets de réforme du droit de la consommation fustigeaient comme noire la « clause qui restreint l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou mandataires »²⁰¹¹.

De même, la Commission des clauses abusives a régulièrement dénoncé ces stipulations²⁰¹², notamment dans son « Rapport sur une éventuelle application de l'article

²⁰¹⁰ En ce sens, v. G. Paisant, art. préc...

²⁰¹¹ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc..

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives »²⁰¹³ ou dans sa recommandation de synthèse²⁰¹⁴ selon lesquels sont abusives les clauses ayant pour objet et pour effet, respectivement, de :

« Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses représentants » ;

« Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les promesses faites, les garanties accordées ou les engagements pris par son préposé ou son agent ».

La jurisprudence a aussi eu l'occasion de se prononcer sur ce type de clauses. Ainsi dans l'un des arrêts du 14 novembre 2006²⁰¹⁵, la Cour de cassation juge abusive la stipulation selon laquelle « les concessionnaires ou leurs agents ne sont pas les mandataires des constructeurs ; ils sont seuls responsables vis-à-vis de leurs clients de tous engagements pris par eux », au motif qu'elle laisse entendre que le constructeur ne pourrait encourir aucune responsabilité et que le consommateur est dépourvu de tout recours envers le fabricant.

L'interdiction est reprise quasiment à l'identique à l'article R. 132-1, 2°, du Code de la consommation qui présume abusive, de manière irréfragable, la stipulation aboutissant à :

« Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires »²⁰¹⁶.

Si l'interdiction présente sans aucun doute une vertu pédagogique, elle semble néanmoins inutile d'un point de vue strictement juridique, car sa condamnation est déjà assurée par la prohibition des clauses exclusives de responsabilité par l'article R. 132-1, 6°, du Code de la consommation.

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 condamne pareillement ce type de clauses en visant celles qui ont pour objet ou pour effet :

« De limiter l'obligation du professionnel d'être lié par les engagements pris par ses agents mandatés [...] »²⁰¹⁷.

526. La clause laissant le professionnel déterminer si le bien ou le service est conforme aux stipulations contractuelles²⁰¹⁸. Ces clauses sont *a priori* valables (qu'elles visent

²⁰¹² *Recomm.* n° 80-04, II-7° *BOSP* 17/10/1980 ; *Recomm.* n° 85-02, B-6°, *BOCC* 4/09/1985 ; *Recomm.* 94-05, 1°)-B, *BOCCRF* du 28/12/1994 ; *Recomm.* n° 97-02, 2°)-c, *BOCCRF* 12/12/1997.

²⁰¹³ Préc..

²⁰¹⁴ *Recomm.* n° 91-02, 4, *BOCCRF*, 06/09/1991.

²⁰¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578, préc..

²⁰¹⁶ Déjà en ce sens, v. point n) anc. annexe à art. L. 132-1 c. consom..

²⁰¹⁷ Art. 84, c), annexe I, COM (2011) 635 final.

²⁰¹⁸ Sur cette formule qui peut aussi viser les clauses qui écartent la garantie de conformité du droit de la consommation, v. *supra* n^{os} 171 et 172.

l'obligation de délivrance conforme en matière de vente qui n'est pas d'ordre public ou une obligation de conformité autre). Néanmoins, elles sont abusives dès lors qu'elles lient un professionnel et un non-professionnel ou consommateur. Elles aboutissent, en effet, à écarter la responsabilité du premier étant donné que le second se trouve privé du droit de contester la bonne exécution du contrat. La pratique se prononce, une nouvelle fois, en ce sens.

Ainsi les projets de réforme du droit de la consommation projetaient de considérer comme noire la « clause qui accorde au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat »²⁰¹⁹.

La Commission des clauses abusives est allée dans le même sens, notamment dans son « Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives »²⁰²⁰, qui prévoit d'interdire comme abusives les clauses qui ont pour effet ou pour objet d' « accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux spécifications du contrat ».

De même, la jurisprudence a éradiqué ces clauses. Ainsi dans un arrêt en date du 30 octobre 2007²⁰²¹, la Cour de cassation a déclaré abusive la stipulation d'un contrat proposé par un marchand de listes de biens immobiliers qui prévoyait « la remise d'une liste d'immeubles parmi lesquels figuraient des immeubles de la nature de ceux recherchés », assortie d'une clause par laquelle « le client reconnaissait avoir reçu un fichier conforme à son attente et que la prestation avait été fournie ». Elle estime en effet que cette clause avait pour effet :

« D'exonérer ce marchand de listes, en lui conférant la maîtrise de l'appréciation de la conformité du service aux prévisions contractuelles, de son obligation d'accomplir parfaitement sa prestation consistant à fournir exclusivement une liste de biens disponibles correspondant à celui recherché par le cocontractant »²⁰²².

Cette clause est irréfragablement présumée abusive depuis le décret du 18 mars 2009 qui interdit les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

Art. R. 132-1, 4° c. consom. : « D'accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat [...] »²⁰²³.

²⁰¹⁹ *Vers un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport préc. ; *Propositions pour un code de la consommation*, rapport préc..

²⁰²⁰ Préc..

²⁰²¹ Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2007, préc..

²⁰²² Nous soulignons.

²⁰²³ La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente en date du 11 octobre 2011 (COM (2011) 635 final) retient une formulation très proche en son art. 84, f), annexe I, selon lequel est toujours abusive la clause qui a pour objet ou pour effet « d'accorder au seul professionnel le

C. Les clauses rendant impossible la mise en œuvre de la garantie commerciale

527. La garantie commerciale²⁰²⁴. À la différence de la garantie légale, la garantie commerciale n'est due que par les fabricants et les vendeurs qui la promettent. Elle se pratique surtout dans les ventes d'automobiles et d'appareils domestiques. Elle consiste, en général, à obliger le vendeur à maintenir la chose en bon état, à des conditions convenues, pendant un délai déterminé postérieurement à la vente²⁰²⁵. Le professionnel n'étant pas tenu de stipuler une telle garantie, il lui est loisible d'y poser des conditions²⁰²⁶.

Néanmoins, en jurisprudence, sont abusives les clauses qui limitent la garantie commerciale, de manière draconienne, de telle sorte que le non-professionnel ou consommateur en est, en réalité, privé. Les quatre arrêts du 14 novembre 2006 rendus à propos de contrats de vente de véhicules automobiles illustrent cette idée²⁰²⁷. En l'espèce, des stipulations imposaient à l'acheteur, sous peine de perdre le bénéfice de la garantie, de faire appel à un concessionnaire du constructeur pour l'entretien courant, les réparations et les révisions de son véhicule. Elles sont jugées tantôt abusives, tantôt valables. Elles sont abusives lorsque du fait de leur généralité, elles ont pour objet ou pour effet d'exonérer le constructeur de sa garantie contractuelle alors que la défaillance ou le défaut du véhicule pour lequel le consommateur revendiquerait cette garantie seraient sans lien avec les travaux effectués par un réparateur indépendant du réseau de distribution²⁰²⁸. C'est le cas des stipulations qui excluent la garantie « lorsque des pièces ou des accessoires non agréés par le constructeur ont été montés sur le véhicule »²⁰²⁹, « lorsque le propriétaire néglige les prescriptions d'entretien du véhicule qui doit être effectué obligatoirement dans un atelier agréé »²⁰³⁰ ou lorsque l'acquéreur n'a pas fait « réparer par un atelier du réseau (...) les dommages dus à des causes extérieures »²⁰³¹ à la corrosion. En revanche, sont valables les stipulations éludant la garantie commerciale pour les dégâts résultant de travaux de tiers dont

droit de déterminer si le bien, le contenu numérique ou le service connexe fourni est conforme aux stipulations contractuelles ».

²⁰²⁴ J. Calais-Auloy, H. Temple, *op. cit.*, n° 238.

²⁰²⁵ Elle se distingue en cela de la garantie légale qui oblige le vendeur à supporter les conséquences d'un vice caché (code civil) ou d'un défaut de conformité (code de la consommation) qui existaient au moment de la vente.

²⁰²⁶ Sur ce point, v. *supra* n° 483.

²⁰²⁷ Dans le même sens, v. N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », art. préc..

²⁰²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578, préc. ; n° 04-15.646, préc. ; n° 04-15890, préc.. Dans le même sens, v. Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013, *JCP G* 2013, 538, note G. PAISANT.

²⁰²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578, préc..

²⁰³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.646, préc..

²⁰³¹ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.890, préc..

le professionnel n'a pas à répondre²⁰³². De même ne sont pas abusives les clauses excluant la garantie pour les dommages résultant d'une cause extérieure à la chose garantie (phénomènes naturels, mécaniques ou chimiques)²⁰³³.

528. Conclusion du chapitre. L'identification empirique de la notion de clause abusive aboutit ainsi à faire ressortir un autre critère du déséquilibre significatif : la négation des droits supplétifs ou contractuels du non-professionnel ou consommateur. Avec la mise en œuvre de ce critère, les sources d'appréciation de la notion de clause abusive cherchent à préserver les attentes légitimes²⁰³⁴ de ce dernier. Il ne s'agit pas de protéger ses attentes réelles, mais de contrôler la conformité de la clause aux attentes raisonnables ou normales, à la lumière de ce qu'il aurait pu légitimement attendre du contrat²⁰³⁵.

Or, il ne semble pas raisonnable que les non-professionnels ou consommateurs soient totalement privés, par l'effet d'une clause, du bénéfice du droit supplétif qui incarne un modèle d'équilibre contractuel. De même, il paraît tout aussi anormal qu'ils soient spoliés des droits que le contrat leur accorde, d'un côté, mais qu'il leur reprend de l'autre. Dans ces cas-là, la qualification de clause abusive s'impose, encore une fois, de manière assez évidente.

*

* *

529. Conclusion du titre. Dans sa décision du 13 janvier 2011²⁰³⁶ sur la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, le

²⁰³² Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578 et n° 04-15.645, préc.. Dans le même sens, v. Cass. 1^{ère} civ., 5 juillet 2005, préc..

²⁰³³ Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-17.578, n° 04-15.645 et n° 04-15.890, préc..

²⁰³⁴ La notion d'attente(s) ou d'attente(s) légitime(s) a connu un certain succès doctrinal, v. G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, th. Université de Picardie, 2008 ; J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », *Mélanges Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171 ; H. AUBRY, « L'apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RID comp.* 2005, p. 628 ; P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321 ; P. NGUIHÉ-KANTÉ, « La prise en compte des attentes légitimes en droit privé », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* 2009, p. 317. V. aussi Th. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », *RDC* 2013 p. 336.

²⁰³⁵ Comp. avec l'art. L. 211-5, 1°, al. 2 c. consom. relatif à la garantie légale de conformité, selon lequel pour être conforme au contrat, le bien doit « présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre ».

²⁰³⁶ Cons. constit., déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, M. BÉHAR-TOUCHAIS, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *Rev. Lamy de la concurrence*, avril-juin 2011, n° 27, p. 41 ; A. DADOU, « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? », *LPA* 13 avril 2011, n° 73, p. 17 ; J.-L. FOURGOUX, « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

Conseil constitutionnel a estimé que la notion de déséquilibre significatif, auquel se réfère cet article, est une « notion dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence »²⁰³⁷. Manifestement, sur ce point²⁰³⁸, le Conseil constitutionnel ne s'y est pas trompé. Allant plus loin, nos recherches montrent même qu'il existe une grande convergence entre les différentes sources d'appréciation de la notion de clause abusive (jurisprudence, listes réglementaires et Commission des clauses abusives) qui recourent à deux critères principaux pour caractériser le déséquilibre significatif.

L'unilatéralisme en faveur du professionnel est le premier de ces critères. Il permet de déclarer abusives deux sortes de stipulations, celles qui attribuent des prérogatives au seul professionnel (clauses non réciproques) et celles qui confèrent à ce dernier une prérogative arbitraire. Le deuxième critère est la négation des droits supplétifs et contractuels du non-professionnel ou consommateur. Sa mise en œuvre conduit à écarter comme abusive toute clause qui nie les droits dont le non-professionnel ou consommateur aurait pu légitimement s'attendre à bénéficier.

Comme toute classification, notre travail n'échappe pas, sans doute, à la critique d'une dimension parfois trop systématique. C'est d'ailleurs ce qui explique que certaines stipulations répondent à plusieurs critères à la fois. L'exemple des clauses relatives à la résiliation est, à ce titre, significatif. Elles pourraient, en effet, être déclarées abusives tout aussi bien parce qu'elles ne sont pas réciproques, parce que le professionnel en tire une faculté discrétionnaire de résiliation ou parce qu'elles reviennent à priver le non-professionnel ou consommateur de la possibilité de se prévaloir de la résolution judiciaire du droit commun. La critique n'enlève rien, cependant, à la valeur de la classification adoptée. Elle éclaire seulement sur la complémentarité qui existe entre les critères dégagés. Si l'on veut échapper à la qualification d'abus, les critères sont cumulatifs ; si l'on veut retenir la qualification d'abus, les critères sont alternatifs : un seul suffit à caractériser le déséquilibre significatif.

À l'exception de cette réserve, les critères dégagés permettent de rendre bien compte de l'extrême diversité des clauses liant un professionnel et un non-professionnel ou

matière de clauses abusives », *Contrats conc. consom.* 2011, ét. 5 ; D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP G* 2011, n° 10, p. 477 ; Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil Constitutionnel », *D.* 2011, chron. p. 414 ; D. TRICOT, « Vers un équilibre significatif dans les pratiques commerciales », *concurrences : revue des droits de la concurrence* mars 2011, n° 1, p. 26 ; J. ZOUGHI, « Le déséquilibre significatif conforme à la Constitution ! », *Décideurs. Stratégie Finance Droit*, n° 2010-2011, p. 149 ; *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 62, note N. MATHEY ; *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 63, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES.

²⁰³⁷ Sur cette affirmation, v. Y. Picod, chron. préc., qui l'approuve, car « il était difficile de considérer que cette notion renvoyait à un contenu dénotant ou purement approximatif ».

²⁰³⁸ Il était plus douteux, en revanche, d'affirmer que la notion de déséquilibre telle que définie en droit de la consommation était transposable en droit de la concurrence, v. *infra* n° 533.

consommateur. Pourtant, une stipulation, et pas la moindre, la clause pénale, n'a pas encore été évoquée pour la simple raison qu'elle ne répond à aucun des deux critères. Cela signifie-t-il qu'elle ne peut être abusive ?

530. Le cas de la clause pénale. Une réponse négative s'impose, du moins en droit positif. En effet, l'article R. 132-2, 3°, du Code de la consommation présume abusives les stipulations ayant pour objet ou pour effet d' :

« Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ».

Ce texte vise, entre autres²⁰³⁹, les clauses pénales²⁰⁴⁰ par lesquelles les contractants évaluent forfaitairement et par avance l'indemnité due par le débiteur en cas d'inexécution totale, partielle ou tardive de son obligation.

Il faut s'interroger sur cette condamnation. En effet, les clauses pénales d'un montant excessif ne confèrent pas de pouvoir unilatéral au professionnel²⁰⁴¹ et ne nient pas un droit supplétif ou contractuel du non-professionnel ou consommateur. Il n'est pas proscrit que des stipulations se voient déclarées abusives en dehors des critères établis qui ne sont pas exclusifs, dès lors qu'elles répondent à la définition de l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation. Or, de toute évidence, une disproportion manifeste entraîne bien un déséquilibre significatif.

La question qui se pose alors est celle de l'articulation entre la qualification de clause abusive de l'article R. 132-2, 3°, du Code de la consommation et le droit commun des clauses pénales de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. Ce dernier texte, prévoit, en effet, que le juge dispose d'un pouvoir de modération de ces stipulations lorsque la peine prévue est « manifestement excessive ou dérisoire ». Ainsi le non-professionnel ou consommateur dispose d'une option lorsqu'il est confronté à une clause pénale excessive ou disproportionnée. Il peut agir soit sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, et demander sa

²⁰³⁹ La formulation du texte permet de l'appliquer aussi à d'autres clauses, comme les clauses de dédit ou les clauses de remboursement anticipé.

²⁰⁴⁰ Sur les clauses pénales, v. not. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992 ; W. Dross, v° Pénale, in *Clausier, op. cit.*, p. 372.

Sur les rapports entre les qualifications de clause pénale et de clause abusive, v. G. Paisant, « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », art. préc. ; A. Sinay-Cytermann, « Clauses pénales et clauses abusive : vers un rapprochement », art. préc. ; Y.-M. Laithier, « Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », art. préc. ; CA Paris, 20 septembre 1991, *D.* 1992, somm. p. 268, obs. J. KULLMANN ; *Gaz. Pal.* 1993, 1, p. 211, note D. MAZEAUD ; *JCP* 1992, II, note A. SINAY-CYTERMANN ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, préc. ; Cass. 1^{ère} civ., 2 octobre 2007, *RJDA* 2008, n° 196.

²⁰⁴¹ En revanche, les clauses pénales, même non manifestement disproportionnées peuvent être déclarées abusives lorsqu'elles ne sont pas réciproques, v. *supra* n°s 398 s..

IDENTIFICATION EMPIRIQUE

réduction, soit sur celui de l'article R. 132-2, 3°, pour obtenir que la clause soit réputée non écrite²⁰⁴². A-t-il intérêt à invoquer un texte plus que l'autre ?

De prime abord, on serait tenté de penser qu'il est préférable pour lui de se fonder sur le texte du droit de la consommation. En effet, ce dernier le dispense, en principe, par le jeu de la présomption, de rapporter la preuve du caractère abusif de la clause pénale disproportionnée. Ensuite, la sanction du droit de la consommation semble plus efficace étant donné que la clause pénale, si elle est reconnue abusive, sera réputée non écrite, c'est-à-dire totalement éradiquée, tandis que sur le fondement du droit commun, la clause est maintenue et son montant seulement réduit.

En réalité, les avantages de la qualification de clause abusive sont illusoire. D'abord, sur le terrain de la preuve, l'article R. 132-2, 3°, n'apparaît nullement remplir son rôle²⁰⁴³, car c'est au non-professionnel ou consommateur de prouver que la clause est manifestement disproportionnée. Sur le terrain de la sanction ensuite, il faut rappeler que ce n'est pas parce que la clause pénale est éradiquée que le non-professionnel ou consommateur sera exonéré des conséquences de son inexécution à l'égard de son cocontractant professionnel ! Par hypothèse, il a manqué à ses obligations et sa responsabilité contractuelle pourra être engagée dans les termes du droit commun. En principe, il devrait néanmoins demeurer une différence entre le montant des dommages et intérêts qui ne peuvent être supérieurs au préjudice subi et le montant de la clause pénale, même réduit, car dans ce dernier cas, le juge devrait laisser, en principe, la pénalité à un niveau supérieur à celui du préjudice effectivement subi par le créancier, en raison de la fonction comminatoire de la clause pénale²⁰⁴⁴. Dans les faits, on doute que cette différence soit maintenue. Il y a de grandes chances, en effet, que dans un litige opposant professionnel et non-professionnel et consommateur, les juges limitent la clause pénale au montant du préjudice subi. Dès lors, il est fort probable que l'invocation d'un texte ou de l'autre mène au même résultat. On peut donc se demander, comme d'autres auteurs avant nous, « s'il était vraiment indispensable de perturber le jeu des mécanismes traditionnels du droit des obligations alors que ceux-ci, raisonnablement entendus, auraient permis d'assurer la protection du débiteur »²⁰⁴⁵. D'ailleurs, dans son avis sur le projet de

²⁰⁴² En ce sens, v. G. Paisant, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », art. préc..

²⁰⁴³ Dans le même sens, v. Avis CCA sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, préc. ; G. Paisant, art. préc..

²⁰⁴⁴ En ce sens, v. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* n° 627.

²⁰⁴⁵ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.* n° 628 ; v. aussi sur le même sujet n° 326 : « Les auteurs du décret ignorent, semble-t-il, qu'il existe un droit commun des contrats ».

Dans le même sens, v. J. Kullmann, obs. préc. : « En présence d'une clause pénale d'un montant excessif, serait-il vraiment impossible de faire l'économie de la complexité du droit de la consommation alors que la protection du débiteur peut être assurée, très simplement, par le code civil ? ».

décret portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation²⁰⁴⁶, la Commission des clauses abusives avait considéré qu'insérer la clause pénale dans la liste grise « serait de nature à contrarier l'application de l'article 1152 du code civil au profit du consommateur » et elle en recommandait la suppression. Une telle solution eût été sans aucun doute préférable.

La référence faite à la clause pénale par l'article R. 132-2, 3°, du Code de la consommation illustre bien, en définitive, les défauts, déjà dénoncés, que peut présenter la désignation réglementaire de clauses abusives. Il est regrettable que le décret vise des stipulations qui ne sont pas véritablement abusives, car cela contribue à brouiller la clarté et l'appréhension des critères du déséquilibre significatif.

²⁰⁴⁶ Préc..

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

531. L'identification de la notion de clause abusive, pour ardue qu'elle soit, n'est pas impossible. Les études théorique et empirique du déséquilibre significatif sont riches d'enseignements sur cette notion et se complètent utilement.

Ainsi l'identification théorique nous a permis de conclure que pour être caractérisé, le déséquilibre significatif devait être évident, intolérable, mais elle ne permettait pas de le conceptualiser davantage. En outre, nécessitant une appréciation, le déséquilibre significatif doit être mis en pratique par une diversité de sources, ce qui nous avait fait craindre l'adoption de solutions incohérentes entre elles. L'identification empirique a permis de préciser, ou de corriger, ses premières conclusions. L'étude des faits démontre qu'il y a, de manière générale, une grande convergence entre les sources d'appréciation de la notion de clause abusive, convergence telle qu'elle a permis de mettre en lumière deux critères du déséquilibre significatif. Or, les critères dégagés relèvent bien de l'évidence exigée par le standard de l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation. Qu'il s'agisse des clauses qui manifestent l'unilatéralisme dans le contrat de consommation en faveur du professionnel ou de celles qui tendent à la négation des droits contractuels ou supplétifs du non-professionnel ou consommateur, leur gravité est indéniable.

L'identification de la notion de clause abusive confirme, par ailleurs, l'importance de cette notion, non seulement en droit de la consommation, mais aussi en droit commun des contrats. Elle illustre ainsi pertinemment les questions du renouvellement des sources du droit des obligations et du rôle du droit supplétif en matière contractuelle. En ce qu'elle est empreinte des idées de justice et d'égalité contractuelles, de cohérence du contrat ou encore de protection des attentes légitimes des contractants, elle contribue à enrichir les débats sur le renouveau de la théorie générale du contrat. Notre étude montre, à ce titre, que ces considérations peuvent être prises en compte, dans une certaine mesure, sans que cela n'aboutisse à une nouvelle « crise » du contrat.

CONCLUSION GÉNÉRALE

532. Le constat de départ était celui d'un certain malaise entourant la notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Elle semblait affaiblie par trente-cinq années d'applications erratiques. Elle était sous le feu des critiques de tous ceux qui, y voyant un symbole, critiquent la dérive consumériste de notre droit des contrats. Si nul ne peut contester que la notion a souvent été manipulée et que les praticiens ont parfois cédé à la tentation du « tout abusif », les résultats de notre recherche fournissent, cependant, des motifs d'être rassuré.

D'une part, même si certaines confusions demeurent, notamment entre clause abusive et clause illicite, clause mal présentée ou mal rédigée, notre étude montre qu'elles pourraient facilement être évitées, si l'on s'en tient à quelques solutions simples tendant à faire coexister la sanction spécifique contre les clauses abusives avec d'autres sanctions existantes du droit commun²⁰⁴⁷. Ainsi sera préservée la fonction de l'article L. 132-1 du Code de la consommation : lutter contre les abus de la liberté contractuelle.

D'autre part, la tentation d'appliquer cet article en dehors des rapports de consommation strictement entendus est en net recul aujourd'hui. À ce titre est particulièrement révélatrice la jurisprudence relative au rapport direct qui conduit à bouter tout professionnel hors du champ de la protection contre les clauses abusives de l'article L. 132-1²⁰⁴⁸, ce dont il faut se réjouir.

S'il ne fallait retenir, enfin, qu'un seul motif de satisfaction de notre travail, sans doute résiderait-il dans l'identification des critères du déséquilibre significatif. Ce standard est le point d'orgue des critiques adressées à la notion de clause abusive. Il est vrai que d'un point de vue théorique, son appréhension est difficile²⁰⁴⁹. Son étude pratique révèle, en revanche, que des critères peuvent être efficacement synthétisés. Ainsi les clauses qui expriment l'unilatéralisme en faveur du professionnel dans le contrat de consommation et celles qui nient les droits supplétifs ou contractuels du non-professionnel ou consommateur méritent,

²⁰⁴⁷ V. *supra* n^{os} 146 s..

²⁰⁴⁸ V. *supra* n^{os} 45 s..

²⁰⁴⁹ Sur ce point, v. *supra* n^{os} 297 s..

CONCLUSION GÉNÉRALE

sans aucun doute, d'être qualifiées d'abusives²⁰⁵⁰. Ces critères doivent être approuvés, autant d'un point de vue pratique, que d'un point de vue théorique. Ils sont, en effet, faciles à mettre en œuvre et efficaces. Ils assurent, en outre, sans l'outrepasser, la fonction assignée à la notion de clause abusive, c'est-à-dire la sanction de l'abus de liberté contractuelle. En effet, comme le constate Monsieur Mazeaud, il faut bien reconnaître que, dans le domaine de la législation sur les clauses abusives, « la liberté contractuelle n'a pas été [...] sacrifiée sur l'autel du droit de la consommation »²⁰⁵¹ et n'a pas subi, comme certains l'avaient prédit, les « coups de boutoirs du juge imbu de l'idéologie consumériste »²⁰⁵².

533. À partir des critères dégagés, on est tenté de s'interroger sur leur éventuelle transposition aux cas d'extension de la notion de clause abusive en dehors du droit de la consommation. Une telle transposition semble exclue en droit de la concurrence, contrairement à ce qu'a prétendu le Conseil constitutionnel²⁰⁵³. Le déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce ne peut être compris comme celui de l'article L. 132-1 du Code de la consommation et les premières décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, montrent qu'une jurisprudence propre au droit de la concurrence est en train de se développer²⁰⁵⁴.

Il ne paraît guère plus concevable de transposer en droit commun la notion de clause abusive telle que définie par les deux critères que nous avons dégagés. En effet, si nous approuvons ces critères qui permettent, en pratique, d'identifier les clauses abusives au sens de l'article L. 132-1, c'est parce que nous avons déterminé, par ailleurs, qu'ils sont appelés à jouer dans un domaine d'application limité, c'est-à-dire uniquement dans les contrats de consommation²⁰⁵⁵. C'est le rapport de force entre professionnel et non-professionnel ou consommateur qui justifie d'admettre de lutter contre les clauses abusives dans les contrats de consommation et d'accepter des limitations de la liberté contractuelle. De tels critères seraient, en revanche, inacceptables en droit commun car ils seraient trop attentatoires à la

²⁰⁵⁰ V. *supra* n^{os} 393 s..

²⁰⁵¹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 603 s., n° 25.

²⁰⁵² D. Mazeaud, art. préc., spéc. n° 25.

²⁰⁵³ Cons. constit., déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, préc..

²⁰⁵⁴ En ce sens, v. M. PONSARD, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *Contrats conc. consom.* 2013, dossier n° 4.

²⁰⁵⁵ V. *supra* n^{os} 15 s..

liberté contractuelle²⁰⁵⁶, atteinte que rien ne légitime dans le cadre des relations contractuelles de droit commun.

534. Si nos travaux contribuent, espère-t-on, à rendre la notion de clause abusive plus compréhensible en substituant à la confusion dénoncée une représentation plus cohérente, nous regrettons, en revanche, de ne pouvoir agir davantage sur son efficacité. Trente-cinq années après que notre droit s'est doté d'une législation en matière de clauses abusives, le succès pratique de la lutte contre ces stipulations est mitigé et les législations successives en la matière n'ont pas toujours produit l'effet escompté. Les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs comptent encore de nombreuses clauses abusives. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les travaux de la Commission des clauses abusives qui s'est trouvée obligée, à plusieurs reprises, d'adopter des recommandations sur des contrats qu'elle avait déjà étudiés par le passé. Ainsi en est-il des contrats de syndic de copropriété²⁰⁵⁷, de transports terrestres collectifs de voyageurs²⁰⁵⁸, d'hébergement de personnes âgées²⁰⁵⁹, de vente de véhicules automobiles²⁰⁶⁰, de distribution d'eau²⁰⁶¹, de location de locaux à usage d'habitation²⁰⁶² et de contrats de constructions de maisons individuelles sur plan établi à l'avance et proposé par le constructeur²⁰⁶³.

Si l'on s'interroge sur les raisons de ce relatif échec, l'idée s'impose que la sanction des clauses abusives est insuffisante. Les professionnels les stipulent en dépit de leur interdiction par l'article L. 132-1 du Code de la consommation, car le réputé non écrit ne les effraie pas. Les consommateurs se croient liés par elles et ignorent pour la plupart qu'elles sont réputées non écrites et par là-même, éradiquées du contrat. C'est pourquoi cette sanction devrait être renforcée.

Or, comme nous achevons notre recherche, deux réformes envisagées par le projet de loi du 2 mai 2013 relatif à la consommation²⁰⁶⁴, actuellement en discussion devant le Parlement (novembre 2013), vont en ce sens. La première prévoit l'introduction d'un article L. 132-2

²⁰⁵⁶ D'ailleurs, autant l'unilatéralisme (sous réserve du contrôle de l'abus) que la négation des droits, du moins supplétifs, sont traditionnellement admis en droit commun.

²⁰⁵⁷ *Recomm.* n° 96-01, *BOCCRF* 24/01/1996 et *Recomm.* n° 2011-01, *BOCCRF* 26/04/2012.

²⁰⁵⁸ *Recomm.* n° 84-02, *BOCC* 5/12/1985 et *Recomm.* n° 2008-03, *BOCCRF* 14/11/2008.

²⁰⁵⁹ *Recomm.* n° 85-03, *BOCC* 4/09/1985 et *Recomm.* n° 2008-02, *BOCCRF* 23/04/2008.

²⁰⁶⁰ *Recomm.* n° 85-02, *BOCC* 4/09/1985 et *Recomm.* n° 2004-02, *BOCCRF* 06/09/2004.

²⁰⁶¹ *Recomm.* n° 85-01, *BOCC* 17/01/1985 et *Recomm.* n° 2001-01, *BOCCRF* 23/05/2001.

²⁰⁶² *Recomm.* n° 80-04, *BOSP* 17/10/1980 et *Recomm.* n° 2000-01, *BOCCRF* 22/06/2000.

²⁰⁶³ *Recomm.* n° 81-02, *BOSP* 16/01/1981 et *Recomm.* n° 91-03, *BOCCRF* 6/09/1991.

²⁰⁶⁴ N° 1015. Sur ce texte, v. L. LEVENEUR, « Consommation : un projet de loi fleuve », *Contrats conc. consom.* 2013, repère 7 ; J. JULIEN, « Présentation du projet de loi sur la consommation », *Contrats conc. consom.* 2013, focus 40.

CONCLUSION GÉNÉRALE

dans le Code de la consommation selon lequel la stipulation par le professionnel de clauses noires, dans les contrats qui les lient aux non-professionnels ou consommateurs, est passible d'une amende administrative (montant maximum de 3000 € pour les personnes physiques et de 15000 € pour les personnes morales) infligée par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF)²⁰⁶⁵. Si l'idée d'une amende est séduisante, autant dans sa dimension punitive que comminatoire²⁰⁶⁶, il y a pourtant fort à parier que si le texte est adopté, il ne recevra guère d'applications pratiques. Il apparaît, en effet, que la DGCCRF n'a pas assez de moyens pour mener à bien cette mission²⁰⁶⁷. À ce titre, il aurait été préférable de prévoir une amende civile prononcée par le juge²⁰⁶⁸. La seconde réforme prévue envisage d'améliorer l'effet de l'action des associations de consommateurs en suppression des clauses abusives, en renforçant l'autorité des arrêts rendus dans le cadre de ces instances. En effet, l'article 28 du projet de loi²⁰⁶⁹ suggère d'ajouter un alinéa aux articles L. 421-2 et L. 421-6 du Code de la consommation selon lequel ces associations peuvent demander que les stipulations déclarées abusives au cours d'une instance soient réputées non écrites « dans tous les contrats conclus par le même professionnel, avec des consommateurs, y compris ceux qui ne sont plus proposés »²⁰⁷⁰.

La notion de clause abusive est donc toujours dans la ligne de mire du législateur. Seul l'avenir nous dira si les réformes envisagées, et peut-être bientôt adoptées, contribueront à la renforcer ou ajouteront à la confusion !

²⁰⁶⁵ Art. 54, adopté par l'Assemblée Nationale et le Sénat en 1^{ère} lecture (respectivement le 3 juillet 2013 et le 13 septembre 2013).

²⁰⁶⁶ Pour emporter une totale adhésion, encore faudrait-il que l'amende vienne sanctionner des clauses dont on ne doute pas du caractère abusif. Or, la liste noire est loin d'être irréprochable sur ce point, v. n^{os} 243, 253 et 485 s..

²⁰⁶⁷ Notons que la DGCCRF a déjà obtenu, par l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005, la possibilité d'exercer l'action en suppression des clauses abusives, ce qu'elle n'a jamais encore fait.

²⁰⁶⁸ N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n° 592 qui regrette que « la logique du consensus n'a pas été poussée jusqu'à instaurer une responsabilité du professionnel assortie d'une amende civile très élevée, à l'instar de ce qui existe en droit de la concurrence ».

²⁰⁶⁹ Adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale.

²⁰⁷⁰ Sur ce point, v. *supra* n° 357.

BIBLIOGRAPHIE

I. MANUELS, TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AYNÈS L., MALAURIE Ph., STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, 6^e éd., ss dir. Ph. Malaurie et L. Aynès, Defrénois, coll. Droit civil, 2013.
- BEAUCHARD J., *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, coll. Thémis, 1996.
- BIGOT J., BAILLOT P., KULLMANN J. et MAYAUX L., *Traité de droit des assurances*, t. 4, *Les assurances de personnes*, LGDJ, 2007.
- CALAIS-AULOY J., TEMPLE H., *Droit de la consommation*, 8^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2010.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 2000.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit public, 2001.
- CORNU G., *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2007.
- DAVO H., PICOD Y., *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey, coll. Université, 2010.
- DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon*, vol. 25, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, Paris, Imprimerie générale, 1878.
- DURANTON A., *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. X, Paris, 1830.
- FERRAND F., *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 1997.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX É., *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 15^e éd., Sirey, coll. Université, 2012.
- FROMONT M., *Droit allemand des affaires - Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail*, Montchrestien, coll. domat droit privé, 2001.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : Formation*, 2^e éd., LGDJ, 1988.
- JOSSERAND L., *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905.
- LARROUMET C., *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. III, 6^e éd., Economica, 2007.
- MALAURIE Ph., MORVAN P., *Introduction générale*, 4 éd., ss dir. Ph. Malaurie et L. Aynès, Defrénois, coll. Droit civil, 2012.
- MALINVAUD Ph., *Introduction à l'étude du droit*, 13^e éd., Lexisnexis, coll. Litec Manuels, 2011.
- MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., CHABAS Fr., *Leçons de droit civil*, t. I, premier volume, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd. par Fr. CHABAS, Montchrestien, 2000.
- PEDAMON M., *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ, coll. Droit des affaires, 2004.
- PICARD M. et BESSON A., *Traité général des assurances terrestres*, t. IV, LGDJ, 1945.
- PIÈDELIEVRE S., *Droit de la consommation*, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2008.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 3^e éd., LGDJ, 1905.

BIBLIOGRAPHIE

- PORTALIS J.-E.-M., *Discours préliminaire sur le projet de Code civil, in Le Discours et Le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Éd. du Juris-classeur, 2004, p. XXI, spéc. p. XLIX.
- RAYMOND G., *Droit de la consommation*, Lexisnexis Litec, coll. Litec Professionnels droit commercial, 2011.
- ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^e éd., 1951.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *Traité de droit civil ss dir. J. Ghestin, Les contrats de consommation, Règles communes*, LGDJ, 2012.
- STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations, Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998.
- TERRE Fr., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 9^e éd., 2012.
- TERRE Fr., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2013.
- VINEY G., *Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1988.
- WITZ C., *Droit privé allemand – 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992.

II. THÈSES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPÉCIALISÉS

- AMAR J., *De l'usager au consommateur de service public*, PUAM, 2001.
- ARBANT-MICHEL G., *Les relations entre les clauses et le contrat*, Université de Montpellier I, th. microfiche, 2001.
- AUBY J.-M. et DRAGO R., *Traité du contentieux administratif*, LGDJ, 1996, p. 168.
- BACACHE-GIBEILI M., *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 268, 1996.
- BAKOUICHE D., *L'excès en droit civil*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 432, 2005.
- BATIFFOL H., *La « crise du contrat » et sa portée*, Arch. de Philo. du droit, t. 12, Sirey, 1968.
- BECQUART J., *Les mots à sens multiples en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, th. Lille, 1928.
- BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, 2^e éd., 1976.
- BIARDEAUD G. et FLORES P., *Le contentieux du droit de la consommation*, éd. ENM, 2005, vol. 1.
- BRICKS H., *Les clauses abusives*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 175, 1982.
- CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^e éd., Dalloz, 2008.
- CHAZAL J.-P., *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble II, 1996.
- CHOLLEY J.-Y., *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, th. Aix-en-Provence, 1974.
- COËT Ph., *Les notions-cadres dans le Code civil, études des lacunes intra legem*, th. Paris II, 1985.
- CORNU G., *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, Cours de doctorat, 1970-1971*, Les cours du droit.
- DE SAINT RÉMY R., *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion*, th. Paris, 1928.
- DELEBECQUE Ph., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-Marseille III, 1981.
- DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, éd. du Seuil, 1994.
- DOLAT J., *Les contrats d'adhésion*, th. Paris, 1915.
- DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, livre I, sect. 2, art. XVI, Paris, 1767.

- DOMERGUE M., *Étude d'ensemble sur les contrat d'adhésion*, th. Toulouse, 1936.
- DROSS W., *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Lexisnexis, 2008.
- DUGUIT L.
- *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901.
 - *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, 1912.
- FAGES B., *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.
- FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 366, 2002.
- FORTIER G., *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, th. Dijon, 1909.
- FOUILLÉE A., *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880.
- GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, Economica, coll. Recherches Juridiques, t. 13, 2006.
- GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.
- GENY Fr.
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. II, LGDJ, 2^e éd., 1919.
 - *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921.
- GIAUME Ch., *La protection du consommateur contre les clauses abusives*, th. Nice, 1989.
- GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912.
- GUERLIN G., *L'attente légitime du contractant*, th. Université de Picardie, 2008.
- HELLERINGER G., *Les clauses contractuelles. Essai de typologie*, th. Paris 1, mai 2010.
- HERVIEU M., *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, t. 178, 2012.
- HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.
- JOBARD-BACHELLIER M.-N. et BACHELLIER X., *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013.
- KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 306, 2001.
- KISCHINEWSKY-BROQUISSE É., *La copropriété des immeubles bâtis*, 4^e éd., Litec, 1989.
- LABARTHE Fr., *La notion de document contractuel*, thèse Paris I, éd. 1994.
- LARDEUX G., *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, th. Paris II, 1999.
- LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000.
- LECERF M., *Droits des consommateurs et obligations des services publics*, Ed. d'organisation, Paris, 1999.
- LIMBACH F., *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 412, 2004.
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P., GENEVOIS B.,
- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e éd., Dalloz, 2011.
 - *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e éd., Dalloz, 2013.
- MAILLARD-DESGREES DU LOU D., *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF, 2000.
- MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992.
- MESTRE A., *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'Administration*, LGDJ, 1974, p. 198.

BIBLIOGRAPHIE

- MISSOL A., *L'assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré*, th. Paris, 1934.
- PAULIN Ch., *La clause résolutoire*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 258, 1996.
- PAYET M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.
- PEQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif*, th. Montpellier 1945.
- PERELMAN Ch. et VANDER ELST R., *Les notions à contenu variable*, Travaux du centre national de recherche de logique, Bruylant, 1984.
- PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004.
- PICHON V., *Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, th. Lyon, 1913.
- POUND R., *The administrative application of legal standard*, Reports of American bar association, 1919, t. XLIV.
- RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 135, 1980.
- RIPERT G.,
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1935.
 - *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949.
- ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999.
- RONGERE P., *Le procédé de l'acte type*, LGDJ, 1966.
- ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965.
- RZEPECKI N., *Droit de la consommation et théorie générale du droit*, PUAM, 2002.
- SALEILLES R.,
- *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, art. 116-144, Pichon, Paris, 1901.
 - *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Mélanges de droit comparé, Pichon, Paris, 1904.
- SAUPHANOR N., *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 326, 2000.
- STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat – Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000.
- TERRE Fr. (dir.), *Le consommateur et ses contrats*, éd. du Juris-Classeur, coll. Juriscompact, 2002.
- VALORY S., *La potestativité dans les rapports contractuels*, préface J. MESTRE, PUAM, 1999.
- VEDEL G., *La soumission de l'administration à la loi*, Le Caire, 1952.
- VINCENSINI F.-X., *La commercialité*, PUAM, 1998.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

- ALLIEZ C., « La réforme de l'office du juge en droit de la consommation », *LPA* 2 juillet 2009, n° 131, p. 5.
- AMAR J.,
- « De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics : à propos de l'arrêt Société du Nord rendu par le Conseil d'Etat le 11 juillet 2001 », *D.* 2001, p. 2810.

- « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », *Contrats conc. consom.* 2002, chron. 2.
 - « Une cause perdue, la protection des personnes morales par le droit de la consommation ? », *Contrats, conc. consom.* 2003, chron. 5.
- AMRANI-MEKKI S., « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009/4, p. 1617.
- ASTAIX A.,
- « Clauses abusives : publication des listes "noire" et "grise" », *D.* 2009, p. 797.
 - « Proposition de droit commun européen de la vente », *D.* 2011, act. p. 2473.
- ATIAS C., « Clauses abusives dans les contrats proposés par les syndicats de copropriété », *RD immob.* 1996, p. 167.
- AUBERT DE VINCELLES C.,
- « Démarchage à domicile et office du juge », *RDC* 2010/4, p. 652
 - « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *JCP G* 2011, n°50, p. 2456 s..
 - « Naissance d'un droit commun européen de la vente et des contrats », *RDC* 2012/2, p. 457 s..
- AUBRY H., « L'apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RID comp.* 2005, p. 628.
- AVENA-ROBARDET V., « Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé », *D.* 2009, p. 365
- BALENSI Y. et BAUMGARTNER F. , « Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », in Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? (Paris, 10 mai 2012) », *RDC* 2012/4, p. 1400 s..
- BASEDOW J., « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *RIDC* 1-1998, p. 7 s., spéc. p. 13.
- BAZIN E., « La nouvelle protection contre les clauses abusives. Loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *Rev. des huissiers* 1995, p. 523.
- BAZIN S.,
- « De l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et proc.* 2008, p. 125.
 - « Retour sur l'office du juge en droit de la consommation », *Dr. et proc.* 2010, p. 110.
- BEAUCHARD J., « Remarques sur le Code de la consommation », *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, 1995, p. 9 s..
- BEHAR-TOUCHAIS M. et LEGROS C., V° Association, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2003, maj. 2012.
- BÉHAR-TOUCHAIS M.,
- « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le code de commerce ? », *RDC* 2009, p. 1258.
 - « Sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009, p. 202.
 - « Le conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *Rev. Lamy de la concurrence*, avril-juin 2011, n° 27, p. 41.
- BEHAR-TOUCHAIS M., FAUVARQUE-COSSON B. et JACQUEMIN Z., « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », *RDC* 2012/1, chron. p. 191 s..
- BERG-MOUSSA A., « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E* 2012, n° 1139.
- BERGEL J.-L., « Avant Propos », p. 805 s., in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *Rev. rech. jur. dr. prosp.* 1988-4, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, dossier p. 805 s..

BIBLIOGRAPHIE

- BERLIOZ G., « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP* 1979, I, 2954.
- BERLIOZ-HOUIN B. et BERLIOZ G., « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 s..
- BERNARDEAU L., « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, *Océano*, aff. C-240/98) », *RED consom.* 2000, 261.
- BIHL L.,
- « L'information des consommateurs », *JCP* 1978, I, 2909.
 - « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur », *JCP G* 1978, I, 2909.
- BORYSEWICZ M., « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, tome I, p. 91.
- BOULOC B., « La perte du droit aux intérêts », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 81 s..
- BROS S., « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger », *RDC* 2012/4 p. 1452.
- BRUSCHI M.,
- « L'amélioration de la protection contractuelle du consommateur », *Bull. d'actualité Lamy Droit économique* 2002, n° 144, p. 2.
 - « Renforcement de la protection des consommateurs » *RLDA* 2008, p. 37.
- BUY F., « Entre droit spécial et droit commun : l'art. L. 442-6, I, 2° c. com. », *LPA* 17 déc. 2008, n° 152, p. 3.
- CADIET L., « L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC* 2003, p. 182.
- CALAIS-AULOY J. et BIHL L., « Les clauses abusives en 1983 », rapport présenté au colloque européen organisé les 16 et 17 décembre 1982 par l'Université Louvain-La-Neuve, ss dir. T. BOURGOIGNIE, *Gaz. Pal.* 25 octobre 1984, doctr. p. 461.
- CALAIS-AULOY J.,
- « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D.* 1988, chron. p. 193.
 - « Les clauses abusives en droit français », *REDC* 1988, p. 287.
 - « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239.
 - « L'influence de la Commission des clauses abusives sur le législateur », Actes du colloque de Chambéry du 29 mai 1998 in *Rev. conc. consom.* n° 105, sept.-oct. 1998, p. 47 s..
 - « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », *Mélanges Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171.
 - « Une personne morale peut-elle bénéficier de la protection contre les clauses abusives ? », *RLDC* 2005/17, p. 5.
 - « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *Mélanges Paul Didier*, Economica, 2008, p. 81 s..
- CALANDRI L., « Le pouvoir de recommandation de la Commission des clauses abusives », *LPA* 2006, n° 185, p. 4.
- CARMET O., « Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », *RTD com.* 1982, p. 1.
- CARON Ch., « Le consommateur et le droit d'auteur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 245.
- CATHELINAU A., « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive », *Contrats, conc. consom.* 1999, chron. 13.

CAUSSE H.,

- « De la notion de consommateur », in *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec, 1994, p. 21.
- « L'investisseur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 261.

CHABOT G., « L'action des associations agréées de consommateurs en suppression de clauses abusives (article L. 421-6 du Code de la consommation) », *LPA* 10 octobre 2000, n° 202, p. 16.

CHAGNY M., « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence », *RDC* 2009, p. 1642.

CHANTEPIE G., « La responsabilité des tiers impliqués dans la conclusion d'un contrat déséquilibré », *Liber amicorum Geneviève Viney*, LGDJ, 2008.

CHARTIER Y., « La réforme de la Commission des clauses abusives (D. n° 93-314 du 10 mars 1993) », *JCP G* 1993, act. n° 15.

CHAZAL J.-P.,

- « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, chron. p. 260.
- V° Clauses abusives, in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2002, maj. 2012.

CHEVALLIER J., « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », *D.* 2000, chron. p. 575.

CHONÉ-GRIMALDI A.-S., « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente », *Contrats conc. consom.* 2012, ét. 4.

CLAMOUR G., v° Personnes publiques et droit de la consommation, in *JCl. Adm.*, fasc. 150-10.

CLARET H.,

- « Interprétation des contrats d'assurance et droit de la consommation », *D.* 2003, p. 2600.
- « Crédit à la consommation : quelques précisions apportées par la CJCE », *D.* 2008, p. 458 s.

CLAY T., « La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne », *D.* 2003, p. 2469.

COMBET M., « L'obligation d'information du droit de rétractation du professionnel et la protection du consommateur : la Cour de justice n'en ferait-elle pas trop ? », *RLDA* 2010, n° 47, p. 60 s..

CORNU G., « La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXIV, 1973, p. 135.

COTTEREAU V., « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, I, 3691, n° 28.

CREPELET O., « L'arrêt "Rampion et Godard" ou le cas insolite de l'ouverture de crédit à la consommation souscrite en vue de financer une opération déterminée », *RED consom.* 2007/4, p. 595 s.

CROZE H., « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du code de la consommation », *Procédures* 2008, n° 80.

DADOU A., « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales ? », *LPA* 13 avril 2011, n° 73, p. 17.

DANGLEHANT C., « Commentaire de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », *D.* 1995, p. 127.

DAVO H., « Clauses abusives : bref aperçu de la loi du 1^{er} février 1995 transposant la directive 93/13/CEE », *REDC* 1995, p. 215.

DE LAMBERTERIE I., « Les clauses abusives et le consommateur », Rapport français, *RIDC* 1982, p. 673.

DELAASUNCION-PLANES K., « La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? », *LPA* 3 mars 2010, n° 44, p. 3.

BIBLIOGRAPHIE

DELEBECQUE Ph.,

- « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ* 1988, p. 871.
- « *Clausula, clausulae, clasularum* », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 33 s..

DELPECH X., « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008, p. 2220.

DELVOLVE P., « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », *Dr. adm.* 1993, p. 3.

DEPINCÉ M.,

- « Les leçons tirées de la soumission des services publics à caractère commercial et administratif au droit de la consommation », in « Le droit public de la consommation, dix ans après l'arrêt "Société des Eaux du Nord" », *Lamy droit public des affaires*, n° 158, juin 2011, p.1.
- « Arrêt Martin Martin : Le juge national peut soulever d'office les mesures protectrices du consommateur en matière de démarchage », *RED consom.* 2011, p. 383 s.

DEREUX G., « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910, p. 503.

DESHAYES O.,

- « L'office du juge à la recherche de sens (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007) », *D.* 2008, chron. p. 1102, n° 14.
- « Les réformes récentes et attendues en 2009 », *RDC* 2009, p. 1602.

DOUCHY-OUDOT M. et JOLY-HURARD J., v° Médiation et conciliation, in *Rép. proc. civ.*, 2013.

DOUCHY-OUDOT M., v° Compétence, in *Rép. proc. civ.*, mars 2010.

DURAFFOUR, « Est-il possible d'encadrer réglementairement l'appréciation judiciaire du caractère abusif d'une clause contractuelle ? », *RLDA* 2009, p. 43.

EISENMANN Ch., « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE*, n° 11, p. 25.

ESPERIQUETTE M., « La législation communautaire des contrats conclu avec les consommateurs », *Rev. conc. consom.* nov.-déc. 1993, p. 7.

EUDIER F., « Le juge a-t-il le pouvoir de relever d'office une règle d'ordre public de protection ? », *D.* 1997, p. 124.

FAGES B.,

- « Des motifs de débat... », *RDC* 2004/2, p. 563
- « Clauses abusives dans les contrats de fourniture d'accès à Internet », *JCP G* 2005, II, 10022.
- « La clause de défaut croisé emporte-t-elle un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ? », *RTD civ.* 2009, p. 116.

FAUVARQUE-COSSON B.,

- « Vers un droit commun européen de la vente », *Dr. et patr.* 2011, n° 208, p. 22.
- « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012, chron. p. 34 s..

FENOUILLET D.,

- « La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives : un pas en avant deux pas en arrière ! », *RDC* 2005/3, p. 718.
- « Premières remarques sur le projet de loi "en faveur des consommateurs" », *D.* 2006, chron. p. 2987.
- « Recommandation n° 05-03 de la Commission des clauses abusives relative aux contrats de formation à titre onéreux à la conduite automobile (permis B) proposés par les établissements d'enseignement agréés (*BOCCRF* 16 déc. 2005) », *RDC* 2006, p. 373.
- « Encore une réforme du droit de la consommation ! Enfin un nouveau texte déclarant des clauses abusives ! », *RDC* 2006, p. 379.

- « La liste des clauses "noires" et "grises" enfin décrétée, mais pour combien de temps ? », *RDC* 2009, p. 1422.
 - « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2011, p. 644.
- FERRIER D., « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 373.
- FLORES Ph. et BIARDEAUD G., « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, chron. p. 2227.
- FONTAINE M., « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss dir. J. GHESTIN et M. FONTAINE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, XIX, n° 29.
- FOURGOUX J.-L., « Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives », *Contrats conc. consom.* 2011, ét. 5.
- GALLMEISTER I., « De la validité de la clause compromissoire dans un acte mixte », *LPA* 29 octobre 2004, n° 217, p. 12.
- GELOT B., « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1^{er} février 1995 », *Defrénois* 1995, p. 1201, spéc. n° 4 et 5.
- GENICON Th., « Contrat et protection de la confiance », *RDC* 2013 p. 336.
- GENICON Th. et MAZEAUD D.,
- « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012, p. 276.
 - « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ! », in Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? (Paris, 10 mai 2012) », *RDC* 2012/4, p. 1469.
- GHESTIN J. et MARCHESSAUX I.,
- « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », in *L'abus de droit et les concepts équivalents, principe et application actuelles*, Actes du 18^e colloque de droit européen, Luxembourg, 6-9 novembre 1989, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, n° 36, p. 78 s..
 - « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », n° 59, in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, ss la dir. de J. Ghestin, Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990, LGDJ, 1991, p. 1 s..
 - « L'élimination des clauses abusives en droit français, à l'épreuve du droit communautaire », *REDC* 1993, p. 67.
- 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 1^{er} février 1995 », *JCP G* 1995, I, 3854.
 - « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens (Rapport français) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss dir. J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, I.
- GHESTIN J.,
- « L'abus dans les contrats », *Gaz. Pal.* 1981, 2, doct. p. 379 s..
 - « Les recommandations de la Commission », *Rev. conc. consom.* 1998, n° 105, *La protection du consommateur contre les clauses abusives*, p. 14.
 - « Rapport introductif », in *Les clauses abusives entre professionnels* (Actes du colloque organisé par le centre de Droit des contrats de l'Université de Lille II et le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université de Paris-Val-de-Marne), ss dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, coll. Études Juridiques, t. 3, 1998, p. 3.

BIBLIOGRAPHIE

- « L'élimination par le juge des clauses abusives en l'absence de décret d'interdiction », *in Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 447 s., n° 10.
 - « L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat », *in Droit et actualité, Etudes Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 311 s..
- GIAUME Ch.,
- « Deux réflexions sur l'actualité des clauses abusives », *LPA* 3 août 1990, n° 93, p. 28.
 - « Quelques réflexions en matière de clauses abusives. À propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1989 », *LPA* 30 mai 1990, n° 65, p. 25.
 - « 1^{er} janvier 1993 : le nouvel an ou l'an I des clauses abusives », *LPA* 26 décembre 1990, n° 155, p. 15.
 - « Le non-professionnel est-il un consommateur ? ou les problèmes de la redondance en droit de la consommation », *LPA* 23 juillet 1990, p. 25.
- GODÉ P.,
- « Commentaire de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, article 35 et s. », *RTD civ.* 1978, p. 461 s..
 - « Commentaire du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 », *RTD civ.* 1978, p. 744.
- GOLDIE-GENICON C., « L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives », *D.* 2008, chron. p. 2447.
- GORCHS B., « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D.* 2010, p. 1300.
- GOUT O., « Protection des consommateurs, un nouveau souffle en matière de soulevé d'office de la nullité par le juge », *JCP E* 2009, n° 7, p. 21 s.
- GRIDEL J.-P., « Remarques de principe sur l'application de 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.
- GROUTEL H., « La responsabilité des laboratoires photographiques : un léger mieux », *Resp. civ. et assur.* 1989, n° 9.
- GUYON Y., « Actionnaires et consommateurs », *in Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 481.
- HALL H. et TIXADOR C., *Application de la directive 93/13 aux prestations de services publics*, Rapport de synthèse, *INC*, novembre 1997, intro. p. 94.
- HASSLER T.,
- « La perte d'un film photographique : la jurisprudence remédie à l'inertie du pouvoir réglementaire », *LPA* 31 mai 1989, n° 65, p. 21.
 - « Clause abusive et perte d'une pellicule photo : un arrêt important : Civ. 1^{re}, 14 mai 1991 », *LPA* 8 juillet 1991, n° 81, p. 18.
- HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury : les restrictions contractuelles à la liberté du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'institut comparé de Lyon », *RTD civ.* 1926, p. 265, spéc. p. 269.
- HENRY X., « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », *D.* 2003, chron. p. 2557.
- HEUZÉ V., « Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente », *JCP G* 2012, n°25, p. 1225 s..
- HO-DAC M., « Offre de crédit à la consommation n'indiquant pas le bien financé », *JCP E* 2008, n° 4, p. 40 s
- HONDIUS E., « Clauses abusives dans les contrats de consommation : vers une directive européenne », *REDC* 1988, p. 185.
- HUET J.,
- « Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs) », *JCP G* 1992, I, 3592.

- « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », *D.* 1993, p. 331.
 - « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *JCP E* 1994, I, 309.
 - « La détermination des clauses abusives dans les contrats de services publics et les moyens de leur élimination : quel droit ? Quels juges ? », *LPA* 6 février 1998, n° 16, p. 7.
- HUGON Ch., « Le consommateur de justice », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 517.
- IDOT L.,
- « Office du juge en cas de non-information sur le délai de rétractation », *Europe févr.* 2010, comm. n° 88, p. 35.
 - « Protection des consommateurs. Office du juge en cas de non-information sur le délai de rétractation », *JCP E* 2010, n° 12, p. 22.
- IVAINER Th., « L'ambiguïté dans les contrats », *D.* 1976, chron. p. 153.
- JAMIN Ch., « Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique », *RTD civ.* 1995, p. 437.
- JARROSSON Ch., « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G* 2001, I, 333.
- JESTAZ Ph., « Rapport de synthèse », p. 1181 s., in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *Rev. rech. jur. dr. prosp.* 1988-4, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, dossier p. 805 s..
- JOURDAIN P., « La doctrine de la Commission », in *Rev. conc. consom.* n° 105, sept.-oct. 1998, Actes du colloque de Chambéry du 29 mai 1998, p. 23 s..
- JULIEN J., « Présentation du projet de loi sur la consommation », *Contrats conc. consom.* 2013, focus 40.
- KARIMI A., « Les modifications du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *LPA* 05/05/1995, p. 4 s..
- KELSEN H., « La théorie juridique de la convention », *ADP* 1940, p. 33.
- KERNINON M., « La réforme de la Commission des clauses abusives », *Rev. conc. consom.* 1993, n° 76, p. 7.
- KULLMANN J.,
- « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chron. p. 64.
 - « Clauses abusives et contrat d'assurance », *RGDA* 1996, 11, p. 20.
 - « Les relations entre assureurs et assurés en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, ss dir. de J. Ghestin et M. Fontaine, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, X, p. 349.
- LACHIÈZE Ch., « Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée », *LPA*, 2002, n° 131, p. 4.
- LAGARDE X.,
- « Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation » ; *RDC* 2003, p. 189.
 - « Clauses de conciliation : le régime se précise », *RDC* 2005/4, p. 1141.
 - « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », *D.* 2005, p. 2222.
 - « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Etude pratique », *JCP G* 2006, I, 110.
 - « Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation », *JCP G* 2009, n° 9, p. 30 s.
 - « Observations sur le volet consommation de la LME », *LPA* 23 février 2009.
 - « Office du juge : la fin d'une jurisprudence », *RDBF* 2009, n° 2, p. 43 s..

BIBLIOGRAPHIE

- LAMBOLLEY A., PITCHO B., VIALLA F., « Le consumérisme dans le champ sanitaire. Un concept dépassé ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 581.
- LEGEAIS D., « Clauses abusives. Décret portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », *RTD com.* 2009, p. 424.
- LEQUETTE Y., « Avant-propos », in Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? (Paris, 10 mai 2012) », *RDC* 2012/4, p. 1393.
- LEROUX M., « La pratique des clauses abusives dans les contrats de consommation », in *Actes du colloque de Chambéry du 29 mai 1998 : Rev. conc. consom.* n° 105, sept.-oct. 1998, p. 62 s..
- LEVENEUR L.,
- « Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité », *Contrats conc. consom.* 1994, chron. 3.
 - « Contrats entre professionnels et législation sur les clauses abusives », *Contrats, conc. consom.* 1996, chron. 4.
 - « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association Henri Capitant, LGDJ, 1997, t. 1, p. 155 s..
 - « Consensualisme et liberté contractuelle », in *Le Discours et Le Code, Le Discours et Le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Éd. du Juris-classeur, 2004, p. 285.
 - « Consommation : un projet de loi fleuve », *Contrats conc. consom.* 2013, repère 7.
- LIGER M., « La notion de non-professionnel ou consommateur », *Rev. conc. consom.* 1999, n° 107, p. 19.
- LOKIEC P.
- « Clauses abusives et crédit à la consommation », *RD banc. et fin.* mai-juin 2004, n° 3, p. 221, spéc. n° 5.
 - « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321.
- LOQUIN E., « Loi du 15 mai 2001, article 126 modifiant les articles L. 411-4 et suivants du Code de l'organisation judiciaire et 2061 du Code civil », *RTD com.* 2001 p. 642.
- LUBY M.,
- « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance », *Contrats conc. consom.* 2000, chron. 1.
 - « Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (A propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas, aff. C-542/99) », *Contrats conc. consom.* 2002, chron. 14.
- MACCKAY E., « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, mars 1979, n° 53, p. 33.
- MAINGUY D., « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du code de commerce », *JCP G* 2011, n° 10, p. 477.
- MALAURIE-VIGNAL M., « La LME affirme la liberté de négociation et sanctionne le déséquilibre significatif », *Contrats conc. consom.* 2008, comm. 238.
- MALINVAUD Ph. et JESTAZ Ph., « La recommandation de la Commission des clauses abusives concernant le contrat de construction de maisons individuelles », *RDI* 1981, p. 155.
- MALINVAUD Ph., « La protection des consommateurs », *D.* 1981, chron. p. 49.
- MARINI Ph. et FAGES F., « La réforme de la clause compromissoire », *D.* 2001, chron. p. 2658.
- MARTIN D. R.,
- « Le taux de base », *D.* 1991, p. 125.

- « La stipulation de contrat pour autrui », *D.* 1994, chron. p. 145.
- MARTIN R.,
- « Le consommateur et les clauses abusives », *ADL* 1994, p. 680.
 - « Notes sur l'action en suppression des clauses abusives », *Contrats, conc. consom.* 1994, chron. 8.
 - « La réforme des clauses abusives. Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *ADL* 1995, p. 879, spéc. n° 8.
- MARTINEZ B., « Présentation de la proposition modifiée de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs », *RED consom.* 1992, p. 83.
- MATHEY N., « Du déséquilibre significatif », *Contrats conc. consom.* 2011, repère 10.
- MAURY J., « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », in *Etudes Lambert, Sirey, LGDJ*, 1938, t. 1, p. 421.
- MAZEAUD D.,
- « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, p. 23 s..
 - « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », *Droit et Patrimoine* juin 1995, ét. p. 42.
 - « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA* 30 septembre 1998, n° 117, p. 12.
 - « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.* 1998, p. 95.
 - « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 603 s., n° 25.
 - « Droit commun du contrat et droit de la consommation », *Mélanges Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 707 s.
 - « Droit commun et droit de la consommation, Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 697.
 - « Regards positifs et prospectifs sur "Le nouveau monde contractuel" », *LPA* 07/05/2004, n° 92, p. 47.
- MEKKI M., « Un nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC* 2006/4, chron. p. 1051 (1^{ère} partie) et 2007/2, chron. p. 239 (2^{ème} partie).
- MESTRE J. et FAGES B.,
- « Une belle façon de fêter le dixième anniversaire de la loi du 1^{er} février 1995 sur les clauses abusives », *RTD civ.* 2005, p. 393.
 - « Deux renforts dans la lutte contre les clauses abusives », *RTD civ.* 2001, p. 878.
- MESTRE J.,
- « Des notions de consommateur », *RTD civ.* 1989, p. 62.
 - « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 682.
- MICKLITZ H., « Atelier 4 : Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur (article 5) », in *La directive « Clauses abusives », 5 ans après, Evaluation et perspectives pour l'avenir*, Conférence de Bruxelles, juillet 1999, p. 159.
- MODERNE F., « Les arrêts et le contentieux de la concession de service public », *RFDA* 1987, p. 11.
- MONNIER S., « Services publics et droit de la consommation en droit français et communautaire », *RID éco.* 1996, 393.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », *Contrats conc. consom.* 2013, ét. 9.
- MOREAU B. et DEGOS L., « La clause compromissoire réhabilitée », *Gaz. Pal.* 2001, doct. p. 963.
- MOREAU B., v° Arbitrage en droit interne, in *Rép. proc. civ.*, mars 2010.

BIBLIOGRAPHIE

MORIN A.,

- « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », *REDC* 1991, 3.
- « Les actions en suppression des clauses abusives en France, bilan d'application de l'article 6 de la loi du 5 janvier 1988 », *INC Hebdo* 1993, n° 820.
- « Les actions en suppression de clauses abusives, les apports récents de la jurisprudence », *INC Hebdo* 1994, n° 860.

MOULIN R., « Clauses abusives : l'administration est-elle un professionnel comme les autres ? Conseil d'Etat, section, 11 juillet 2001 : Société des eaux du Nord », *LPA* 24 avril 2002, n° 82, p. 9.

MOUSSERON P., « L'associé consommateur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 751.

MULOT R., « Les contrats d'adhésion, Rapport des 7^{ème} et 14^{ème} Régions Consulaires », *Les Annonces de la Seine* 1997, suppl. au n° 32, p. 1.

NAVARRO J.-S., « Standards et règles de droit », p. 833 s., in « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *Rev. rech. jur. dr. prosp.* 1988-4, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, dossier p. 805 s..

NGUIHÉ-KANTÉ P., « La prise en compte des attentes légitimes en droit privé », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* 2009, p. 317.

NGUYEN THANH-BOURGEAIS D.,

- « Réflexions sur deux innovations de la loi n° 78-93 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », *D.* 1979, chron. III, p. 15.
- « Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979 », *D.* 1984, chron. p. 91.

NOTTE G., « Liste des clauses abusives (Décret n° 2009-232, 18 mars 2009) », *Contrats, conc. consom.* 2009, alerte 23.

NOURISSAT C.,

- « Nouvelle précision sur le relevé d'office du juge », *Procédures* 2008, n° 3, p. 17 s
- « Un droit commun européen de la vente », *JCP E* 2012, n°12, p. 39 s..

OILLIC-LEPETIT A., « La notion de consommateur en droit français », *Rev. conc. consom.* 1988, n° 44, p. 3 ; PAISANT G., « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », *JCP* 1993, I, 3655.

PAISANT G.,

- « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », *D.* 1988, chron. p. 253.
- « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (après la directive du 5 avril 1993) », *JCP G* 1994, I, 3772.
- « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, p. 99.
- « Les critères d'appréciation des clauses abusives », in *Les clauses abusives dans les contrats de consommation*, *INC Hebdo* 12 décembre 1997, n° 1015, p. 7-8.
- « La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 165 s..
- « L'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut conférer un caractère abusif », *JCP G* 2001, II, 10631.
- « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », *Mélanges Roger Decottignies*, PUG, 2003, p. 233 s..
- « A la recherche du consommateur – Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », *JCP G* 2003, I, 121.

- « A propos des vingt-cinq ans de la Commission des clauses abusives en France », *in Droit et Actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 605 s..
 - « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », *JCP G* 2005, II, 10057.
 - « Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national », *JCP G* 2008, p. 43 s.
 - « L'obligation de relever d'office du juge national », *JCP G* 2009, 336.
 - « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP G* 2009, 116.
 - « Retour sur la notion de non-professionnel », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, PU Nancy, 2009, p. 231.
 - « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'esperanto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012, n°18, p. 912 s..
 - « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », *JCP G* 2012, 560.
 - « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », *JCP G* 2009, I, 118.
 - « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G* 2013, act. 589, Libres propos.
- PATAUT E., « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », *in Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 807 s..
- PATETTA G.,
- « Une solution réglementaire aux problèmes de suppression des clauses abusives ? », blog.dalloz.fr, 8 janv. 2009.
 - « Les clauses abusives ont encore de beaux jours devant elles... A propos de l'arrêt du 8 janvier 2009 », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 59.
- PATTARO E., « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique », p. 813 s., *in* « Les standards dans les divers systèmes juridiques », *Rev. rech. jur. dr. prosp.* 1988-4, Cahiers de méthodologie juridique n° 3, dossier p. 805 s..
- PELLETIER C., « Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation. À propos de l'article 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 et d'un arrêt de Cass. 1^{re} civ. du 1^{er} février 2005 », *RTD civ.* 2005, p. 393.
- PELLINGHELLI-STEICHEN S., « Les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux au regard du contrôle des clauses abusives », *LPA* 14 juillet 1997, n° 84, p. 11.
- PERELMAN Ch., « L'usage et l'abus des notions confuses », (*Revue*) *logique et analyse*, mars 1978, n° 81, p. 3.
- PERES C., « Le juge administratif et les recommandations de la Commission des clauses abusives », *RDC* 2006/3, p. 670.
- PIAZZON Th., « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? (suite) », *in* Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? (Paris, 10 mai 2012) », *RDC* 2012/4, p. 1459.
- PICHON DE BURY M. et MINET C., « Incidences de la suppression de l'art. L. 442-6, I, 1^o et de l'introduction de la notion de "déséquilibre significatif" par la LME », *Contrats conc. consom.* 2008, ét. 13.
- PICOD Y.,
- « Le droit au juge en droit communautaire », *in Le droit au juge dans l'Union européenne*, ss la dir. de J. RIDEAU, LGDJ, 1998, p. 141 s..

BIBLIOGRAPHIE

- « Définitions des notions de consommateurs et de professionnels », in *Réponses françaises au livre vert sur le droit européen de la consommation*, Soc. légis. comp., 2007.
- « Relevé d'office et nullité du contrat en cas de défaut d'information du consommateur », *JCP E* 2010, n° 3, p. 44
- « Le déséquilibre significatif et le Conseil Constitutionnel », *D.* 2011, note p. 414.
- PIEDELIEVRE S., « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009, n° 13, p. 908 s.
- PIERRE-MAURICE S., « Les clauses abusives relatives au recours en justice et la superposition de règles protectrices », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, ss dir. X. HENRY, PU Nancy, 2009, p. 241.
- PIZZIO J.-P.,
 - « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.* 1982, chron. p. 91.
 - « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 53.
 - « Le marché intérieur des consommateurs, le droit de la consommation d'origine communautaire et son application dans les États membres de l'Union européenne (deuxième partie) », *RLDA* 2008, n° 33, p. 69 s.
- POISSONNIER Gh.
 - « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285.
 - « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *Contrats, conc. consom.* 2009, ét. 5.
- POMBIELH D., « Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur », *Dr. et patrimoine* oct. 2002, p. 52.
- PORCHERON D., « La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente : un pas décisif vers l'élaboration d'un droit européen des contrats? », *RLDA* 2011, n°65, p. 54 s..
- PUIG P., « L'avènement des sources optionnelles de droit (sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit de la vente du 11 octobre 2001) », *RTD civ.* 2012, p. 493.
- PUTMAN E., « La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs », *RRJ* 1988, p. 341.
- RACHEL L., « Pouvoir de relever d'office la violation des dispositions du Code de la consommation », *Procédures* 2009, n° 3, p. 19 s.
- RAYMOND G.,
 - « Les contrats de consommation », in *Après le Code de la consommation, Grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 37.
 - « Les clauses abusives dans les contrats de vente de véhicules automobiles – Analyse sommaire des arrêts du 14 novembre 2006 », *Contrats, conc. consom.* 2007, ét. 2.
 - « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 », *Contrats, conc. consom.* 2008, ét. 3.
 - « Définir le consommateur », *Contrats conc. consom.* 2013, repère 9.
 - v° Clauses abusives, in *JCl. Concurrence-Consommation*, fasc. 820.
- RENET Th.,
 - « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 277 s..
 - « Droit réglementaire et droit prétorien », *RDC* 2005/2, p. 251.
- RIASSETTO I., « Prestation de services d'investissement et clauses abusives », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, PU Nancy, 2009, p. 273, n° 7.

- RIEG A.,
- « Contrats types et contrats d'adhésion », in *Études de droit contemporain*, t. 33, 1970, p. 105 s..
 - « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande française) », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 221 s..
- RIVERO J., « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *Mélanges Waline* 1974, p. 701.
- ROCHFELD J.,
- « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2000, p. 746 s..
 - « Recommandations de la Commission des clauses abusives », *RDC* 2003/1, p. 22.
 - « Les clairs-obscur de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 982.
 - « Du droit de la consommation au droit de la régulation du marché : des dangers des listes et de l'harmonisation maximale », *RTD civ.* 2008, p. 732.
- ROTH C., « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », *Rev. Lamy dr. civ.* 2009, n° 61, p. 7.
- ROUHETTE G., « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247.
- ROUQUETTE-TÉROUANNE C., « Le syndicat des copropriétaires est un non-professionnel au sens de l'article L. 136-1 du Code de la consommation », *Loyers et copr.* 2011, ét. 11, p. 13.
- RZEPECKI N., « Le relevé d'office par le juge des dispositions du code de la consommation : principe et régime », *RLDA* juin 2009, p. 41.
- SAGE Fr., « 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.* 29 octobre 1994, doct. p. 1189.
- SALGUEIRO A., « L'adage *da mihi factum, dabo tibi jus* appliqué au moyen relevé d'office tiré de la forclusion », *JCP E* 2009, n° 24, p. 14 s
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N.,
- « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats, conc. consom.* 2008, ét. 7.
 - « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises". À propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP G* 2009, act. 168.
 - « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la Commission des clauses abusives », *RDC* 2009/4, p. 1629, n° 11.
 - « Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives », *RLDC* 2010, p. 7.
- SAVATIER J., « Contribution à une étude juridique de la profession », in *Mélanges Hamel*, Dalloz, 1961.
- SAVAUX E., « Spectaculaire, mais difficilement évitable, revirement de jurisprudence concernant l'office du juge en matière de crédit à la consommation », *Deffrénois* 2009, n° 6, p. 663 s.
- SERAGLINI Ch., « La Saint-Valentin des clauses de conciliation et de médiation préalable », *JCP G* 2003, I, 164.
- SIMLER Ph., v° Interprétation des contrats, in *JCl. Civil*, fasc. 10.

BIBLIOGRAPHIE

SINAY-CYTERMANN A.,

- « La Commission des clauses abusives et le droit commun des obligations », *RTD civ.* 1985, p. 471, n° 12 s..

- « Protection ou surprotection du consommateur », *JCP G* 1994, I, 3804.

STOUFFLET J., « La fixation du taux des crédits bancaires après les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation du 1er décembre 1995 », *RD bancaire et de la bourse* janvier-février 1996, n° 53.

TENREIRO M., « Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993) », *Contrats, conc. consom.* 1993, chron. 7, p. 1.

TENREIRO M., « Les clauses abusives dans les contrats conclu 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 (loi n° 95-96 du 1er février 1995) », *D. aff.* 1996, art. p. 372.

- « Le juge et le contrat d'adhésion » *JCP G* 1993, I, 3673.

TEYSSIE B., « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D.* 1976, chron. p. 287.

TRICOT D., « Vers un équilibre significatif dans les pratiques commerciales », *concurrences : revue des droits de la concurrence* mars 2011, n° 1, p. 26.

TROCHU M., « Les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs », *D.* 1993, chron. p. 315.

TRUDEL G., « Des frontières de la liberté contractuelle », in *Mélanges Louis Baudouin*, ss dir. A. POPOVICI, PU Montréal, 1974, p. 217 s..

TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », *RID comp.* 1970, p. 247.

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.

- « L'action en responsabilité entre participants d'une chaîne de contrats », in *Mélanges Dominique Holleaux*, Université Paris Val-de-marne et Paris II, 1990, p. 399.

WALINE M., « Empirisme et conceptualisme : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges Dabin*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, t. 1, 1963, p. 367.

ZOUGHI J., « Le déséquilibre significatif conforme à la Constitution ! », *Décideurs. Stratégie Finance Droit*, n° 2010-2011, p. 149.

IV. NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS ET RAPPORTS

ABRAVANEL-JOLLY S., note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 octobre 2002, *JCP E* 2004, n° 386.

AGOSTINELLI X.,

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 février 1993, *D.* 1994, jur. p. 6.

- note sous CA Aix-en-Provence, 18 septembre 1995, *Bull. Aix* 1995-2, p. 25.

ALEXANDRE J.-J. et COUTANT M., note sous T. com. Fréjus, 1^{er} mars 1993, *JCP G* 1994, II, 22194.

AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M., obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 novembre 2011, *D.* 2012, pan. p. 459.

AMRANI-MEKKI S.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, n° 03-16905, *D.* 2005, pan. p. 2841.

- obs. sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *JCP G* 2008, I, 138.
- ANCEL P. et COTTIN M., note sous Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *D.* 2003, p. 1386.
- ATANI A., note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *LPA* 19 mars 2013.
- ATIAS Chr., note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-19692, *Deffrénois* 2005, p. 1178.
- AUBERT DE VINCELLES C.,
 - obs. sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, *RDC* 2009/4, p. 1467.
 - note sous CJUE, 3 juin 2010, n° C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, *RDC* 2010, p. 1299.
 - note sous CJUE, 3 juin 2010, n° C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, *RTD eur.* 2010, p. 695.
- AUBERT J.-L.,
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, *D.* 1987, somm. p. 45.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1987, *D.* 1987, somm. p. 456.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 1988, *D.* 1988, somm. p. 407.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 161, p. 111, *D.* 1988, somm. p. 406.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, *D.* 1989, somm. p. 337.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 1989, *Deffrénois* 1991, art. 34987, n° 19, p. 366.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1990, *Deffrénois* 1991, art. 34987, n° 20, p. 367.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *D.* 1991, somm. p. 320.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 février 1996, *Deffrénois* 1996, p. 742.
- AUDIT B., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 1985, *Compagnie des signaux*, *D.* 1986, IR p. 265.
- AUSTRY S., concl. sous CE sect., 22 novembre 2000, *Sté L. et P. Publicité SARL*, *RFDA* 2001, p. 872.
- AVENA-ROBARDET V.,
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1998, *D. Aff.* 1998, p. 1389.
 - obs. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *D.* 2002, somm. p. 3339.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *D.* 2003, AJ p. 693.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, *D.* 2004, AJ p. 947.
 - obs. sous TI Bourgneuf, 8 décembre 2004, deux jugements, *D.* 2005, AJ p. 277.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 01-16.733, *D.* 2005, AJ p. 640.
 - obs. sous CE, 16 janvier 2006, *Fédération du Crédit Mutuel Centre Est Europe*, *Contrats, conc., consom.* 2006, *D.* 2006, p. 576.
 - obs. sous Cass. civ., avis, 10 juillet 2006, n° 006 0006, *D.* 2006, p. 2313.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *D.* 2009, AJ p. 16.
- AYNES L., note sous Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *D.* 1996, p. 13.
- BAKOUCHE D.,
 - note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004, *JCP G* 2004, II, 10106.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, *JCP E* 2005 p. 769.
- BAUDE-TEXIDOR C. et I. FADLALLAH, note sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *JCP E* 2003, 279.
- BAZEX M., note sous TA Nice, 28 avril 2006, *Contrats conc. consom.* 2006, comm. 145.
- BAZIN E.,
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1993, *JCP G* 1993, II, 22158.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *LPA* 1994, n° 82.
- BÉNABENT A., note sous Cass. ass. plén., 7 février 1986, *D.* 1986, p. 293.
- BERGEAL C., concl. sous CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *CJEG* décembre 2001, p. 496, n° 4.1.2..
- BERHEIM L., note sous Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *LPA* 12 mars 2013, p. 13.

BIBLIOGRAPHIE

- BERT D., note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, *Rev. loyers* 2011/919, n° 1328, p. 325.
- BIGOT J.,
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, *RGAT* 1987, p. 559.
 - note sous CA Colmar, 16 juin 1995, *RGAT* 1995, p. 624.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *RGDA* 2008, p. 708.
- BILLEMONT J., note sous Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, *Rev. arb.* 2011, p. 950.
- BOISSARD S., concl. sous CE, 29 décembre 2000, *Beule et autres*, *LPA* 17 mai 2001, p. 14.
- BOITARD et RABUT, note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1971, *JCP* 1972, II, 17280.
- BONNEAU Th., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, *Banque et Droit mars-avr.* 2009, p. 30.
- BOUJEKA A., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, *D.* 2005, jur. p. 1948.
- BOULOC B.,
- obs. sous Cass. com., 10 mai 1989, *RTD com.* 1990, p. 89.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1990, *RTD com.* 1991, p. 85.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, *RTD com.* 1993, p. 154.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *RTD com.* 1996, 74.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 1996, *RTD com.* 1996, p. 702.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, *RTD com.* 1997, p. 308.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 1996, *RTD com.* 1997, p. 306.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2001, *RTD com.* 2002, p. 146.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *RTD com.* 2003, p. 559.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 2004, *RTD com.* 2005, p. 584.
 - obs. Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006, *RTD com.* 2007, p. 219.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.645, n° 04-17.578, n° 04-15.646, n° 04-15.890, *RTD com.* 2007, p. 437.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, *JCP G* 2009, n° 19, p. 17 s..
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2010, *RTD com.* 2010, p. 774.
- BRAIBANT G., concl. sous CE, 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, *CJEG* 1961, p. 175.
- BRUN Ph. et PAISANT G., note sous CA Paris, 4 octobre 1996, *JCP G* 1997, II, 22811.
- BRUSCHI M.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *RDC* 2003/1, p. 91.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, *RDC* 2006/2, p. 359.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *RDC* 2008/4, p. 1214.
- CALAIS-AULOY J., note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1987, *D.* 1988, jur. p. 49.
- CARBALLO-FIDALGO M. et PAISANT G., note sous CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244/98, *JCP G* 2001, II, 10513.
- CAROLLE-BRISSON D., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009, *RLDA* juin 2009, p. 36.
- CARTOU L., obs. sous CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *D.* 1986, IR p. 454.
- CASAS D., concl. sous CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres*, *RFDA* 2005, p. 483.
- CERVEAU B., obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, *Gaz. Pal.* 2011, n°s 329-330, p. 33.
- CHANTEPIE G., note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *D.* 2011, jur. p. 1659.
- CHAUVAUX D. et GIRARDOT T.-X., note sous CE, ass., 10 juill. 1996, *Cayzeele*, *AJDA* 1996, p. 732.
- CHAUVEL P.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, *Droit et Patrimoine* janvier 2000, p. 95.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *Dr. et patr.* mai 2003, p. 112.
- CHAZAL J.-P., note sous Cass. com., 23 novembre 1999, *JCP G* 2000, II, 10326.
- CHEVRIER E., obs. sous CJCE, 24 janvier 2002, *D.* 2002, AJ p. 1065.
- CLARET H., note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *D.* 2003, jur. p. 2600.

CLAY T.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2010, *D.* 2010, p. 651 et p. 2933.

- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, *JCP G* 2011, doct. p. 1397, n° 5

COHET-CORDEY Fr., obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 novembre 2011, *AJDI* 2012, p. 780.

COLIN A., rapp. sous Cass. civ., 14 juin 1926, *DP* 1927, p. 57.

COLLOMP É., note sous Cass. com., 3 mai 2006, *LPA* 5 mars 2007, n° 46.

COURTIEU G., note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *Resp. civ. et assur.* 2003, chron. 13.

CRÉDOT F.-J. et GÉRARD Y.,

- note Cass. 1^{ère} civ., 18 février 1997, *RD bancaire et Bourse* 1997, p. 115.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, *RD banc. fin.* 2004, n° 190.

CRÉDOT F.-J. et SAMIN T.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *RD banc. fin.* 2009, n° 50.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, *RD banc. fin.* 2009, n° 44.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009, *RD banc. fin.* 2009, n° 149.

CROZE H., obs. sous Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *Procédures* avril 2003, n° 96.

DAGORNE-LABBE Y.,

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, *JCP G* 2002, II, 10067.

- note Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006, *D. aff.* 2006, jur. p. 2743.

DARGENT L., obs. sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *D.* 2008, AJ p. 228.

DE FONTMICHEL M., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2010, *LPA* 2011, n° 202.

DE GOUTTES R., avis sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *BICC*, n° 680.

DE ROMANET J., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *RLDA* févr. 2013. 40.

DEBET A.,

- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2004, *RDC* 2004, p. 1080.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, *CCE* 2008, n° 7.

DELEBECQUE Ph.,

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, *D.* 1988, jur. p. 1.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 1989, *JCP G* 1990, II, 21534.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1993, *Deffrénois* 1994, p. 352.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *Deffrénois* 1994, p. 821.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1995, *D.* 1995, somm. p. 229.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1995, *D.* 1995, somm. p. 229.

- obs. sous Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *Deffrénois* 1996, p. 747.

- obs. sous CA Paris, 3 mai 1996, *D.* 1996, somm. p. 326.

- obs. sous Cass. com., 9 juillet 1996, *Deffrénois* 1996, p. 1363.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, *D.* 1997, somm. p. 173.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, *D.* 1997, somm. p. 174.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, *D.* 1999, p. somm., p. 115.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, *Deffrénois* 1999, p. 367.

- note sous CE, 6 juillet 2005, *D.* 2005 p. 2094.

DELPECH X.,

- obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, *D.* 2006, p. 1445.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *D.* 2008, p. 1547.

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *D.* 2009, AJ p. 1685.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *D.* 2011, act. p. 510.

DELVOLVE P., note sous CE, ass., 10 juill. 1996, *Cayzele*, *RFDA* 1997, p. 89.

DESHAYES O.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *RDC* 2008/4, p. 1155.

- obs. sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, *RDC* 2010/1, p. 59.

BIBLIOGRAPHIE

- DEVILLENEUVE, note sous Cass. Civ., 10 juillet 1843, *Prunier*, S. 1843, 1, p. 561.
- DIEU F., concl. TA Nice, 28 avril 2006, *Bull. jur. des contrats publics* 2006, n° 49, p. 438.
- DOIREAU S., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.645, n° 04-17.578, n° 04-15.646, n° 04-15.890, *RLDC* 2007, n° 35, p. 12.
- DONNAT Fr., concl. sous CE, 6 juillet 2005, *JCP G* 2005, II, 10154.
- DREYFUS J.-D., note sous CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres*, *AJDA* 2005, p. 668.
- DUBARRY J.-Cl. et LOQUIN E., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Jaguar*, *RTD com.* 1998, p. 330 s..
- DUPONT N.,
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *JCP E* 2011, n° 1285.
 - note sous Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012, *JCP E* 2012, n° 1723.
- DURRY G., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 1979, *RTD civ.* 1980, p. 534.
- ECKERT G., note sous CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *RDP* 2001, p. 1510.
- FAGES B.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, *RTD civ.* 2008, p. 103.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *RTD civ.* 2008, p. 477.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2010, *RTD civ.* 2010, p. 323.
 - obs. sous Cons. constit., Déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *RTD civ.* 2011, p. 121.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *RTD civ.* 2011, p. 350.
 - obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 novembre 2011, *RTD civ.* 2012, p. 114.
- FALAISE M., note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *LPA* 13 mai 2011, n° 95, p. 3.
- FENOUILLET D.,
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-19692, *RDC* 2005/3, p. 718.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-13779, *RDC* 2005, p. 727.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-16935, n° 03-16905, *RDC* 2005, p. 733.
 - obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, *RDC* 2006/3, p. 737.
 - obs. Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006, *RDC* 2006/4, p. 1114.
 - obs. sous Cass. civ., avis, 10 juillet 2006, n° 006 0006, *RDC* 2007/2, p. 337.
 - note sous CA Paris, 17 octobre 2006, *RDC* 2006, p. 338.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.645, n° 04-17.578, n° 04-15.646, n° 04-15.890, *RDC* 2007, p. 337.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *RDC* 2009, p. 564.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, *RDC* 2009/3, p. 1078 s..
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 avril 2009, *RDC* 2009/4, p. 1426.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009, *RDC* 2009, p. 1430.
 - note sous Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *RDC* 2009/4, p. 1434.
- FIALAIRE J., note CAA Nantes, 29 décembre 2005, *AJDA* 26 juin 2006, p. 1289.
- FILLION-DUFOULEUR B., note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1999, *JCP* 1999, II, 10162.
- FLORES Ph. et BIARDEAUD G., obs. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *Gaz. Pal.* 2003, p. 1711.
- FONLLADOSA L., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, *Assur. fr.* 1996, n° 723.
- FRANÇOIS J., note sous Cass. com., 3 mai 2006, *D.* 2006, p. 1618.
- GAILLARD E., note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Jaguar*, *Rev. arb.* 1997, p. 537.
- GAIN M.-O., note sous CA Douai, 7 novembre 1994, *LPA* 1995, n° 98, p. 16.
- GAUDEMET-TALLON H., note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 1985, *Compagnie des signaux*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537.

GHESTIN J.,

- obs. sous Cass. com., 8 octobre 1973, *JCP* 1975, II, 17927.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 1979, *D.* 1980, IR p. 262.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 1989, *D.* 1990, p. 289.
- note sous TGI Paris, 17 janvier 1990, *D.* 1990, p. 289.
- note sous Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1990, *D.* 1991, jur. p. 460.
- note sous TGI Paris, 16 avril 1991, *D.* 1991, jur. p. 460.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *D.* 1991, jur. p. 449.
- note sous Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *JCP G* 1996, II, 22565.

GIRARDOT T.-X. et RAYNAUD F., note sous *Sté Million et Marais*, *AJDA* 1997, p. 945.

GROSSER P.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, *JCP G* 2008, I, 104, n° 12.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *JCP G* 2008, I, 179, n° 8.

GROUDEL H.,

- note sous Cass. 2^{ème} civ., 5 juillet 2006, *Resp. civ. et assur.* 2007, comm. 270.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *RCA* 2008, comm. n° 270.

GRYNBAUM L., note sous TGI Nanterre, 10 septembre 2003, *CCE* 2003, n° 107.

GUERLIN G., obs. sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, *LEDC* septembre 2009, p. 6.

GUETTIER Ch., note sous CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *Resp. civ. et assur.* 2002, comm. 2.

GUEVEL D.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, *Gaz. Pal.* 2003, somm. p. 1188.
- obs. Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 2002, *Gaz. Pal.* 2003, somm. 1189.

GUEZ Ph., note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 1992, *D.* 1994, p. 169.

GUGLIELMI G. J., note sous CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *AJDA* 2001, p. 893.

GUILLOT J.-L., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, *Banque et Droit mai-juin* 2005, 79.

GUYOMAR M. et COLLIN P., note sous CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *AJDA* 2001, p. 853.

HAGELSTEEN M.-D., concl. sous CE, 3 décembre 1980, *JCP G* 1981, II, 19502.

HASSLER T.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, *D.* 1989, som. comm. p. 304.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 1990, *JCP G* 1991, II, 21594.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 février 1993, *D.* 1994, somm. p. 249.

HELLO, concl. sous Cass. Civ., 10 juillet 1843, *Prunier*, *S.* 1843, 1, p. 561.

HÉMARD J. et BOULOC B., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, *RTD com.* 1988, p. 112.

HÉMARD J.,

- note Cass. com., 15 décembre 1969, *JCP* 1970, II, 16391.
- obs. sous CE, 3 décembre 1980, *RTD com.* 1981, p. 340.

HEUZÉ V., note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Jaguar*, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87 s..

HOCQUET-BERG S., note sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *RCA* 2008, comm. 112.

HOUTCIEFF D., note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *RLDC* 2011/83, n° 4256, p. 7.

HUET J.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1995, *LPA* 5 juillet 1995, p. 22.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, *LPA* 22 déc. 1997.

HUGAS-DARRASPEN H., obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, *RDI* 2006, p. 294.

JAMIN Ch.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, *JCP G* 1997, I, 4015, n° 1.

BIBLIOGRAPHIE

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998, *JCP G* 1998, I, 155, n° 1.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, *D.* 1999, p. 197.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, *JCP E* 1999, II, 1827.
- JAMIN Ch. et BILLIAU M., note sous Cass. com., 6 mai 1997, *D.* 1997, p. 145.
- JAROSSON C., note sous Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *Rev. arb.* 2003, p. 403.
- JEOL M.,
- concl. sous Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *D.* 1996, p. 13.
 - concl. sous Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *JCP G* 1996, II, 22565.
- JOSSERAND L., note sous Cass. civ., 14 juin 1926, *DP* 1927, p. 57.
- JOURDAIN P., obs. *RTD civ.* 1989, p. 555.
- KARIMI A., note sous TGI Paris, 29 juin 1994, *LPA* 1995, n° 106, p. 7.
- KILGUS N., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *Dalloz actualité*, 23 janvier 2013.
- KULLMANN J.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, *D.* 1992, somm. p. 401.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *RGAT* 1994, p. 439.
 - note Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000, *RGDA* 2000, p. 47.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2001, *RGDA* 2001, p. 293.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 février 2002, *RGDA* 2002, p. 351.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *RGDA* 2003, p. 442.
- LABARTHE Fr., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, *JCP G* 1996, I, 3929, n° 1 s..
- LACHAUME J.-F. , note sous CE, 26 juin 1989, *Association Études et consommation CFDT, CJEG* 1990, p. 180.
- LAGARDE X.,
- obs. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *JCP G* 2003, I, 142, n° 1 à 4.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 2004, *D.* 2005, p. 2222.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, *JCP G* 2009, II, 10037.
- LAITHIER Y.-M., note sous Cass. 3^{ème} civ., 3 novembre 2011, *RDC* 2012, p. 402.
- LAROCHE DE ROUSSANE P., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Jaguar, Dr et patr.* 1997, p. 180.
- LARROUMET C., note sous CE, 3 décembre 1980, *D.* 1981, p. 228.
- LE BAIL-DUPONT N., note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *JCP E* 2013, n° 1054.
- LECOURT A., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *RLDA* 2011/58, n° 3340, p. 40.
- BOULOC B., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *RTD com.* 2011, p. 404.
- LEFORT Ch., obs. sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *Dr. et proc.* 2008, p. 103.
- LEGEAIS D.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 2004, *RTD com.* 2005, p. 157.
 - note sous Cass. com., 3 mai 2006, *JCP E* 2006, n° 1890.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *RTD com.* 2009, p. 190.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, *RTD com.* 2009, p. 418.
- LEMAY P.,
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, *JCP E* 2011, 1660.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *D.* 2013, p. 818.
- LEREBOURG-PIGEONNIÈRE P., note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 octobre 1976, *D.* 1950, p. 261.
- LEVENEUR L.,
- note sous Cass. com., 26 février 1991, *Contrats conc. consom.* 1991, comm. 105.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *Contrats, conc. consom.* 1991, n° 160.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 1993, *JCP G* 1994, II, 22334.
 - note sous Cass. com., 10 mai 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 155.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1995, *Contrats, conc., consom.* 1995, comm. 84.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 février 1995, *Contrats conc. consom.* 1995, comm. 84.

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 avril 1995, *Contrats conc. consom.* 1995, comm. 124.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *Contrats, conc. consom.* 1995, comm. 159.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, *Contrats conc. consom.* 1996, chron. 4.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, *JCP G* 1996, II, 22654.
- note sous Cass. com., 9 juillet 1996, *Contrats conc. consom.* 1996, comm. 182.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 23.
- note sous Cass. com., 6 mai 1997, *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 146.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Jaguar, Contrats, conc. consom.* 1997, comm. 143.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998, *Contrats, conc., consom.* 1998, comm. 70.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 18.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 124.
- note sous Cass. com., 23 novembre 1999, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 25.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. 118.
- note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004, *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 76.
- note sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *Contrats conc. consom.* 2008, comm. 92.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2008, *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 69.
- note sous Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 206.
- note sous Cass. 3^{ème} civ., 3 novembre 2011, *JCP N* 2012, n° 1117.

LIBCHABER R.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, *RTD civ.* 1997, p. 791.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *Defrénois* 2003, p. 1158.

LORIFERNE D., rapport sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *BICC*, n° 680.

LUBY M.

- obs. sous CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244/98, *RTD com.* 2001, p. 291.
- obs. sous CJCE, 24 janvier 2002, *RTD com.* 2003. 195.
- obs. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *RTD com.* 2003, p. 410.

MALAURIE Ph., note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, *D.* 1989, p. 253.

MALAURIE-VIGNAL M., note sous Cons. constit., Déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 63.

MALINVAUD Ph.,

- note sous Cass. ass. plén., 7 février 1986, *JCP G* 1986, II, 20616.
- obs. sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *RDI* 2008, p. 102.

MALINVAUD Ph. et BOUBLI B., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *RDI* 1996, p. 74.

MALLEVILLE M. H., note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, *RGDA* 1997, 135.

MARTIN D. R. et SYNVET H., obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, *D.* 2007, p. 753.

MARTIN D. R.,

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *D.* 2008, p. 1954.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, *D.* 2010, pan. p. 1046.

MATHEY N.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, *JCP E* 2009, n° 22, p. 12.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009, *JCP E* 2009, n° 44-45, p. 10.
- note sous Cons. constit., Déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 62.

MATTOUT J.-P. et A. PRŮM, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *Dr. et patr.* mars 2009, p. 103.

MAUGERI V.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2009, *RLDC* sept. 2009. 15.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *RLDC* 2008, n° 51, p. 11.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *RLDC* févr. 2009. 11.

BIBLIOGRAPHIE

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *RLDC* sept. 2009, p. 14.
 - obs. sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, *RLDC* 2009, n° 63, p. 13.
- MAYER L., obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 novembre 2011, *Gaz. Pal.* 2012, p. 1417.
- MAZEAUD D.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 février 1993, *Defrénois* 1994, 355.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 1993, *Defrénois* 1994, art. 35845, p. 818.
 - note sous Cass. com, 10 mai 1994, *Defrénois* 1995, art. 36024, p. 347.
 - obs. sous Cass. com, 10 mai 1994, *D.* 1995, somm. p. 89
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *D.* 1996, jur. p. 395.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, *D.* 1996, somm. p. 325.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, *Defrénois* 1996, p. 766.
 - obs. sous Cass. com., 6 mai 1997, *Defrénois* 1997, art. 36663, n° 976.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998, *D.* 1998, jur. p. 539.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1998, *Defrénois* 1998, p. 1417.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1998, *D.* 1999, somm. p. 111.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, *efrénois* 1999, p. 374.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, *Defrénois* 1999, 1004.
- MÉMETEAU G., note sous Cass. crim., 15 mai 1984, *D.* 1986, p. 106.
- MESTRE J.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 1989, *RTD civ.* 1990, p. 277.
 - obs. sous Cass. com., 6 mai 1997, *RTD civ.* 1997, 936.
 - obs. sous Cons. const., déc., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, pt 61, *JO* 16/11/1999, *RTD civ.* 2000, p. 109.
- MESTRE J. et FAGES B.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, *RTD civ.* 2000, p. 107.
 - obs. sous CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244/98, *RTD civ.* 2001, p. 878.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, *RTD civ.* 2001, p. 589.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2001, *RTD civ.* 2001, p. 873.
 - obs. sous CJCE, 22 novembre 2001, *Sté Cape Snc et Idealservice Srl*, aff. C-541/99 et *Idealservice MN RE Sas*, aff. C-542/99, *RTD civ.* 2002, p. 291.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 février 2002, *RTD civ.* 2003, p. 90.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, *RTD civ.* 2002, p. 291.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 2002, *RTD civ.* 2003, p. 91.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 octobre 2002, *RTD civ.* 2003, p. 90.
 - obs. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *RTD civ.* 2003, p. 90.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 2003, *RTD civ.* 2003, p. 292.
 - obs. sous Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *RTD civ.* 2003, p. 294.
 - obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2004, *RTD civ.* 2005, p. 133.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-16905, *RTD civ.* 2005, p. 313.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, *RTD civ.* 2005, p. 391.
 - obs. sous CE, 6 juillet 2005, *RTD civ.* 2005 p. 779.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 18 octobre 2005, *RTD civ.* 2006, p. 107.
 - obs. Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006, *RTD civ.* 2007, p. 113.
- MESTRE J.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 avril 1986, *RTD civ.* 1987, p. 86.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, *RTD civ.* 1987, p. 537.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1987, *RTD civ.* 1988, p. 144.
 - sous Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, *RTD civ.* 1989, p. 533.

- obs. sous Cass. com., 26 février 1991, *RTD civ.* 1992, p. 78.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *RTD civ.* 1991, p. 526.
 - obs. sous Cass. com., 9 juin 1992, *RTD civ.* 1993, p. 351.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1993, *RTD civ.* 1994, p. 97.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *RTD civ.* 1994, p. 601.
 - obs. sous TGI Brest, 21 décembre 1994, *RTD civ.* 1995, p. 360.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1995, *RTD civ.* 1995, p. 362.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1995, *RTD civ.* 1995, p. 620.
 - obs. sous Cass. ass. plén., 1^{er} décembre 1995, *RTD civ.* 1996, p. 153.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, *RTD civ.* 1996, p. 609.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 février 1996, *RTD civ.* 1997, p. 119.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, *RTD civ.* 1997, p. 118.
 - obs. sous Cass. com., 11 juin 1996, *RTD civ.* 1997, p. 120.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, *RTD civ.* 1996, p. 609.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998, *RTD civ.* 1998, p. 674.
 - obs. sous Cass. com., 28 avril 1998, *RTD civ.* 1999, p. 81.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1998, *RTD civ.* 1999, p. 96.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, *RTD civ.* 1999, p. 394.
 - obs. Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 2002, *RTD civ.* 2003, p. 90.
- MICHEL V. et MEISTER M. , obs. sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, *Europe* 2009, n° 8, p. 42.
- MOLFESSIS N., note sous Cons. const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, Loi relative au statut de la Polynésie Française, *Justices* n° 5, janvier-mars 1997, p. 247.
- MONÉGER J.,
- note Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *Loyers et copr.* 2011, repère 3.
 - note Cass. 1^{ère} civ., 29 février 2012, *JCP G* 2012, p. 405.
- NEAU-LEDUC Ph., note sous Cass. com., 23 novembre 1999, *JCP E* 2000, 463.
- NICOLAU G., note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, *D.* 1993, jur. p. 87.
- NOGUÉRO D., obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2009, *RDI* 2009, p. 369.
- NOURISSAT C.,
- note sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *D.* 2003, jur. p. 486.
 - note sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, *Procédures* 2009, n° 8, p. 19.
 - note CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Nogueira*, aff. C-40/08, *Procédures* 2009, comm. 400.
- ODENT R., concl. sous CE, 5 mars 1943, *Cie générale des eaux et syndicat des communes de la banlieue de Paris pour les eaux*, *Rec.* p. 63.
- ORSONI G. , obs. sous CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *RTD com.* 2002, p. 51.
- ORTSCHEIDT J., obs. Cass. 1^{ère} civ., 29 février 2012, *JCP G* 2012, doct. p. 843, n° 1.
- PAISANT G.,
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 avril 1987, *JCP G* 1987, II, 20893.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1987, *JCP G* 1988, II, 21001.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, *JCP G* 1989, II, 21357.
 - note sous Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1990, *JCP* 1991, II, 21674.
 - note sous CA Grenoble, 13 juin 1991, *JCP G* 1992, II, 21819.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, *JCP G* 1991, II, 21743.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1993, *JCP G* 1993, II, 22007.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1993, *D.* 1993, somm. p. 237.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 février 1993, *JCP* 1993, II, 22166.

BIBLIOGRAPHIE

- note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1993, *D.* 1993, p. 568.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *JCP G* 1994, II, 22237.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 février 1994, *D.* 1994, somm. p. 236.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1995, *D.* 1995, p. 327.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 février 1995, *JCP E* 1995, II, 728.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 janvier 1996, *D.* 1996, p. 228.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 1996, *JCP G* 1996, II, 22747.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 février 1998, *JCP G* 1998, 10124.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, *JCP G* 1999, II, 10205.
 - note sous CJCE, 22 novembre 2001, *Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas*, aff. C-542/99, *JCP* 2002, II, 10047.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2002, *JCP* 2002, II, 10123.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 2002, *JCP G* 2002, II, 13163.
 - note sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *JCP G* 2003, II, 10082.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.645, n° 04-17.578, n° 04-15.646, n° 04-15.890, *JCP G* 2007, II, 10056.
 - note sous CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, aff. C-429/05, *JCP G* 2008, II, 10031.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 avril 2009, *JCP* 2009, 328.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *JCP G* 2011, n° 414.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, *JCP G* 2011, 1080.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *JCP G* 2013, n° 140.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013, *JCP G* 2013, 538.
- PAISANT G. et CLARET H., note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, *JCP* 1996, II, 22694.
- PANHALEUX L., note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 1^{er} sem., p. 16.
- PAULIN Ch., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *RLDC* 2011/81, n° 4192, p. 11.
- PÉLISSIER A., note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2010, *JCP* 2010, 659, p. 1232.
- PÉRINET-MARQUET H., obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012, *Deffrénois* 2013, p. 525.
- PERROT R., obs. sous Cass. ch. mixte, 14 février 2003, *RTD civ.* 2003, p. 349.
- PETIT J., obs. sous CE, ass., 10 juill. 1996, *Cayzeele*, *JCP G* 1997, I, 4019, n° 75.
- PICOD Y.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 4.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2008, *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 3.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 5.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 avril 2009, *Droit et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 3.
 - obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *Dr. et proc.* 2010, suppl. n° 2, p. 5.
- PIEDELIEVRE S.,
- obs. sous CJCE, 17 déc. 2009, *Martin Martin*, aff. C-227/08, *Gaz. Pal.* 2010, n° 41-42, p. 23 s..
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 2864.
 - obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012, *Gaz. Pal.* 2012, p. 3490.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *Gaz. Pal.* 2013, p. 494.
- PILLET G., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *LEDC* juillet 2008, p. 4.
- PIZZIO J.-P.,
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 avril 1982, *D.* 1984, jur. p. 439.
 - note sous TI Metz, 4 janvier 1993, *D.* 1984, jur. p. 591.
 - obs. sous TGI Brest, 21 décembre 1994, *D.* 1995, somm. p. 310.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1995, *D.* 1995, somm. p. 310.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, *D.* 2000, somm. p. 48.
 - obs. sous CJCE, 22 novembre 2001, *Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas*, aff. C-542/99, *D. aff.* 2002, somm. p. 2929.

- obs. sous CJCE, 24 janvier 2002, *D.* 2002, p. 2930.
- POILLOT E.,
- obs. sous CJCE, 17 déc. 2009, *Martin Martin*, aff. C-227/08, *D.* 2010, pan. p. 796.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, *D.* 2012, pan. droit de la consommation, p. 844.
- POILLOT-PERUZETTO S.,
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Jaguar, JDI Clunet* 1998, p. 969.
 - note sous Cass. com., 20 octobre 1998, *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. 61.
- POISSONNIER Gh., note sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, *D.* 2009, p. 2312.
- POISSONNIER Gh. et TRICOIT J.-Ph.,
- note sous CJCE, 4 oct. 2007, *Rampion*, aff. C-429/05, *Gaz. Pal.* 12 déc. 2007, n° 346, p. 11 s..
 - obs. sous CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Nogueira*, aff. C-40/08, *Gaz. Pal.* 2010, n° 49, p. 12.
- PRIEUR S., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *JCP G* 2013, n° 6.
- RASCHEL L.,
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, *Procédures* 2009, comm. 84.
 - note sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, *JCP E* 2009, 1970.
- RAYMOND G.,
- note sous CA Paris, 5 juillet 1991, *Contrats, conc. consom.* 1991, comm. 16.
 - note sous CA Paris, 22 octobre 1991, *Contrats conc. consom.* 1991, comm. 63.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 décembre 1991, *Contrats conc. consom.* 1992, comm. 57.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, *Contrats conc. consom.* 1992, comm. 124.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 1992, *Contrats conc. consom.* 1993, comm. 21.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1993, *Contrats conc. consom.* 1993, comm. 62.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 janvier 1993, *Contrats conc. consom.* 1993, comm. 77.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 1993, *Contrats, conc. consom.* 1993, comm. 159.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1993, *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 83.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 58.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 février 1994, *Contrats conc. consom.* 1994, comm. 90.
 - note sous CA Aix-en-Provence, 20 septembre 1995, *Contrats conc. consom.* 1996, comm. 172.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 1996, *Contrats, conc. consom.* 1996, comm. 113.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 1996, *Contrats conc. consom.* 1996, comm. 157.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 12.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 32.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1998, *Contrats conc. consom.* 1998, comm. 104.
 - note sous CE, 27 avril 1998, *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 15.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1998, *Contrats conc. consom.* 1998, comm. 120.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 31.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1999, *Contrats conc. consom.* 1999, comm. 134.
 - note sous CA Paris, 17 septembre 1999 et CA Grenoble, 27 septembre 1999, *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 88.
 - note sous CA Bourges, 23 février 2000, *Contrats conc. consom.* 2001, comm. 15.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2000, *Contrats conc. consom.* 2000, comm. 166.
 - note sous TI Vienne, 15 décembre 2000, *Cofidis, Contrats conc. consom.* 2001, comm. 16.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 2001, *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 143.

BIBLIOGRAPHIE

- note sous CJCE, 22 novembre 2001, *Sté Cape Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MN RE Sas*, aff. C-542/99, *Contrats conc. consom.* 2002, comm. 18.
- note sous Cass. crim, 15 octobre 2002, *Contrats, conc., consom.* 2003, comm. 93.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 octobre 2002, *Contrats conc. consom.* 2003, comm. 3.
- note sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 31.
- note sous TI Vienne, 14 mars 2003, *Cofidis*, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 118.
- note sous CA Paris, 29 avril 2003, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 190.
- note sous TGI Nanterre, 10 septembre 2003, *Contrats conc. consom.* 2004, comm. 13.
- note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004, *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 100.
- note sous CJCE, 20 janvier 2005, aff. C-464/01, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 100.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-16935, n° 03-13.779, n° 03-19692, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 95.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 01-16.733, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 99.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 100.
- note sous TGI Paris, 5 avril 2005, *Contrats conc. consom.* 2005, comm. 140.
- note sous CA Aix-en-provence, 20 mai 2005 *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 54.
- note sous CA Aix-en-Provence, 26 mai 2005, *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. 54.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, *Contrats conc. consom.* 2005, comm. 215.
- note sous CE, 16 janvier 2006, *Fédération du Crédit Mutuel Centre Est Europe*, *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. 117.
- note sous Cass. com., 3 mai 2006, *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 148.
- note Cass. civ., avis, 10 juillet 2006, n° 006 0006, *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 210.
- note sous Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 2006, *Contrats conc. consom.*, 2006, comm. 210.
- note sous TI Saintes, 4 décembre 2006, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 61.
- note sous CA Paris, 20 septembre 2007, *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 31.
- note sous CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, aff. C-429/05, *Contrats conc. consom.* 2007, comm. 12.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 décembre 2008, *JCP E* 2009, p. 1278.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 85
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 3.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 avril 2009, *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 182.
- note sous Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *Contrats conc. consom.* 2009, comm. 258.
- note sous Cass. 1^{ère} civ. 8 décembre 2009, *Contrats conc. consom.* 2010, n° 108.
- note sous CJCE, 17 déc. 2009, *Martin Martin*, aff. C-227/08, *Contrats conc. consom.* 2010, comm. 6.
- note sous CA Montpellier, 12 janvier 2010, *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 20.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2010, *Contrats conc. consom.* 2010, comm. 170.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 102.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2011, *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 223.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, *Contrats conc. consom.* 2011, comm. 226.
- note sous Cass. com., 6 septembre 2011, *Contrats, conc., consom.* 2011, comm. 248.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 47.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 65.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 janvier 2013, *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 88.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013, *Contrats conc. consom.* 2013, comm. 170.

RAYNARD J.,

- obs. sous CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244/98, *RTD civ.* 2000, p. 939.
- obs. sous CJCE, 22 novembre 2001, *Sté Cape Snc et Idealservice Srl*, aff. C-541/99 et *Idealservice MN RE Sas*, aff. C-542/99, *RTD civ.* 2002, p. 397.
- obs. sous CJCE, 24 janvier 2002, *RTD civ.* 2002, p. 397.

RÉMY Ph.,

- sous Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1989, *RTD civ.* 1989, p. 574, obs..
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *Rev. loyers* 2011, n° 1273, p. 109.

RENOUX T.-S., note sous Cons. const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, Loi relative au statut de la Polynésie Française, *RFD const.* 1996, p. 594.

RIGAUX A., note CJCE, 4 oct. 2007, *Rampion*, aff. C-429/05, *Europe* 2007, n° 12, p. 32 s..

RIVIER M.-Cl., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Jaguar*, *RGDP* 1998, p. 156.

ROBINE D., obs. Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 2002, *LPA* 25 mars 2003.

ROCHFELD J.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-13.779, n° 03-16905, *JCP G* 2005, I, 141, n° 15.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *RDC* 2013, p. 489.

RONDEY C.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1998, *D. Aff.* 1999, p. 163.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2000, *D.* 2000, p. 317.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2001, *D.* 2001, p. 2828.
- obs. sous CJCE, 22 novembre 2001, *Sté Cape Snc et Idealservice Srl*, aff. C-541/99 et *Idealservice MN RE Sas*, aff. C-542/99, *D. aff.* 2002, AJ p. 90.
- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004, *D. aff.* 2004, AJ p. 1018.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-16935, n° 03-13.779, n° 03-16905, *D. aff.* 2005, AJ p. 487.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005, *D. aff.* 2005, AJ, 887.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.645, n° 04-17.578, n° 04-15.646, n° 04-15.890, *D.* 2006, AJ p. 2980.

ROUAULT M.-C., note sous CE sect., 22 novembre 2000, *Sté L. et P. Publicité SARL*, *AJDA* 2001, p. 198.

ROUTIER R., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *JCP E* 2009, n° 24, p. 11.

RZEPECKI N., note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, *JCP G* 1999, II, 10133.

SABLIÈRE P., note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 novembre 1994, *CJEG* 1995, p. 267.

SARRUT, note sous Cass. civ., 4 décembre 1895, *DP* 1896, I, p. 241.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N.,

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2001, *JCP G* 2002, I, 148, n° 1.
- obs. sous CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *JCP G* 2001, I, 370, n° 1 à 9.
- note sous CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *JCP E* 2002, n° 124.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 29 octobre 2002, *JCP G* 2003, I, 122, n° 25.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-19692, *JCP G* 2005, I, n° 141, n° 14.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.645, n° 04-17.578, n° 04-15.646, n° 04-15.890, *RLDC* 2007/36, p. 6.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2007, *JCP G* 2008, I, 136, n° 1.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2008, *D.* 2009, pan. p. 393.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009, *JCP G* 2009, I, 138, n° 14.
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 8 décembre 2009, *JCP* 2010, n° 516, chron. n° 12.

BIBLIOGRAPHIE

- obs. sous CJCE, 17 décembre 2009, *Martin Martin*, aff. C-227/08, *JCP G* 2010, n° 18, p. 966 s..
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2010, *RDC* 2010, p. 886.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2010, *D.* 2011, pan. p. 974, spéc. p. 977.
 - obs. sous CJUE, 3 juin 2010, n° C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, *LEDC* juillet 2010, p. 1.
 - obs. sous CJUE, 3 juin 2010, n° C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, *D.* 2011, pan. p. 974, spéc. p. 978.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *JCP G* 2011, n° 566, n° 7.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, *LEDC* 2011, comm. 123.
 - note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, *RDC* 2011, p. 1246.
 - obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012, *D.* 2013, pan. p. 949.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *D.* 2013, pan. p. 949.
- SAVAUX E.,
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 février 2002, *Defrénois* 2002, p. 772.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *Defrénois* 2008, art. 38838, n° 6.
 - note sous Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 2009, *Defrénois* 2009, p. 2340.
- SCHRAMMECK O., obs. sous Cons. const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, Loi relative au statut de la Polynésie Française, *AJDA* 1996, p. 371.
- SCHULZ R., obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, *RGDA* 2011, p. 1139.
- SERIAUX A., note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, *JCP G* 2008, II, 10133.
- SERINET Y.-M.,
- obs. sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *RDC* 2008, p. 435.
 - obs. sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, *JCP G* 2009, 369, n° 13.
 - obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2011, *RDC* 2011, p. 1279.
- SIMON D., obs. sous CJUE, 3 juin 2010, n° C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, *Europe* 2010, comm. 290.
- SIZAIRE Ch., obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012, *Constr.-Urb.* 2012, n° 182.
- STAHL, concl. sous CE sect., 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, *Rec.* p. 406.
- STOFFEL-MUNCK Ph.,
- obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2004, *RDC* 2004, p. 938.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, n° 03-16905, *CCE* 2005, comm. 85.
 - note sous TGI Paris, 5 avril 2005, *CCE* 2005, n° 104.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 novembre 2005, *CCE* 2006, n° 10.
- STOUFFLET J., note sous Cass. com., 9 juillet 1996, *JCP* 1996, II, 22721.
- SYLVESTRE J., note sous CE, sect., 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, *Gaz. Pal.* 23 février 2002, n° 54, p. 3.
- TERNEYRE Ph., note sous CE, ass., 10 juill. 1996, *Cayzeele*, *CJEG*, n° 526, p. 382.
- TISSEYRE S., note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, *D.* 2011, p. 2245.
- TOURNAFOND O.,
- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *D.* 1996, somm. p. 14.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juillet 2001, *D.* 2002, somm. p. 932.
 - obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2012, *RDI* 2013, p. 93.
- TRICOIT J.-Ph., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 2004, *D.* 2005, p. 443.
- VALETTE-ERCOLE V., note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *Dr. et proc.* 2011, p. 145.
- VIAL-PEDROLETTI B., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, *Loyers et copr.* 2011, comm. 107.
- VINEY G.,
- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 1992, *JCP G* 1992, I, 3625.

- obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, *JCP G* 1994, I, 3773, 313.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 1995, *JCP G* 1995, I, 3893, n° 28.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *JCP* 1995, I, 3893.
 - note sous Cass. com., 3 mai 2006, *RDC* 2007/2, jur. p. 300.
 - obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012, *RDC* 2013, p. 554.
- VIRASSAMY G., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1999, *JCP* 1999, I, 191, n° 1 s..
- WEILLER L.,
- note sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, *JCP G* 2008, II, 10006.
 - note Cass. 1^{ère} civ., 29 février 2012, *Procédures* 2012, 21.
- WILLMANN Ch., note Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 2002, *D.* 2003, p. 2927.

V. COLLOQUES ET OUVRAGES COLLECTIFS

- « La Commission des clauses abusives en action : 30^{ème} anniversaire », actes du colloque accessibles sur <http://www.clauses-abusives.fr/colloque/contributions.htm>.
- Concurrence Consommation*, 2013-2014, Éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2013.
- L'unilatéralisme et le droit des obligations*, ss dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, coll. Études juridiques, t. 9, 1999
- Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées nationales Ass. Henri Capitant, LGDJ, 1996.
- Les clauses abusives entre professionnels* (Actes du colloque organisé par le centre de Droit des contrats de l'Université de Lille II et le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université de Paris-Val-de-Marne), ss dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *Economica*, coll. Études Juridiques, t. 3, 1998.
- Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur*, *Travaux du Colloque organisé par Droit et Commerce*, 3-4 juin 1978, éd. ENAJ.

VI. AUTRES OUVRAGES : DICTIONNAIRES, DOCUMENTS OU RAPPORT OU SITES INTERNET

- Dictionnaire de la Langue Française* par É. LITTRÉ, éd. 1863-1877.
Dictionnaire Le Robert.
<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/>
<http://atilf.atilf.fr>
- Vocabulaire juridique*, ss dir. G. CORNU, 9^e éd., PUF, coll. Quadrige Dicos Poche, 2011.
- Vocabulaire juridique consommation*, Dalloz, 1993.
- H. ROLAND, *Lexique juridique – Expressions latines*, 5^e éd., Litec, coll. Objectif Droit dico, 2010.

MEDEF,

- « La définition du consommateur », Commission consommation, septembre 2010.
- *Eviter les clauses abusives dans les contrats de consommation*, Guide pratique à destination des entreprises et des organisations professionnelles, 2010.

Vers un nouveau droit de la consommation, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du

BIBLIOGRAPHIE

- Budget chargé de la consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, 1984.
- Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1985.
- Propositions pour un code de la consommation*, rapport de la commission de codification du droit de la consommation au Premier ministre, La Documentation Française, coll. des rapports officiels, avril 1990.
- La directive « Clauses abusives » cinq ans après, Évaluation et perspectives pour l'avenir*, Conférence de Bruxelles, 1-3 juillet 1999.
- Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, 2000, COM(2000) 248 final.
- H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), en coop. avec Ch. TWIGG-FLESNER et M. EBERS, *Compendium CE de Droit de la consommation – Analyse comparative –*, avril 2007.
- CESCE, avis, « Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *JOCE* n° C 116/25, p. 117.
- J.-P. CHARIÉ, *Rapport* n° 1775 sur le projet de loi, adopté par le Sénat, concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, au nom de la commission de la production et des échanges, AN, 7 décembre 1994.
- A. FOSSET, *Rapport* n° 64 sur le projet de loi concernant les clauses abusives, la présentation des contrats, le démarchage, les activités ambulantes, le marquage communautaire des produits et les marchés de travaux privés, au nom de la commission des affaires économiques, Sénat, 9 novembre 1994.
- Déclaration FOSSET, *JO Sénat (CR)* 16/11/1994, p. 5567.
- La notion de clause abusive et le rôle de la Commission des clauses abusives à l'égard des clauses illicites ou illégales*, rapport présenté par le Professeur J. GHESTIN, Annexe II, in *Rapport d'activité pour l'année 1981* de la Commission des clauses abusives, p. 23 s., spéc. p. 28, *JO* 1982, n° 1546.
- Rapport sur une éventuelle application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation en vue de l'établissement d'une liste de clauses abusives*, annexe V, in *Rapport d'activité pour l'année 2001* de la Commission des clauses abusives, *BOCCRF* 30/05/02.
- « Avis sur le projet de décret portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation », annexe III, in *Rapport d'activité pour l'année 2008*, *BOCCRF* 05/03/2009.
- <http://www.clauses-abusives.fr/index.html>
- Rapp. public 2001 du Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Etudes et Documents n° 52, La Documentation française, 2001, p. 287 s.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus :

- de droit : 147, 321
- de (la) liberté contractuelle : 147 s., 212, 229, 230, 295, 307, 480, 533
- de (la) puissance économique : 5, 7, 158, 251, 315, 318, 345-3, 355, 384

Acte de consommation : 64 s.

Action en suppression des clauses abusives

- associations de consommateurs : 7, 113 s., 185 s.
- caractère préventif : 114 s.
- clauses obscures et ambiguës : 282
- contrat proposé ou destiné au consommateur : 83, 113 s.
- DGCCRF : 7, 113 s.
- effet : 7, 357, 535.
- et appréciation du déséquilibre significatif : 390
- portée : 116 s.

Activité professionnelle :

- agricole : 25
- artisanale : 25
- caractères : 20 s.
- commerciale : 25
- contrat mixte : 67
- définition du consommateur : 59
- définition du non-professionnel : 88 s.
- définition du professionnel : 16, 19 s.
- fourniture de biens et services : 24 s.
- industrielle : 25
- libérale : 25
- rapport direct : 47 s.
- services publics : 26 s.
- clause compromissoire : 167

Ambiguïté : 279 s., 283, 286 s., 292

Arbitraire (du professionnel) : 429 s.

Association :

- non-professionnel (sans activité professionnelle) : 95
- professionnel (avec une activité professionnelle) : 17, 22, 92

Associations de consommateurs :

- action en suppression des clauses abusives, v. ce mot
- définition du consommateur : 59
- saisine de la CCA : 367

Attentes légitimes : 465, 504, 526, 527, 529, 532

Autonomie de la volonté : 6, 9, 258, 301

Avantage excessif :

- comparaison avec le déséquilibre significatif : 318 s., 380
- critère des clauses abusives : 5, 7
- mise en pratique : 144, 223, 251, 255, 345-1, 345-3, 355, 420, 470, 517, 520

B

Biens de consommation : 74 s.

Bonne foi : 3, 7, 28, 273, 297, 315

C

Clause :

- nécessité : 128
- notion : 129

Clause (types de) :

- abrégative de prescription : 169 s.
- arrhes (relative à) : 410 s.
- attributive de compétence territoriale : 165 s., 200
- cession du contrat (relative à) : 505s.
- charge de la preuve (relative à) : 510 s.
- compromissoire : 167 s., 200
- conciliation (de) : 484
- consentement intégral (de) : 236, 244 s., 265.
- conséquences financières de la renonciation au contrat (relative à) : 409 s.
- dédit : 409 s.
- délai indicatif d'exécution du contrat (relative à) : 524
- exception d'inexécution (relative à) : 501 s.
- exclusion de garantie des risques dans un contrat d'assurance (relative à) : 137.
- exonératoire de responsabilité : 503 s.
- figurant sur le document contractuel principal : 239 s., 261 s.
- garantie commerciale (relative à) : 527 s.
- garantie des vices cachés (relative à) : 171 s.

INDEX ALPHABÉTIQUE

- garantie légale de conformité (relative à) : 171 s.
 - indemnité de résiliation (relative à) : 515 s.
 - limitative d'obligation : 522 s.
 - limitative de responsabilité : 485 s., 521 s.
 - méconnaissant l'exigence d'une offre préalable en cas d'augmentation du crédit à la consommation : 173 s.
 - médiation : 484
 - modes de preuve (relative à) : 506 s.
 - modification unilatérale du contrat (relative à) : 438 s.
 - ne figurant pas sur le document contractuel principal : 243
 - non-obligation : 552 s.
 - obligation de délivrance conforme (relative à) : 526
 - obligations de résultat transformée en obligation de moyen : 523
 - pénale : 530
 - renvoi (de) : 236, 250 s., 265
 - résiliation du contrat par le professionnel (relative à) : 411 s., 443 s.
 - résiliation par le non-professionnel ou consommateur (relative à) : 483, 499 s., 515 s.,
 - théorie des risques (relative à) : 512 s.
- Clause abusive :
- classification par critères : 393 s.
 - classification par listes, v. Listes de clauses abusives
 - domaine d'application : 13 s.
 - fonction : 147 s.
 - histoire : 2, 4
 - irréfragablement présumée abusive, v. Clause noire
 - notion : 8
 - présumée abusive, v. Clause grise
 - sanction, v. réputé non écrit
- Clause ambiguë : 3, 139 s., 268, 276 s., 288 s., 293
- Clause arbitraire : 429 s.
- Clause blanche : 182, 248, 249, 252, 335, 410, 412, 439, 457, 502, 511, 521
- Clause financière : 135 s., 288 s.
- Clause grise : 156, 168, 200, 403, 410, 413, 432, 442, 446, 463, 484, 505, 508, 524, 530
- Clause légale : 205, 207 s.
- Clause illicite :
- cumul avec la clause abusive : 154 s.
 - distinction avec la clause abusive : 176 s.
- Clause inopposable : 3, 260 s., 274 s.
- Clause mal présentée :
- confusion avec la clause abusive : 238 s.
 - distinction avec la clause abusive : 257 s.
- Clause mal rédigée : 268 s.
- Clause négociée ou non : 9, 141 s., 301, 305, 384, 470
- Clause non compréhensible : 271 s.
- Clause non réciproque : 398 s.
- Clause noire : 172, 243 bis, 253, 403, 412, 413, 415, 425, 428432, 442, 446, 463, 486, 500, 502, 504, 511, 517, 524, 525, 526, 534
- Clause obscure : 3, 139 s., 268, 276 s., 288 s., 293
- Clause principale : 135 s., 288 s.
- Clause réglementaire :
- définition : 104.
 - caractère abusif : 105, 205, 215 s.
 - incompétence judiciaire : 220 s.
 - compétence administrative : 222 s.
- Clause unilatérale : 396 s.
- Cohérence du contrat : 478, 532
- Commission des clauses abusives :
- avis sur décret : 5, 329 s., 363
 - avis sur demande du juge : 7, 346, 364
 - avis sur projets de contrats-types rédigés par les professionnels : 365
 - composition : 360
 - définition du consommateur : 65, 74, 76
 - définition du non-professionnel : 95
 - définition du professionnel : 22, 46
 - détermination des clauses abusives : 137, 405, 406, 410, 412, 413, 426, 434, 440, 444, 451, 455, 459, 461, 470, 479, 488, 498, 504, 506, 508, 512, 515, 517, 520, 522, 525, 526, 527
 - et clause ambiguë ou obscure : 283, 285
 - et clause illicite : 157 s., 166, 168, 169, 172, 175, 182
 - et clause mal présentée : 240 s., 243, 245 s., 254
 - et clause non compréhensible : 274
 - et clause principale ou financière : 289
 - et clause réglementaire : 215, 220, 227
 - fonctionnement : 361
 - histoire : 5, 359
 - laisser croire : 159
 - recommandations : 5, 112, 367 s., 535
 - recommandations positives : 240

Compétence professionnelle (critère d'extension de la protection contre les clauses abusives) : 34 s.

Conditions générales : 2, 112, 114, 1156, 143, 235, 236, 240, 243, 255, 265, 282, 341, 413, 434, 439, 526.

Conseil constitutionnel : 297, 350, 491, 530.

Consentement : 3, 104, 138, 258, 260, 266, 274, 275, 290, 338, 384, 509

Consommateur :

- acte de consommation : 64 s.
- bénéficiaire de services financiers : 79
- clientèle de professions libérales : 78
- conception extensive : 35 s.
- conception restrictive : 45 s.
- contrat mixte : 67
- définition : 58 s.
- personne morale (non) : 60 s.
- personne physique : 63
- projet de loi n° 1015 du 2 mai 2013 : 7
- usage personnel et ou familial : 66
- usager du service public : 77, 104 s.

Contrat :

- à conclure : 111 s.
- conclu : 100 s.
- forme : 126 s.
- mixte : 67
- notion : 98 s.
- objet : 124 et 125.

Contrat (types de) :

- abonnement à un club sportif : 22, 379, 452, 460, 504
- assurance : 24, 66, 76, 79, 134, 137, 276, 280, 290, 368, 373, 427, 452, 483, 494
- assurance de groupe : 106 s.
- carte bancaire : 79, 441
- compte bancaire : 79, 160, 169, 413, 452, 456, 460, 462, 486, 504
- crédit à la consommation : 173 s., 221, 246, 445
- dépôt-vente : 384, 420
- développement de films ou pellicules photographiques : 286, 345-1, 375, 521
- enseignement : 28, 76, 133, 345-2, 373, 410, 413, 500, 513, 519
- fourniture d'accès à l'Internet : 413, 439, 441, 460, 523
- location : 49, 74, 118, 121, 160, 211, 368, 386, 420, 433, 456, 478, 492, 502, 503, 513
- service public : 104 s.
- syndic de copropriété : 210, 419, 484

- télésurveillance : 386, 419, 420, 504, 519, 523
- vente : 47, 74, 102, 116, 160, 211, 285, 329, 335, 345-1, 368, 373, 375, 386, 404, 420, 427, 456, 457, 460, 486, 491, 502, 504, 519, 524, 526, 527

Contrat d'adhésion : 2, 105, 141, 142, 143, 148, 305, 470

Contrat de consommation : 13 s.

CJCE/CJUE :

- définition du consommateur : 61, 67
- nature préventive de l'action en suppression des clauses abusives : 114
- relevé d'office : 180, 349

D

Décret :

- n° 78-464 du 24 mars 1978 : 5, 251, 329, 345-1, 345-3, 439, 487, 504, 508, 520, 522, 524
- n° 93-314 du 10 mars 1993 : 7, 346, 364
- n° 2009-302 du 18 mars 2009 : 7, 8, 56, 200, 249, 253, 331, 335, 339, 376, 403, 410, 412, 413, 432, 442, 446, 457, 461, 484, 487, 490, 504, 506, 508, 509, 512, 515, 525, 526, 527

Déséquilibre significatif :

- standard : 297 s.
- définition : 313 s.
- sources d'appréciation : 326 s.
- mise en œuvre : 393 s.
- modèle de conduite : 299 s.
- lien avec le droit supplétif : 302 s.
- comparaison avec l'avantage excessif : 318 s.
- méthode d'appréciation : 378 s.
- appréciation *in concreto* : 383 s.
- appréciation *in abstracto* : 388 s.

DGCCRF :

- action en suppression des clauses illicites et abusives : 7, 113 s.
- amende administrative : 535
- définition du consommateur : 59
- pouvoir d'injonction : 7

Directive n° 93/13 du 5 avril 1993 :

- appréciation du déséquilibre significatif : 381
- clause légale ou réglementaire : 203 s.
- clause négociée : 141
- clause principale ou financière : 136 s.
- définition clause abusive : 7, 315
- définition consommateur : 59, 61

INDEX ALPHABÉTIQUE

- définition du professionnel : 17 s., 23 s.
 - histoire : 7
 - liste blanche : 7, 248, 252
 - transparence (obligation de) : 258, 231, 273
 - transposition : 7
- Directive n° 2011/83 du 25 octobre 2011 : 59
- Document contractuel : 234 s.
- Droit allemand : 3, 5, 328, 474 s.
- Droit européen :
- v. CJCE/CJUE
 - v. Directive n° 93/13 du 5 avril 1993
 - v. Directive n° 2011/83 du 25 octobre 2011
 - v. Proposition de directive du 8 octobre 2008 : 7
 - v. Proposition de règlement européen du 11 octobre 2011
- Droit supplétif : 211, 302 s.
- Droits contractuels :
- définition : 465 s.
 - négation : 477 s.
- Droits supplétifs :
- définition : 465
 - dérogation : 469 s.
 - négation : 478 s.
- E**
- Équilibre contractuel : 300 s.
- Évolution technique : 457
- I**
- Indivisibilité contractuelle : 386
- Inopposabilité : 260 s., 274 s.
- Intelligibilité : 140 s., 268 s.
- Interprétation :
- favorable au consommateur : 278 s.
 - *contra proferentem* : 3
- J**
- Jurisprudence, v. Pouvoir judiciaire
- L**
- Laisser croire : 159, 161, 282, 286
- Lésion : 137, 315
- Liberté contractuelle : 1, 6, 9, 137, 146 s., 307 s., 448, 472, 480
- Listes de clauses abusives :
- blanche (anc. annexe à l'art. L. 132-1 c. consom.) : 7, 248, 335, 346
 - grise (art. R. 132-1 c. consom.) : 7, 8, 179, 200, 322, 363, 389, 415, 479, 487
 - noire (art. R. 132-2 c. consom.) : 7, 8, 179, 187, 200, 322, 479
 - histoire : 328 s.
 - présentation : 334
 - contenu : 335
 - critique : 336 s.
- Loi :
- n° 78-23 du 10 janvier 1978 : 4 s., 36 s., 132, 141, 144, 147, 188, 215, 318 s., 329, 344, 359, 380
 - n° 88-14 du 5 janvier 1988 : 7, 113, 185
 - n° 95-96 du 1^{er} février 1995 : 7, 48, 113, 132, 141, 144, 207 s., 248, 252, 318 s., 330, 393
 - n° 2005-67 du 28 janvier 2005 : 7, 85, 174
 - n° 2008-776 du 4 août 2008 : clause abusive : 7, 331, 347 ; art. L. 442-6, I, 2°, c. com. : 9, 44, 533
- Loi allemande portant réglementation des conditions générales de vente des contrats du 9 décembre 1976 :
- champ d'application : 5
 - critères des « clauses abusives » : 474 s.
 - liste de clauses abusives : 328
- M**
- MEDEF : 59, 374, 407, 413, 436, 453
- Motif légitime : 425 s., 454 s., 500
- N**
- Négation des droits : 465 s.
- Neutralisation des droits : 514 s.
- Non-professionnel :
- absence d'activité professionnelle : 87 s.
 - conception extensive : 35 s.
 - conception restrictive : 45 s.
 - définition : 82 s.
 - GAEC : 93
 - GIE : 93
 - histoire : 1, 36, 37
 - personne morale : 84 s.
 - personnes publiques concluant un marché public : 94
 - rapport direct : 88, 95 s.
 - sociétés civiles : 91
 - sociétés commerciales : 90

O

Ordonnance :

- n° 2001-741 du 23 août 2001 : 7, 113, 139 s., 185, 288 s.
- n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005 : 7, 113

P

Pouvoir judiciaire :

- Cour de Cassation : 55 (contrôle), 7, 345-3 (« coup d'État ») ; 161, 282, 286 (laisser croire)
- critique : 351 s.
- détermination du caractère abusif : 404, 410, 413, 420, 427, 433, 439, 441, 445, 452, 456, 460, 484, 488, 500, 502, 504, 511, 519, 521, 523, 524, 525, 526, 527
- histoire : 344 s.
- rôle : 3, 7, 273
- définition du non-professionnel : 82 s.
- et clause ambiguë ou obscure : 286, 287
- et clause illicite : 160 s., 166, 169, 175
- et clause mal présentée : 242, 245, 255
- et clause réglementaire : 220 s.

Pouvoir réglementaire, v. liste de clauses abusives

Présentation des contrats : 233 s.

Présomption de faiblesse : 43, 66, 95

Professionnel :

- activité professionnelle, 19 s. et v. ce mot
- association : 22
- commerçant : 25
- coopérative : 22
- définition : 16 s.,
- distributeur : 24
- fourniture de biens et services : 24 s.
- mutuelles : 22
- personne physique ou morale : 17
- personne privée ou publique : 18
- prestataire de services : 24
- producteur : 24
- protégés contre les clauses abusives (non) : 32 s.
- saisine CCA : 365, 367
- services publics : 26 s.

Projet de loi :

- n° 3430 du 8 novembre 2006 : 7, 33à, 365
- n° 3508 du 1^{er} juin 2011 : 7
- n° 1015 du 2 mai 2013 : 7, 59, 63, 80, 115, 180, 349, 375

Projets de réforme du droit européen des contrats : 9

Projets de réforme du droit français des contrats : 9

Proposition de directive du 8 octobre 2008 : 7

Proposition de règlement européen du 11 octobre 2011 : 7, 9, 16, 291, 332, 410, 412, 442, 446, 457, 461, 488, 506, 508, 512, 515, 526

Q

Qualité des parties (critère d'application des clauses abusives) : 15

R

Rapport direct : 45 s., 88, 95 s.

Réciprocité : 398 s.

Relevé d'office : 180 s., 349

Réputé non écrit : 13, 183, 199, 200, 213, 290, 531, 535

S

Services :

- services publics : 77, 104 s.
- fournis par les professions libérales : 25, 78
- financiers : 79

Sociétés civiles : 91

Sociétés commerciales : 25

Sources : 9, 326 s., 532

T

Théorie générale du contrat : 6, 9, 257, 531

Transparence : 139 s., 231 s.

U

Unilatéralisme dans le contrat : 309 s.

- défaut de réciprocité : 398 s.
- absence de contrepartie : 417 s., 458 s.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PARTIE I. LA DÉLIMITATION DE LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE	19
Titre I. Délimitation matérielle : la régulation des contrats de consommation	21
Chapitre I. Les parties au contrat de consommation	23
Section I. Le professionnel	23
§ 1. Une personne physique ou morale, privée ou publique	24
§ 2. Une personne exerçant une activité professionnelle	25
A. Les caractères de l'activité professionnelle.....	26
B. La nature de l'activité professionnelle	28
1. L'activité professionnelle privée : la fourniture de biens ou de services	28
2. L'activité professionnelle publique : les services publics	30
Section II. Le non-professionnel ou le consommateur	34
Sous-section I. Définition négative des non-professionnels ou consommateurs.....	35
§ 1. Adoption d'une conception extensive du non-professionnel ou consommateur : le critère subjectif de la compétence	35
A. Genèse de la conception extensive	36
1. L'adjonction du « non-professionnel » dans la loi du 10 janvier 1978	36
2. L'adoption fugace de la conception extensive par la Cour de cassation	37
B. Critique de la conception extensive.....	40
1. Critiques pratiques	40
2. Critiques théoriques	40
§ 2. La consécration de la conception restrictive du non-professionnel ou consommateur : le critère objectif du rapport direct	42
A. Genèse de la conception restrictive	42
B. Contenu du critère du rapport direct.....	48
1. Le sens théorique du critère du rapport direct.....	48
2. Les applications jurisprudentielles du critère du rapport direct	51
Sous-section II. Définition positive des non-professionnels ou consommateurs	56
§ 1. Le consommateur.....	57
A. Une personne physique	59
B. Un acte de consommation : un acte accompli dans un but personnel et/ou familial.....	62
1. Prévalence de la destination de l'acte	63
2. Indifférence de l'acte en lui-même.....	65
a. Indifférence de la nature de l'acte	65
b. Indifférence de l'objet de l'acte	66
i) N'importe quel bien	67
ii) N'importe quel service.....	68

TABLE DES MATIÈRES

§ 2. Le non-professionnel.....	74
A. Une personne morale.....	75
B. Identification des personnes morales non-professionnelles	78
1. Personnes morales exerçant une activité professionnelle.....	79
2. Personnes morales sans activité professionnelle	82
Chapitre II. Les clauses des contrats de consommation.....	85
Section I. Une relation contractuelle.....	85
§ 1. Nécessité d'un contrat.....	85
A. « Contrats conclus » entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur.....	86
1. Exigence de conclusion, et non de rédaction, d'un contrat	86
2. Hypothèses délicates	87
a. Existence d'un contrat entre usager et service public	88
b. Relation entre adhérent et promettant d'un contrat d'assurance de groupe	90
c. Action contractuelle directe d'un non-professionnel ou consommateur à l'encontre d'un professionnel avec lequel il n'a pas contracté	93
B. Contrats à conclure.....	95
1. Les recommandations de la Commission des clauses abusives : contrat à conclure entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur.....	95
2. L'action des associations de consommateurs et de la DGCCRF en suppression des clauses abusives : contrats à conclure entre un professionnel et un consommateur	96
a. Caractère préventif de l'action en suppression des clauses abusives	97
b. Portée de l'action en suppression des clauses abusives	100
§ 2. Tout contrat.....	105
A. Indifférence quant au type de contrat	106
B. Indifférence quant à la forme ou au support du contrat.....	108
Section II. Les clauses contractuelles.....	109
§1. Indifférence relative de la nature des clauses.....	110
A. Le principe : toutes les clauses quelle que soit leur nature.....	110
B. L'exception : les clauses principales et les clauses financières.....	113
1. Exclusion, en principe, du contrôle de leur caractère abusif.....	113
2. Limite de l'exclusion tenant à leur transparence.....	116
§ 2. Indifférence de la négociation des clauses	118
§ 3. Indifférence du résultat de la clause.....	121
Titre II. Délimitation fonctionnelle : la sanction de l'abus de liberté contractuelle.....	125
Chapitre I. L'encadrement de la liberté contractuelle.....	129
Section I. Illicéité de la clause et caractère abusif	130
§ 1. La pratique du cumul : la confusion des notions de clause illicite et de clause abusive	130
A. Un cumul généralisé.....	131
1. Dans les listes réglementaires de clauses abusives	131
2. Dans les travaux de la Commission des clauses abusives	132
3. En jurisprudence.....	137
4. En doctrine	139
B. Exemples topiques du cumul.....	141

1. Les clauses illicites en droit commun qualifiées d'abusives	141
a. Les clauses attributives de compétence territoriale	141
b. Les clauses compromissaires	143
c. Les clauses abrégatives de prescription	145
d. Les clauses excluant les garanties dues par le vendeur professionnel	146
2. Les clauses illicites en droit de la consommation qualifiées d'abusives	147
§ 2. Plaidoyer contre le cumul : la distinction des notions de clause illicite et de clause abusive	149
A. Opportunité relative du cumul	150
1. Avantages du cumul	150
2. Inutilité du cumul	155
B. Les obstacles théoriques au cumul	160
1. La différence d'objet entre les notions	160
2. Le risque d'inadéquation des sanctions	162
Section II. Légalité de la clause et caractère abusif	164
Sous-section I : En droit communautaire	165
Sous-section II : En droit français	168
§ 1. Clause conforme à une disposition législative	168
A. Exclusion du caractère abusif	168
B. Justifications	172
§ 2. Clause conforme à une disposition réglementaire	173
A. Possible caractère abusif	173
B. Appréciation du caractère abusif par les juridictions administratives	176
1. Incompétence des juridictions judiciaires	176
2. Compétence des juridictions administratives	180
Chapitre II. Le contrôle du contenu contractuel	187
Section I. Présentation de la clause et caractère abusif	189
§1. En pratique : le sort contrasté des clauses mal présentées	191
A. Sort des clauses figurant sur le document contractuel principal	191
1. Des clauses non abusives selon la Commission des clauses abusives	191
2. Des clauses abusives en jurisprudence	193
B. Sort des clauses ne figurant pas sur le document contractuel principal	194
C. Sort des clauses de consentement intégral	194
1. Caractère abusif selon la Commission des clauses abusives et la jurisprudence	194
2. Caractère non abusif selon les listes réglementaires de clauses abusives	195
D. Sort des clauses de renvoi	196
§ 2. La distinction théorique entre clause mal présentée et clause abusive	199
§ 3. Le retour à la sanction traditionnelle des clauses mal présentées : l'inopposabilité ...	202
Section II. Rédaction de la clause et caractère abusif	206
§ 1. Le sort des clauses non compréhensibles	208
A. Incertitude liée à l'absence de sanction légalement prévue	208
B. Recours à une sanction de droit commun : l'inopposabilité	210
§ 2. Le sort des clauses obscures ou ambiguës	211
A. La solution de principe : l'interprétation <i>in favorem</i>	211

TABLE DES MATIÈRES

B. La sanction subsidiaire : la qualification de clause abusive	218
§ 3. Le cas particulier des clauses principales et des clauses financières	221
Conclusion de la première partie	227
PARTIE II. L'IDENTIFICATION DE LA NOTION DE CLAUSE ABUSIVE	229
Titre I. Identification théorique : le standard du déséquilibre significatif	231
Chapitre I. La définition du déséquilibre significatif	235
Section I. La nature du déséquilibre significatif : un modèle de conduite	235
§ 1. Un modèle de conduite fondé sur l'équilibre normal du contrat.....	236
§ 2. Un modèle de conduite fondé sur le droit supplétif des contrats	237
A. Le droit supplétif comme modèle d'équilibre contractuel	238
B. Le droit supplétif comme limite à la liberté contractuelle.....	242
Section II. Le sens du déséquilibre significatif : une notion indéterminée	244
§ 1. Le constat de l'indétermination du déséquilibre significatif.....	244
A. Glose du déséquilibre significatif.....	245
1. Déséquilibre	245
2. Significatif.....	248
B. Comparaison avec l'avantage excessif.....	249
§ 2. Conséquences de l'indétermination du déséquilibre significatif.....	253
Chapitre II. L'appréciation du déséquilibre significatif	257
Section I. Les sources d'appréciation du déséquilibre significatif	257
§ 1. La source réglementaire : les listes noire et grise des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation	258
A. Adoption des listes noire et grise de clauses abusives	258
B. Présentation des listes noire et grise.....	264
C. Appréciation des listes noire et grise en tant que source des clauses abusives	266
1. Les avantages relatifs des listes noire et grise.....	266
2. Les inconvénients des listes noire et grise.....	270
§ 2. La source judiciaire : la jurisprudence	271
A. Apparition du pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives.....	271
B. Etendue du pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives.....	276
C. Appréciation du pouvoir judiciaire de détermination des clauses abusives	279
1. Insécurité juridique à relativiser	279
2. Effet relatif de l'autorité de la chose jugée.....	282
§ 3. La source administrative : la Commission des clauses abusives	283
A. Présentation de la Commission des clauses abusives.....	283
B. Rôle consultatif	285
C. Pouvoir de recommandation	288
1. Mécanisme des recommandations.....	289
2. Absence de normativité de droit.....	293
3. Existence d'une normativité de fait.....	294
§ 4. Bilan sur les sources d'appréciation du déséquilibre significatif.....	298

Section II. La méthode d'appréciation du déséquilibre significatif	301
A. L'objet de l'appréciation	302
B. Le moment de l'appréciation.....	303
C. Les modalités de l'appréciation.....	304
1. Une appréciation <i>in concreto</i>	305
2. La remise en cause de l'appréciation <i>in concreto</i>	307
Titre II. Identification empirique : les critères du déséquilibre significatif	311
Chapitre I. L'unilatéralisme	315
Section I. La stipulation unilatérale de prérogatives : le défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties	315
§ 1. Principe : caractère abusif des clauses non réciproques.....	316
A. Le défaut de réciprocité au sens strict	316
1. Le critère du défaut de réciprocité au sens strict en pratique	316
a. Pratique généralisée	316
b. Exemples topiques	321
i) La clause relative aux conséquences financières de la renonciation au contrat	321
ii) Les clauses relatives à la résiliation du contrat par le professionnel.....	324
2. L'explicitation du critère du défaut de réciprocité au sens strict.....	328
B. Le défaut de réciprocité au sens large : l'absence de contrepartie	332
1. Les exemples pratiques	332
2. L'explicitation du critère de l'absence de contrepartie	335
§ 2. Exception : validité des clauses non réciproques justifiées par un motif légitime	336
Section II. La stipulation de prérogatives unilatérales : l'arbitraire du professionnel ..	339
A. La chasse aux clauses arbitraires en pratique	339
1. Pratique généralisée	339
2. Exemples topiques	343
a. La clause relative à la modification unilatérale du contrat par le professionnel.....	343
b. La clause de résiliation unilatérale par le professionnel	348
B. Explicitation du critère de l'arbitraire du professionnel.....	350
1. Approbation du critère de l'arbitraire du professionnel	350
2. Conditions d'application du critère	351
a. Prérogative non circonstanciée	351
b. Prérogative injustifiée	354
c. Prérogative sans contrepartie	359
Chapitre II. La négation des droits	365
Section I. Le critère de la négation des droits	366
§ 1. Les critères à rejeter	366
A. Un critère du droit positif : la dérogation au droit supplétif.....	366
1. Explicitation du critère de la dérogation au droit supplétif	366
2. Critique du critère de la dérogation au droit supplétif.....	368
B. L'exemple du droit allemand : la distinction selon la nature du droit.....	369
§ 2. Le critère à conforter : la négation des droits.....	371
A. Explicitation du critère de la négation des droits	371
B. Conséquence du critère de la négation des droits : validité des clauses aménageant les droits supplétifs ou contractuels.....	373

TABLE DES MATIÈRES

1. Pratique conforme	374
2. Pratique contraire : la clause limitative de responsabilité du professionnel.....	376
Section II. Les manifestations pratiques de la négation des droits	379
Sous-section I. L'objet de la négation	379
§ 1. La négation d'un droit préexistant	380
§ 2. La négation d'un droit au sens large	381
Sous-section II. Les formes de la négation.....	382
§ 1. La négation directe des droits du non-professionnel ou consommateur	382
A. Suppression pure et simple d'un droit	382
1. La clause interdisant la résolution ou la résiliation du contrat	383
2. La clause interdisant le recours à l'exception d'inexécution.....	385
3. La clause exonératoire de la responsabilité du professionnel	387
4. La clause relative à la cession de contrat	391
5. La clause limitant les modes de preuve.....	391
B. Inversion de la charge des obligations.....	393
1. La clause renversant la charge de la preuve	393
2. La clause inversant la théorie des risques (dans un contrat non translatif de propriété)	395
§ 2. La négation indirecte des droits supplétifs ou contractuels.....	397
A. La clause soumettant la résiliation au paiement d'une indemnité	397
a. Dans un contrat à durée indéterminée	397
b. Dans un contrat à durée déterminée.....	398
B. Les clauses remettant en cause la responsabilité du professionnel	399
1. La clause limitative de responsabilité d'un montant dérisoire	399
2. Les clauses exclusives ou limitatives d'obligation.....	401
C. Les clauses rendant impossible la mise en œuvre de la garantie commerciale	406
Conclusion de la deuxième partie	413
CONCLUSION GÉNÉRALE	415
BIBLIOGRAPHIE	421
INDEX ALPHABÉTIQUE	455

Résumé

La législation sur les clauses abusives, issue de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, est d'application quotidienne. La notion de clause abusive n'en demeure pas moins confuse. Il est vrai que trente-cinq années d'applications erratiques ont contribué à la rendre peu accessible et peu prévisible, ce qui nuit à la sécurité juridique.

Pour restaurer cette notion, une double démarche s'impose. Il faut, d'abord, la délimiter afin de réserver son application uniquement aux personnes qui méritent d'être protégées contre les clauses abusives et aux seules stipulations qui créent véritablement un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. La notion de clause abusive apparaît alors comme un mécanisme destiné à sanctionner les abus de la liberté contractuelle dans les contrats de consommation. Il faut, ensuite, procéder à l'identification de la notion de clause abusive en cherchant à définir et à caractériser le standard du déséquilibre significatif, notamment à l'aune des critères dégagés de la pratique.

Chemin faisant, la notion de clause abusive s'impose comme une notion incontournable du droit de la consommation et, plus largement du droit des contrats, notamment en ce qu'elle participe au renouveau de la théorie générale du contrat.

Mots-clés : Clause abusive – Professionnel – Non-professionnel – Consommateur – Liberté contractuelle – Contrat de consommation – Déséquilibre significatif – Contenu du contrat – Forme du contrat – Unilatéralisme – Droits supplétifs – Droits contractuels – Droit des contrats – Droit de la consommation – Droit européen.

Abstract

The legislation on unfair terms set out by Article L. 132-1 of the French Consumer Code is applied on a daily basis. The notion of unfair terms nevertheless remains unclear. Thirty-five years of inconsistent and erratic application have indeed contributed to making this legislation inaccessible and difficult to predict, thereby damaging legal security.

The reinforcement of this notion necessitates a two-pronged approach. First of all, the concept must be delimited in order to restrict application solely to those individuals requiring protection against unfair terms and only to those terms that genuinely do generate a material imbalance between the rights and obligations of the parties to the contract. The notion of unfair terms then becomes a mechanism aimed at sanctioning abuses of contractual freedom in consumer agreements. The concept must then be identified, by seeking to define and characterize the standard of material imbalance, in particular against the yardstick of criteria generated by practical application.

In doing so, the notion of unfair terms becomes a central notion of consumer law and, more widely, of contract law, in particular with regard to its participation in the renewal of general contract theory.

Keywords : Unfair terms – Professional – Non-professional – Consumer – Contractual freedom – Consumer contract – Material imbalance – Contract content – Contract form – Unilateralism – Suppletive rights – Contractual rights – Contract law – Consumer law – European law.